REPUBLICA DE COLOMBIA



GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXVIII

BOGOTA, D. E. — IMPRESO EN CANAL RAMIREZ - ANTARES — 1970

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 Ramírez L., Secretario

SALA DE CASACION CIVIL

Doctores ENRIQUE LOPEZ DE LA PAVA, **Presidente**
Ricardo Ramírez 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 Domínguez**
Samuel Barrientos Restrepo
Eduardo Fernández Botero
Simón Montero Torres
Antonio Moreno Mosquera
Efrén Osejo Peña
Julio Roncallo 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
Crótatas Londoño
Luis Fernando Paredes A.
Carlos Peláez Trujillo
Víctor G. Ricardo.

Relator: JOSE EUSEBIO CABRALES PINEDA

Relatores Judiciales Auxiliares: **Carlos M. Gutiérrez E.** y **Diego E. Cristancho M.**

Octubre - Noviembre - Diciembre de 1966.

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 CXVIII Bogotá - Colombia Octubre, Noviembre y Diciembre 1966 Nº 2283

SALA PLENA

Extractos de Jurisprudencia de Sala Plena, a cargo del Relator de entonces doctor José Eusebio Cabrales Pineda.

SOCIEDADES DE MEJORAS PUBLICAS

Inexequibilidad del proyecto de ley "por la cual se otorgan unas autorizaciones en favor de la Sociedad de Mejoras Públicas a que se refiere la Ley 58 de 1945 y se dictan otras disposiciones para el incremento del Civismo y la Cultura".

1.—Aplicación del artículo 183 de la Constitución con finalidades de satisfacer los fines de la cultura.

2.—Distinción entre Gobierno y Administración en cuanto a su finalidad.

3.—La actividad administrativa puede ser reglada o discrecional.

4.—Qué se entiende por reglamentar la instrucción pública (Ord. 3º del Art. 120 de la Carta).

5.—Amplia facultad discrecional concedida al Presidente de la República de acuerdo con el ordinal 13 del artículo 120 de la Constitución.

6.—Organización y funcionamiento del servicio desde el punto de vista técnico y jurídico.

1.—El artículo 183 de la Ley fundamental dispone que los bienes y rentas de los departamentos, así como los de los municipios, son propiedad exclusiva de dichas entidades, y que no podrán ser ocupados sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada. Se ha violada esta regla porque se supone que mediante el artículo 1º del proyecto se priva a los departamentos y municipios de la propiedad de bienes cuyo dominio les asegura la Constitución. Ese artículo, sin embargo, no contiene una norma, esto es, un precepto jurídico de obligatoriedad inexcusable, sino apenas una autorización de la cual aún en el caso de que fuera necesario, que no lo es, los departamentos y municipios podrían hacer o no uso según su voluntad. No implica una desposesión, ni es siquiera un acto de compulsión, ni en forma alguna restringe o condiciona el ejercicio del derecho de propiedad, sino que en verdad sólo tiene el alcance de recomendación de una conducta que en el pensamiento del legislador sería la más conveniente para mejor satisfacer los fines de la cultura, sin que promoviéndola así se vulneren por tanto los intereses patrimoniales de los organismos de derecho público descentralizados por razón del territorio.

2.—En sentido lato gobierno y administración se distinguen por su finalidad, siendo acto de gobierno el que se encamina a la dirección política del Estado y administrativo el que se dirige a promover, fomentar y perfeccionar las instituciones jurídicas en orden al bien común, y a organizar y dirigir el servicio público y regular su actividad. En tal sentido amplio el concepto de lo administrativo es común a todas las ramas de la potestad pública. Mas, como lo explica Adolfo Posada (Derecho Administrativo), si la actividad

administrativa, como función, se halla difundida por todo el organismo social, asimismo se concreta específicamente en instituciones que tienen su razón de ser en lo complejo del fin administrativo, en relación con la ley sociológica de la distribución del trabajo. De tales instituciones, y en cuanto un precepto superior no establezca otra cosa, la legislación crea los servicios, designa los órganos, determina los medios económicos y promueve y fomenta relaciones jurídicas, en tanto que la administración organiza y dirige el funcionamiento de aquellos servicios y reglamenta la actividad que les corresponde en orden al cumplimiento de su cometido social. En sentido estricto administrar es una actividad práctica, más que jurídica, un hacer por el bien público, cuyo objeto es la satisfacción de las necesidades sociales según provea el legislador, por lo que los doctrinantes están de acuerdo en que la respectiva función es por naturaleza ejecutiva de normas legales o de desarrollo de ellas, esto es, que implica un poder ejecutorio, preferentemente, y si es decisorio se subordina a las normaciones generales de la ley; en lo que difiere de la función legislativa y de la de gobierno, que como regla general se caracterizan por la libertad para obrar y prescribir en el sólo marco de la Constitución, por lo que, en cuanto proceden directamente de ésta, aparecen como poderes que se ejercen sin necesidad de habilitación o estímulo distintos de los que la ley fundamental y sin más limitaciones que las que ésta impone.

La función administrativa carece, así, de poder decisorio inicial, puesto que ha de ejercitarse dentro de la esfera de actividad que como a un quehacer efectivo le demarquen las normas legales; pero ello no quiere decir que en todas sus manifestaciones esté privada de facultad de decisión, sino que la que previamente le compete está sujeta a aquellas normas según el mayor o menor grado de libertad que le permita la Constitución.

3.—La doctrina ha desarrollado la teoría de la actividad administrativa, clasificándola, en lo que concierne al grado de libertad de apreciación que para actuar se reserva al órgano respectivo, en reglada y discrecional. La función es reglada cuando la ley establece con precisión lo que debe hacerse en cada evento, determinando el caso, el modo y la oportunidad; y es discrecional si la ley no indica lo que el titular de ella debe hacer en los casos concretos, sino que se contrae a demarcar los límites generales de la acción futura y a acordar al órgano competente poderes jurídicos que le permitan desenvolver la voluntad de la administración con mayor o menor libertad.

Es incuestionable que cuando la Carta faculta al Presidente para reglamentar la instrucción pública, como suprema autoridad administrativa según reza el artículo 120, está ubicando la función en el ámbito de la actividad administrativa, que en el constitucionalismo moderno cada vez amplía su radio de acción a costa del gubernamental, y que generalmente es obra de la legislación y como tal se somete a ella. Concurren a radicarla en ese ámbito tres motivos de orden subjetivo, objetivo y formal: es el primero, que la respectiva potestad le ha sido confiada al jefe del Estado, no en esta calidad, sino en la de jefe de la administración, por lo que se configura como administrativa, y no como política o gubernamental, ni tampoco como legislativa pues conforme al artículo 76 de la Carta no es el Presidente de la República sino el Congreso el titular de esta última función; es el segundo, que todo lo que concierne al incremento de la educación y la cultura corresponde a necesidades comunes que requieren la actividad técnica regular y continua, de la administración, por lo cual sólo pueden quedar satisfechas a través del servicio público; y es el tercero, que el ordinal 13 autoriza al Presidente para reglamentar, y la función reglamentaria si bien es, como la legislativa reguladora de relaciones o situaciones jurídicas, se distingue de la segunda, sin embargo, en que es actividad interna de la administración en cuanto sólo se propone la organización y perfeccionamiento práctico del servicio público y la regulación de los actos y relaciones jurídicas de dicho servicio. De ahí que el reglamento suele entrar en cuestiones de detalle impropios de la legislación.

4.—Pero es claro asimismo que el precepto no consagra un poder reglado sino discrecional y autónomo, ya que comprende la expedición de reglamentos que suponen una función normativa libre en cierto grado en el ámbito prefijado en la Constitución. Si el ordinal 13 encomienda al Presidente reglamentar la instrucción pública, le atribuye una facultad que rebasa el límite del simple reglamento ejecutivo a que se refiere el ordinal 3º del artículo 120 que se circunscribe a las órdenes y disposiciones necesarias "para la cumplida ejecución de las leyes", así como también el de los reglamentos que requiere el desarrollo de la voluntad legislativa en ciertos casos, y se extiende al ámbito de los reglamentos autónomos, mediante los cuales la iniciativa y la acción del servicio público se desenvuelven libremente por la habilitación directa de la Carta, bien que dentro de su órbita y con sujeción a las leyes que promueven la actividad administrativa. El concepto de autonomía, referido al reglamento de la administración, significa independencia de ley que regule el caso, mas no de las normas que de manera general organizan la materia y señalan pautas al ejercicio, por lo que ha llegado a afirmarse que el reglamento autónomo completa la ley, en cuanto integra la que genéricamente determina la materia sobre que ha de versar el reglamento, mientras que el de ejecución prosigue

la actuación legislativa y el delegado la suple. Si la finalidad del reglamento autónomo es completar la ley, mal puede entenderse que pueda prescribir con independencia de ella mientras ésta no invada la esfera de actividad que el constituyente haya reservado a la administración. Lo que lleva al punto crítico de los límites, dentro de los cuales ella puede actuar de modo discrecional.

En relación con tales límites, entiende la doctrina que "el acto discrecional no puede oponerse radicalmente al acto reglado, como dos categorías absolutamente distintas (....). La diferencia aparece nítida en los extremos, es decir, cuando se oponen los actos dictados en ejercicio de potestades ampliamente discrecionales, a los actos típicamente reglados. Pero entre esos extremos hay toda una gama de situaciones, porque la discrecionalidad administrativa es más o menos amplia y se pasa insensiblemente de la hipótesis de máxima discrecionalidad a aquellas en que la discrecionalidad está reducida a un mínimo. De ahí que pueda decirse, con acierto, que en realidad los actos administrativos, son más o menos discrecionales, más o menos reglados, según los casos". (Sayagués Lasso, apoyado en Hauriou, Waline, Presutti y D'Alcesio).

5.—En punto a educación pública cabe entender que el ordinal 13 otorga al Presidente facultad discrecional en el más amplio grado, porque nada distinto indica el poder normativo indeterminado que envuelve la atribución de dictar reglamentos sin circunscribirla en forma alguna; pero ese máximo grado de discrecionalidad debe ser referido al ámbito de la actividad administrativa, por cuanto la índole de ésta implica sometimiento a la ley formal que conforme al artículo 76 de la Carta es de la competencia privativa del Congreso. Si la administración es por su naturaleza un obrar para el bien público, esto es, un ejecutar y desarrollar en la práctica previsiones de carácter abstracto que se entienden convenientes para satisfacer las necesidades de la comunidad, no puede menos que actuar en el marco de la potestad de simple ejecución de la ley, porque es a ésta a la que corresponde determinar los cometidos del Estado y promover y fomentar la actividad adecuada para atenderlos. Es relevante, a este propósito, que el ordinal 13 no dá al Presidente facultad para promover y fomentar la educación pública, como quien dice para tomar la iniciativa respecto de su orientación y de los medios e instrumentos más eficaces para estimularla ydifundirla, sino que se limita a autorizarlo para reglamentarla y dirigirla, funciones ambas más propias de la administración que del legislativo en cuanto suponen un accionar sobre materia determinada de antemano, y descienden a pormenores de orden práctico en que no suele ni debe ocuparse el legislador.

6.—Por regla general compete a la administración reglamentar la actividad tanto interior como exterior del servicio, o sea todo lo concerniente, en lo interno, a la organización y funcionamiento de él desde el punto de vista técnico, y también por los aspectos económico, social y aún ético, etc., y en lo externo, la regulación de sus relaciones con los particulares, desde el punto de vista jurídico; lo que hace dentro del grado de libertad que le permita la norma superior, esto es, con la mayor amplitud, aunque en su órbitra propia, cuando la Constitución la inviste de una facultad autónoma, como en el caso del ordinal 13, y en el grado que la ley señale cuando la misma Carta condiciona el ejercicio de la función administrativa a lo que dispongan las leyes, como verbigracia ocurre en los ordinales 5º, 6º, 12º, 14º, 17º y 18º del artículo 120. A la legislación incumbe, en cambio, lo que por rebasar el concepto de lo administrativo se sustrae a esta especie de actividad, apareciendo como materia propia del derecho objetivo.

El ámbito de ejercicio de la potestad reglamentaria de la educación que al Presidente dá el ordinal 13 del artículo 120 depende, por lo tanto, del criterio que se tenga sobre el concepto de lo administrativo y de lo legislativo, pero la distinción entre estos dos conceptos configura en todo caso un haz de facultades para el legislador, en esa materia, que se identifica con el poder que constitucionalmente le compete de formular la regla jurídica de carácter abstracto.

En el mismo orden de ideas, la facultad que para reglamentar los establecimientos de instrucción primaria y secundaria "de acuerdo con los preceptos constitucionales y legales" dá a las asambleas el ordinal 1º del artículo 187 de la Carta, no es discrecional sino reglada pues que supone sometimiento a cualquier regulación que la ley establezca en la materia, y por ende a los reglamentos administrativos que proveen al cumplimiento o desarrollo de las regulaciones legales; facultad que, por lo demás, y a fuero de reglada por la ley, está poniendo en evidencia una esfera de acción legislativa en materia educacional, dentro de la cual el Congreso dicta normas generales, que si son de obligatorio cumplimiento para las asambleas no se ve por qué no deban serlo para la administración pública nacional en cuanto no invadan la potestad a ésta otorgada para expedir reglamentos autónomos dentro de la órbita de sus atribuciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., diez (10) de octubre de mil novecientos sesenta y seis (1966).

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

En virtud de objeción de inconstitucionalidad formulada por el señor Presidente de la República en ejercicio de la facultad que le confieren los artículos 85 y 118, ordinal 7º de la Constitución Nacional, ha llegado a la Corte, para los efectos previstos en el artículo 214 del mismo estatuto, el proyecto de ley "por la cual se otorgan unas autorizaciones en favor de las sociedades de mejoras públicas a que se refiere la la ley 58 de 1945, y se dictan otras disposiciones para el incremento del civismo y de la cultura", originario de la Cámara de Representantes, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 1º - Autorízase a la Nación, los Departamentos y los Municipios para entregar a las sociedades de mejoras públicas a que se refiere la Ley 58 de 1945, los teatros, coliseos cubiertos, escuelas de bellas artes, conchas acústicas, orquestas filarmónicas y en general los organismos o edificios creados para el incremento de la cultura y el civismo.

"Artículo 2º - Dichas sociedades procurarán que las orquestas filarmónicas cumplan una labor efectiva, mediante la presentación de espectáculos culturales gratuitos en las escuelas públicas, en los sectores populares y en todos aquellos lugares en donde, a juicio de la respectiva entidad, sea conveniente la labor de fomentar la cultura musical del pueblo.

"Artículo 3º—"Esta ley regirá desde su sanción". Según el mensaje de objeciones este proyecto, de llegar a ser ley, quebrantaría los artículos 41, 120, 183 y 187 de la Carta, por cuanto en su artículo 1º autoriza a los departamentos y municipios para entregar a las sociedades de mejoras públicas bienes que de acuerdo con el artículo 183 citado pertenecen a tales entidades de derecho público, cuya propiedad les garantiza la expresada norma en los mismos términos en que está asegurada la de los particulares sobre sus propios bienes, de suerte que "solamente las asambleas departamentales y los concejos municipales tienen privativamente la facultad de disposición" sobre ellos: y luego, porque los artículos 41 y 120 ordinal 13, otorgan a la rama ejecutiva del poder público, con exclusión de la legislativa, la facultad de "reglamentar y dirigir aquellos establecimientos de carácter nacional que como las escuelas de bellas artes y otros establecimientos docentes semejantes, están destinados al desarrollo cultural del país". así como el 187 encomienda privativamente a las asambleas la reglamentación de los que fueren costeados con fondos departamentales; por todo lo cual el legislador no puede adoptar prescripciones como la del artículo 2º del proyecto sin vulnerar facultades propias del Presidente de la República y de las asambleas, y no del legislador.

El señor Procurador General de la Nación conceptuó, al contestar el traslado de las objeciones, que por no contener la parte dispositiva del proyecto orden alguna perentoria, sino una simple autorización en su artículo 1º y una exhortación en el 2º, ni referirse este último a establecimientos de educación, el proyecto no infringe ninguno de los preceptos que invoca el mensaje. Agrega que tampoco se ve la relación que pueda tener el artículo 2º del proyecto con los artículos 41 y 120, ordinal 13, de la Constitución, pues que las orquestas filarmónicas no son institutos docentes.

Observa la Corte:

1.—El artículo 183 de la Ley Fundamental dispone que los bienes y rentas de los departamentos, así como los de los municipios, son propiedad exclusiva de dichas entidades, y que no podrán ser ocupados sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada. Se dice violada esta regla porque se supone que mediante el artículo 1º del proyecto se priva a los departamentos y municipios de la propiedad de bienes cuyo dominio les asegura la Constitución. Este artículo, sin embargo, no contiene una norma, esto es, un precepto jurídico de obligatoriedad inexcusable, sino apenas una autorización de la cual, aún en el caso de que fuera necesaria —que no lo es—, los departamentos y municipios podrían hacer o no uso según su voluntad. No implica una desposesión, ni es siquiera un acto de compulsión, ni en forma alguna restringe o condiciona al ejercicio del derecho de propiedad, sino que en verdad solo tiene alcance de recomendación de una conducta que en el pensamiento del legislador sería la más conveniente para mejor satisfacer los fines de la cultura, sin que promoviéndola así se vulneren por tanto los intereses patrimoniales de los organismos de derecho público descentralizados por razón del territorio.

2.—En caso semejante se halla el artículo 2º que, como con acierto lo pone de presente el señor Procurador, apenas contiene una exhortación. Ni son las orquestas filarmónicas instituciones docentes de las a que se refieren el ordinal 13 del artículo 120 y el artículo 183 relativos solamente a la "instrucción pública" y a

los "establecimientos de instrucción primaria y secundaria", para que puedan entrar en el régimen de tales disposiciones, las que, por otra parte, tampoco cohiben de modo absoluto al legislador, como va a verse, para señalar los principios básicos porque se debe orientar el desarrollo cultural de la Nación y prescribir la conducta que a su juicio sea más adecuada para alcanzar los fines propios de la educación y la cultura.

En lo que hace al artículo 41, que radica en el Estado cuyo concepto comprende todos los órganos y órdenes que lo constituyen la potestad de inspeccionar y vigilar los institutos docentes, públicos y privados, es de anotar, de acuerdo con el señor Procurador, que en el proyecto no hay regla alguna referente a la inspección o vigilancia de esas u otras instituciones, por lo que nada tiene que ver con el precepto que se dice violado.

3.—Estos motivos son suficientes para declarar infundadas las objeciones, como se hace en este fallo. Pero como el señor Presidente ha fundamentado la que concierne al artículo 2º en la facultad privativa que en lo nacional tiene el Primer Magistrado, y las asambleas en lo departamental, para reglamentar la instrucción pública, la Corte no se siente eximida de entrar en el estudio de los artículos 120, en su ordinal 13 y 187, de la Carta, a fin de definir su contenido, no tan amplio como induce a pensar el mensaje de objeciones.

4.—En sentido lato gobierno y administración se distinguen por su finalidad, siendo acto de gobierno el que se encamina a la dirección política del Estado y administrativo el que se dirige a promover, fomentar y perfeccionar las instituciones jurídicas en orden al bien común, y a organizar y dirigir el servicio público y regular su actividad. En tal sentido amplio el concepto de lo administrativo es común a todas las ramas de la potestad pública. Mas, como lo explica Adolfo Posada (**Derecho Administrativo**), si la actividad administrativa, como función, se halla difundida por todo el organismo social, asímismo se concreta específicamente en instituciones que tienen su razón de ser en lo complejo del fin administrativo, en relación con la ley sociológica de la distribución del trabajo. De tales instituciones, y en cuanto un precepto superior no establezca otra cosa, la legislación crea los servicios, designa los órganos, determina los medios económicos y promueve y fomenta relaciones jurídicas, en tanto que la Administración organiza y dirige el funcionamiento de aquellos servicios y reglamenta la actividad que les corresponde en orden al cumplimiento de su cometido social. En sentido estricto administrar es una actividad práctica, más que jurídica, es un **hacer** por el bien público, cuyo objeto es la satisfacción de las necesidades sociales según provea el legislador, por lo que los doctrinantes están de acuerdo en que la respectiva función es por naturaleza ejecutiva de normas legales o de desarrollo de ellas, esto es, que implica un poder ejecutorio, preferentemente, y si es decisorio se subordina a las normaciones generales de la ley; en lo que difiere de la función legislativa y de la de gobierno, que como regla general se caracterizan por la libertad para obrar y prescribir en el solo marco de la Constitución, por lo que, en cuanto proceden directamente de esta, aparecen como poderes que se ejercen sin necesidad de habilitación o estímulo distintos de los de la Ley Fundamental y sin más limitaciones que las que esta impone.

La función administrativa carece, así, de poder decisorio inicial, puesto que ha de ejercitarse dentro de la esfera de actividad que como a un quehacer efectivo le demarquen las normas legales; pero ello no quiere decir que en todas sus manifestaciones esté privada de facultad de decisión, sino que la que privativamente le compete está sujeta a aquellas normas según el mayor o menor grado de libertad que le permita la Constitución.

5.—La doctrina ha desarrollado la teoría de la actividad administrativa, clasificándola, en lo que concierne al grado de libertad de apreciación que para actuar se reserva al órgano respectivo, en **reglada** y **discrecional.** La función es reglada cuando la ley establece con precisión lo que debe hacerse en cada evento, determinando el caso, el modo y la oportunidad; y es discrecional si la ley no indica lo que el titular de ella debe hacer en los casos concretos, sino que se contrae a demarcar los límites generales de la acción futura y a acordar al órgano competente poderes jurídicos que le permitan desenvolver la voluntad de la Administración con mayor o menor libertad.

6.—Es incuestionable que cuando la Carta faculta al Presidente para reglamentar la instrucción pública, como **suprema autoridad administrativa** según reza el artículo 120, está ubicando la función en el ámbito de la actividad administrativa, que en el constitucionalismo moderno

cada vez amplía su radio de acción a costa del gubernamental, y que generalmente es obra de la legislación y como tal se somete a ella. Concurren a radicarla en ese ámbito tres motivos de orden subjetivo, objetivo y formal; es el primero, que la respectiva potestad le ha sido confiada al Jefe del Estado, no en esta calidad, sino en la de Jefe de la Administración, por lo que se configura como administrativa, y no como política o gubernamental, ni tampoco como legislativa pues conforme al artículo 76 de la Carta no es el Presidente de la República sino el Congreso el titular de esta última función; es el segundo, que todo lo que concierne al incremento de la educación y la cultura corresponde a necesidades comunes que requieren la actividad técnica, regular y continua de la Administración, por lo cual solo pueden quedar satisfechas al través del servicio público; y es el tercero, que el ordinal 13 autoriza al Presidente para reglamentar, y la función reglamentaria si bien es, como la legislativa, reguladora de relaciones o situaciones jurídicas, se distingue de la segunda, sin embargo, en que es actividad interna de la Administración en cuanto solo se propone la organización y perfeccionamiento prácticos del servicio público y la regulación de los actos y relaciones jurídicas de dicho servicio. De ahí que el reglamento suele entrar en cuestiones de detalle impropios de la legislación.

7.—Pero es claro asímismo que el precepto no consagra un poder reglado sino discrecional y autónomo, ya que comprende la expedición de reglamentos que suponen una función normativa libre en cierto grado en el ámbito prefijado en la Constitución. Si el ordinal 13 encomienda al Presidente reglamentar la instrucción pública, le atribuye una facultad que rebasa el límite del simple reglamento ejecutivo a que se refiere el ordinal 3º del artículo 120, que se circunscribe a las órdenes y disposiciones necesarias "para la cumplida ejecución de las leyes", así como también el de los reglamentos que requiere el desarrollo de la voluntad legislativa en ciertos casos y se extiende al ámbito de los reglamentos autónomos, mediante los cuales la iniciativa y la acción del servicio público se desenvuelven libremente por la habilitación directa de la Carta, bien que dentro de su órbita y con sujeción "las leyes que promueven la actividad administrativa". El concepto de autonomía, referido al reglamento de la Administración, significa independencia de ley que regule el caso concreto, más no de las normas que de manera general organizan la materia y señalan pautas al servicio, por lo que ha llegado a afirmarse que el reglamento autónomo completa la ley, en cuanto que integra la que genéricamente determina la materia sobre que ha de versar el reglamento mientras que el de ejecución prosigue la actuación legislativa y el delegado la suple. Si la finalidad del reglamento autónomo es completar la ley, mal puede entenderse que pueda prescribir con independencia de ella mientras esta no invada la esfera de actividad que el Constituyente haya reservado a la Administración. Lo que lleva al punto crítico de los límites dentro de los cuales ella puede actuar de modo discrecional.

En relación con tales límites, entiende la doctrina que "el acto discrecional no puede oponerse radicalmente al acto reglado, como dos categorías absolutamente distintas (...). La diferencia aparece nítida en los extremos, es decir, cuando se oponen los actos dictados en ejercicio de potestades ampliamente discrecionales, a los actos típicamente reglados. Pero entre esos extremos hay toda una gama de situaciones, porque la discrecionalidad administrativa es más o menos amplia y se pasa insensiblemente de la hipótesis de máxima discrecionalidad a aquellas en que la discrecionalidad está reducida a un mínimo. De ahí que pueda decirse, con acierto, que en realidad los actos administrativos son más o menos discrecionales, más o menos reglados, según los casos" (Sayagués, Lasso, apoyado en Hauriou, Waline, Presutti y D'Alcesio).

En punto a educación pública cabe entender que el ordinal 13 otorga al Presidente facultad discrecional en el más amplio grado, porque nada distinto indica el poder normativo indeterminado que envuelve la atribución de dictar reglamentos sin circunscribirla en forma alguna; pero ese máximo grado de discrecionalidad debe ser referido al ámbito de la actividad administrativa, por cuanto la índole de ésta implica sometimiento a la ley formal que conforme al artículo 76 de la Carta es de la competencia privativa del Congreso. Si la Administración es por su naturaleza un obrar para el bien público esto es, un ejecutar y desarrollar en la práctica previsiones de carácter abstracto que se entienden convenientes para satisfacer las necesidades de la comunidad, no puede menos que actuar en el marco de la potestad de simple ejecución de la ley porque es a ésta a la que corresponde determinar los cometidos del Estado y promover

y fomentar la actividad adecuada para atenderlos. Es relevante, a este propósito, que el ordinal 13 no da al Presidente facultad para promover y fomentar la educación pública, como quien dice, para tomar la iniciativa respecto de su orientación y de los medios e instrumentos más eficaces para estimularla y d'fundirla, sino que se limita a autorizarlo para reglamentarla y dirigirla, funciones ambas más propias de la Administración que del legislativo en cuanto suponen un accionar sobre materia determinada de antemano, y descienden a pormenores de orden práctico en que no suele ni debe ocuparse el legislador.

8.—Por regla general compete a la Administración reglamentar la actividad tanto interior como exterior del servicio, o sea, todo lo concerniente, en lo interno, a la organización y funcionamiento de él desde el punto de vista técnico, y también por los aspectos económico, social y aún ético, etc., y en lo externo, la regulación de sus relaciones con los particulares desde el punto de vista jurídico; lo que hace dentro del grado de libertad que le permita la norma superior, esto es, con la mayor amplitud, aunque en su órbita propia, cuando la Constitución la inviste de una facultad autónoma, como en el caso del ordinal 13, y en el grado que la ley señale cuando la misma Carta condiciona el ejercicio de la función administrativa a lo que dispongan las leyes, como verbigracia ocurre en los ordinales 5º, 6º, 12, 14, 17 y 18 del artículo 120. A la legislación incumbe, en cambio, lo que por rebasar el concepto de lo administrativo se sustrae a esta especie de actividad, apareciendo como materia propia del derecho objetivo.

El ámbito de ejercicio de la potestad reglamentaria de la educación que al Presidente da el ordinal 13 del artículo 120 depende, por lo tanto, del criterio que se tenga sobre el concepto de lo administrativo y de lo legislativo, pero la distinción entre estos dos conceptos configura en todo caso un haz de facultades para el legislador, en esa materia, que se identifica con el poder que constitucionalmente le compete de formular la regla jurídica de carácter abstracto.

9.—En el mismo orden de ideas, la facultad que para reglamentar los establecimientos de instrucción primaria y secundaria "de acuerdo con los preceptos constitucionales y legales" da a las asambleas el ordinal 1º del artículo 187 de la Carta, no es discrecional sino reglada, pues que supone sometimiento a cualquier regulación que la ley establezca en la materia, y por ende a los reglamentos administrativos que provean al cumplimiento o desarrollo de las regulaciones legales; facultad que, por lo demás, y a fuero de reglada por la ley, está poniendo en evidencia una esfera de acción legislativa en materia educacional, dentro de la cual el Congreso dicta normas generales, que si son de obligatorio cumplimiento para las asambleas no se ve por qué no deban serlo para la administración pública nacional en cuanto no invadan la potestad a ésta otorgada para expedir reglamentos autónomos dentro de la órbita de sus atribuciones.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le otorga el artículo 214 de la Carta, declara que el proyecto de ley "por la cual se otorgan unas autorizaciones en favor de las sociedades de mejoras públicas a que se refiere la Ley 58 de 1945, y se dictan otras disposiciones para el incremento del civismo y la cultura", es exequible.

Publíquese, notifíquese, cópiese, comuníquese a quienes corresponda, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Luis Fernando Paredes A.
Presidente.

Ramiro Araújo Grau, salvando el voto respecto a la parte motiva; **Adán Arriaga Andrade, Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Crótatas Londoño, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Arturo C. Posada, Carlos Peláez Trujillo, Julio Roncallo Acosta, Víctor G. Ricardo, Luis Carlos Zambrano.**

Ricardo Ramírez L.
Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO RAMIRO ARAUJO GRAU

Respecto a la parte motiva de la sentencia que declara exequible el proyecto de ley "por la cual se otorgan unas autorizaciones en favor de las sociedades de mejoras públicas a que se refiere la Ley 58 de 1945, y se dictan otras disposiciones para el incremento del civismo y la cultura".

Acepto la declaración de exequibilidad que hace la sentencia que antecede, pero estrictamente con base en los motivos expuestos en las "observaciones" primera y segunda. Mi discrepancia con mis distinguidos colegas radica, pues, en que no comparto el resto de las consideraciones que hace la sentencia.

Bogotá, D. E., octubre diez de mil novecientos sesenta y seis.

Ramiro Araújo Grau

AUTORIZACIONES A LAS ASAMBLEAS PARA LA CREACION DE MUNICIPIOS

Inexequibilidad de la Ley 120 de 1963 "por la cual se conceden ciertas autorizaciones a la Asamblea Departamental de Antioquia".

1.—Leyes comunes y leyes orgánicas o normativas.

2.—Facultad del Congreso para derogar una ley normativa.

En otros términos; aunque el constituyente colombiano no hizo distinción alguna en la categoría de las leyes, la doctrina ha admitido la existencia de las leyes comunes en las que el legislador ejerce sus atribuciones ordinarias, y de las órgánicas o normativas, en virtud de las cuales se ejecuta un principio constitucional, "que son como una prolongación de la Constitución, que organizan la República, que dan normas estables, que no debieran cambiarse caprichosamente, como no se cambia la Constitución". La ley que desarrolla la norma contenida en el numeral 5º del artículo 76 de la Carta, sería de esta última categoría, pues sin ella tal principio no tendría eficacia real.

El legislador, en obedecimiento a la atribución 5ª del artículo 76 del estatuto constitucional, dictó la Ley 49 de 1931, reformada en cuanto al numeral 1º del artículo 1º por la Ley 38 de 1942, y en ella fijó concretamente las "bases y condiciones para la creación de municipios".

El artículo 1º de la mencionada Ley 49 dispone que "en lo sucesivo, para que una porción de territorio pueda ser erigida en Municipio, se necesita que concurran las siguientes condiciones": que el nuevo municipio tenga un determinado número de habitantes, como también el Distrito del cual se segrega; que haya contribuído, con sumas precisas, a la renta de éste; que tenga capacidad fiscal; que exista en la población no menos de ciento cincuenta (150) familias y personas aptas para servir los cargos públicos; que tenga locales escolares, casa municipal, cárcel y hospital; que la creación sea solicitada "por más de la mitad de los ciudadanos vecinos y que residan dentro de los límites que se pidan para el nuevo municipio"; y que "cada uno de los Distritos que sufren la segregación quede, cuando menos con las dos terceras partes de su territorio".

Las normas citadas obligan, mientras subsistan, al Congreso, o como lo indicó la Corte, en caso similar, "el Congreso tiene que someterse a ellas", pues se trata de disposiciones cuyo objeto es la ejecución del principio constitucional contenido en la atribución 5ª del artículo 76 de la Carta.

De la misma suerte, tales disposiciones obligan a las Asambleas Departamentales, las que, como queda dicho, están facultadas para crear municipios, fijar sus límites, segregar los términos municipales, pero "llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley", o sea, no pueden las asambleas erigir en Distrito Municipal un territorio que no reúna las condiciones antedichas, en el artículo 1º de la Ley 49 de 1931.

No se afirma aquí que el Congreso no tenga facultades para derogar la ley normativa. Puede hacerlo, claro está, pero para que, en tal caso, la disposición constitucional, que atribuye a las asambleas la potestad de erigir nuevos municipios, produzca efectos, en la práctica, es necesario que el Congreso dicte la ley que venga a reemplazar la derogada. Derogada la ley normativa y no dictada la que deba sustituírla, se haría imposible la creación de nuevos Distritos Municipales.

Al disponer lo segundo, violó también el numeral 4º del artículo 187 de la Ley de Leyes, pues no corresponde al legislador disponer la creación de municipios, ya que tal atribución fue dada a las asambleas departamentales por la misma Constitución, la que las facultó, también, para segregar o agregar los términos municipales y fijar los límites entre los distritos. O sea: el Congreso invadió el campo que pertenece a las asambleas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., veinte de octubre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Samuel Barrientos Restrepo).

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 214 de la Constitución Nacional,

el doctor José Luis Aramburo, solicita a la Corte, declare, previa audiencia del señor Procurador General de la Nación, la inexequibilidad de la Ley 120 de 1963, cuyo texto es el siguiente:

"Ley 120 de 1963 (Diciembre 31).

"Por la cual se conceden ciertas autorizaciones a la Asamblea Departamental de Antioquia.

"EL CONGRESO DE COLOMBIA"
"DECRETA"

"Artículo 1º—Autorízase a la Asamblea Departamental de Antioquia para crear los municipios de Guadalupe, hoy corregimiento del municipio de Carolina, en ese Departamento, y de San José que actualmente lo es del municipio de San Andrés, Antioquia, aunque no reúnan la totalidad de los requisitos que exigen las leyes.

"Parágrafo.—El municipio de San José será creado dentro de los límites territoriales del actual corregimiento del mismo nombre, sin segregar en ningún caso territorios de los municipios de Santa Rosa de Osos, Yarumal, Belmira, San Andrés y demás municipios circunvecinos.

"Artículo 2º—Esta ley regirá desde su sanción".

LA ACUSACION

Estima el demandante que la ley copiada viola los artículos 76, atribución 5ª y 187, numeral 4º de la Constitución Nacional.

LAS RAZONES DE LA DEMANDA

El demandante sustenta la censura, así:

"1". La Ley 120 de 1963 no hace otra cosa que suspender, para el caso particular de la erección de dos nuevos municipios, las leyes existentes que reglamentan la creación de los mismos, con el propósito de que la Asamblea de Antioquia pueda eregir los de Guadalupe y San José en aquel departamento.

"2". La Constitución establece que los nuevos municipios deberán crearse por las asambleas con estricta sujeción a "los requisitos que establezca la ley"; y la atribución 5ª del artículo 76 de la Carta apenas autoriza al legislador para "fijar las bases y condiciones para la creación de municipios".

"3". Por medio de la Ley 120 de 1963, no se fijan las bases y condiciones para la creación de nuevas entidades municipales sino que, al contrario, se autoriza a la Asamblea de Antioquia para tener como no existentes o como no obligatorias, en un caso especial, es decir ad-hoc, las bases y condiciones vigentes, y la Asamblea de Antioquia, si crea los municipios de Guadalupe y San José de conformidad con la ley mencionada, no lo haría "llenando estrictamente" los requisitos legales sino, al contrario, prescindiendo de ellos o de algunos de ellos.

"4". Por consiguiente el legislador no se limita a cumplir la función constitucional de señalar bases y condiciones para la erección de municipios, en lo cual es soberano, sino a una función contraria: a dejar sin valor en un caso determinado por vía de excepción particular, las normas generales vigentes; y autorizando a la Asamblea Departamental para que, en un caso determinado y por vía de excepción particular, no cumpla con los requisitos legales".

Anota, además, que para la creación de nuevos municipios, se requiere la intervención del legislador, el que debe, de acuerdo con las normas constitucionales, señalar las bases y las condiciones que han de reunir los mismos, y también, de la Asamblea Departamental respectiva, a cuyo cargo está decidir sobre la creación y supresión de los municipios la segregación o agregación de términos municipales, y fijación de los límites entre los Distritos, todo lo cual hará "llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley".

Bien es cierto, dice, que, "por regla general, el legislador puede reformar y derogar las leyes y, con ciertas limitaciones, suspender transitoriamente los efectos de disposiciones vigentes".

"Por regla general, porque algunas leyes no pueden ser simplemente derogadas sino sustituídas por otras normas. Las leyes que desarrollan normas de la Constitución no pueden desaparecer en absoluto sin que nuevas disposiciones las sustituyan.

"En este orden de ideas, tampoco puede el legislador quitar a unas leyes su efecto transitoriamente y ad-hoc. En el caso concreto de las leyes normativas de la creación de municipios, el suspender los efectos de la ley equivale a suspender para un caso determinado el precepto constitucional.

"La Constitución quiere y ordena que los nuevos distritos municipales se establezcan de

acuerdo con el sistema de bases y condiciones, que el legislador puede variar de cuando en cuando para atender a las exigencias del tiempo y las circunstancias del país. Si pudieran los nuevos municipios crearse por el legislador al margen del sistema, el constituyente no habría limitado las funciones del Congreso; le habría dado una atribución más amplia y general.

"Porque la atribución del Congreso en este campo es, evidentemente, limitada, restrictiva. El Congreso **no puede crear municipios** y, por consiguiente, no puede autorizar a las asambleas para que los creen y las asambleas no pueden crearlos por autorización del legislador sino porque a este efecto están autorizados por el constituyente, en forma condicionada; ciñéndose al sistema establecido por la ley, no violando ese sistema; o, en otros términos, el Congreso en este caso no puede autorizar a las asambleas para violar las normas generales y permanentes de la ley que desarrolla el precepto constitucional".

Y agrega:

"No habiendo el constituyente aceptado una categoría especial de leyes normativas, tal como se proponía en el proyecto de 1945, sigue siendo verdad que las leyes por medio de las cuales se desarrolla un principio constitucional, o se dictan normas por orden del constituyente, son mandatos legales que difieren de las leyes comunes y corrientes en un aspecto sustancial: no pueden desaparecer simplemente. ¿Por qué? Porque su desaparición conlleva la suspensión del imperio del precepto constitucional. Derogando estas leyes el Congreso podría desarmar la estructura institucional, desbaratar los mecanismos del Estado y destruírlos.

"El presente es un caso en que el Congreso tiene el poder de dictar normas y condiciones de **carácter general** para que, de acuerdo con ellas, las asambleas establezcan nuevos municipios. Por la ley acusada, el Congreso **suspende**, no modifica, sus propias normas, a fin de que una asamblea departamental, para la creación de unos determinados municipios, no obedezca las normas vigentes, establecidas por él, siendo que la Constitución la obliga a ceñirse rigurosamente a las normas legales vigentes".

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Para el señor Procurador General de la Nación, la ley 120 de 1963, que ha sido acusada, es inexequible en su totalidad, pues viola los artículos 76, ordinal 5º y 187, numeral 4º de la Carta, "por cuanto autoriza la creación de municipios, sin que se llenen estrictamente los requisitos legales y por cuanto arrebata a la asamblea la función de crear municipios y señalarles su territorio".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.—Desde la Constitución de 1886 hasta la reforma de 1945, la facultad de crear municipios fue atribuída a las Asambleas Departamentales, si bien con algunas limitaciones. En el momento actual, es el numeral 4º del artículo 187 de la Carta, la disposición que otorga tal función a las asambleas, las que podrán hacer uso de ella, pero "llenando estrictamente los requisitos fijados por la ley". Dicha disposición reza así: "Corresponde a las Asambleas... 4º—Crear y suprimir municipios, segregar o agregar términos municipales y fijar límites entre los distritos, llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley".

2.—Corresponde al Congreso hacer las leyes. El numeral 5º del artículo 76 de la Constitución atribuye específicamente al legislador la facultad de "modificar la división general del territorio, con arreglo al artículo 5º de esta Constitución; establecer y reformar cuando convenga, las otras divisiones territoriales de que trata el artículo 7º; y fijar las bases y condiciones para la creación de municipios".

3.—Esta atribución requiere, desde luego, para su debido cumplimiento, en lo que toca con la fijación de bases y condiciones para la creación de municipios, de un estatuto o norma de carácter legal general. Tal ley no será de aquellas "en que el legislador se contrae a ejercer sus atribuciones ordinarias, con apoyo en la Constitución", sino de "las que tienen por objeto ejecutar un principio constitucional que por sí mismo no puede cumplirse, ..." "...Tanto las unas como las otras pueden ser derogadas o reformadas, pero mientras subsisten las segundas, el Congreso tiene que someterse a ellas".

En otros términos: aunque el constituyente colombiano no hizo distinción alguna en la categoría de las leyes, la doctrina ha admitido la existencia de las leyes comunes, en las que el legislador ejerce sus atribuciones ordinarias, y de las orgánicas o normativas, en virtud de las cuales se ejecuta un principio constitucional, "que son como una prolongación de la Consti-

tución, que organizan la República, que dan normas estables que no debieran cambiarse caprichosamente, como no se cambia la Constitución. La ley que desarrolla la norma contenida en el numeral 5º del artículo 76 de la Carta, sería de esta última categoría, pues sin ella tal principio no tendría eficacia real.

4.—El legislador, en obedecimiento a la atribución 5ª del artículo 76 del estatuto constitucional, dictó la Ley 49 de 1931, reformada en cuanto al numeral 1º del artículo 1º por la Ley 38 de 1942, y en ella fijó concretamente las "bases y condiciones para la creación de municipios".

El artículo 1º de la mencionada Ley 49 dispone que "en lo sucesivo, para que una porción de territorio pueda ser erigida en Municipio, se necesita que concurran las siguientes condiciones: que el nuevo municipio tenga un determinado número de habitantes, como también el Distrito del cual se segrega; que haya contribuído, con sumas precisas, a la renta de éste; que tenga capacidad fiscal; que exista en la población no menos de ciento cincuenta (150) familias y personas aptas para servir los cargos públicos; que tenga locales escolares, casa municipal, cárcel y hospital; que la creación sea solicitada "por más de la mitad de los ciudadanos vecinos y que residan dentro de los límites que se pidan para el nuevo municipio"; y que "cada uno de los distritos que sufren la segregación quede, cuando menos con las dos terceras partes de su territorio".

5.—Las normas citadas obligan, mientras subsistan, al Congreso, o como lo indicó la Corte, en caso similar, "el Congreso tiene que someterse a ellas", pues se trata de disposiciones cuyo objeto es la ejecución del principio constitucional contenido en la atribución 5ª del artículo 76 de la Carta.

De la misma suerte, tales disposiciones obligan a las asambleas departamentales, las que, como queda dicho, están facultadas para crear municipios, fijar sus límites, segregar los términos municipales, pero "llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley", o sea, no pueden las asambleas erigir en distrito municipal un territorio que no reúna las condiciones antedichas, en el artículo 1º de la Ley 49 de 1931.

6.—Por Ley 120 de 1963, el legislador autorizó expresamente a la Asamblea Departamental de Antioquia para crear dos nuevos municipios, "aunque no reúnan la totalidad de los requisitos que exigen las leyes", y dispuso, además, en el "parágrafo" del artículo 1º que "el municipio de San José será creado dentro de los límites territoriales del actual corregimiento del mismo nombre, sin segregar, en ningún caso, territorio" de otros municipios. Con lo cual, de una parte, se permitió la erección de nuevos distritos municipales, con desconocimiento de las normas legales que fijan los requisitos y condiciones exigidas para ello, y de otro lado, se ordenó a la Asamblea de Antioquia crear el municipio de San José, al que se señalaron de antemano, sus límites territoriales.

7.—Al hacer lo primero, violó el legislador, indirectamente, el artículo 76, atribución 5ª de la Constitución, pues al autorizar a la Asamblea Departamental de Antioquia para crear dos nuevos municipios, sin llenar "estrictamente los requisitos que establezca la ley", consideró inexistentes o no obligatorias, en este caso especial, las bases y condiciones fijadas por el mismo legislador para tal fin es la Ley 49 de 1931, sin que, de otra parte, hubiera señalado las nuevas bases o condiciones para hacerlo.

No se afirma aquí que el Congreso no tenga facultades para derogar la ley normativa. Puede hacerlo, claro está, pero para que, en tal caso, la disposición constitucional, que atribuye a las asambleas la potestad de erigir nuevos municipios, produzca efectos, en la práctica, es necesario que el Congreso dicte la ley que venga a reemplazar la derogada. Derogada la ley normativa y no dictada la que deba sustituírla, se haría imposible la creación de nuevos distritos municipales.

Al disponer lo segundo, violó también el numeral 4º del artículo 187 de la Ley de Leyes, pues no corresponde al legislador disponer la creación de municipios, ya que tal atribución fue dada a las asambleas departamentales por la misma Constitución, la que las facultó, también para segregar o agregar los términos municipales y fijar los límites entre los distritos. O sea: el Congreso invadió campo que pertenece a las asambleas.

"Todo indica —dice el señor Procurador— que el ejercicio por las asambleas departamentales de su facultad constitucional de crear municipios requiere la previa adopción por el Congreso, en uso de la atribución que la Carta le confiere en el ordinal 5º del artículo 76, de la ley general que fije las bases y condiciones pa-

ra la creación de esas entidades municipales, pues esa es la única forma de que las asambleas dispongan la erección llenando estrictamente los requisitos que establezcan la ley. En consecuencia, las normas legales de carácter general que señalen las bases y condiciones para la creación no pueden dejar de dictarse ni, dictadas, pueden desatenderse como lo pretende el artículo 1º de la ley acusada; puesto que cualquiera erección de municipios que no reúna los requisitos exigidos por la ley preexistente se haría sin sujeción estricta de las condiciones señaladas por el legislador; y si éste autoriza para casos determinados que se desatienda la norma general, estaría propiciando la infracción del artículo 187 de la Carta".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional,

DECLARA:

Son inexequibles las disposiciones de la Ley 120 de 1963, "por la cual se conceden ciertas autorizaciones a la Asamblea Departamental de Antioquia".

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y comuníquese a quien corresponda.

Luis Fernando Paredes Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Crótatas Londoño, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano, Enrique López de la Pava; Enrique Arrázola Arrázola, Conjuez.

Ricardo Ramírez L. Secretario.



REFORMA JUDICIAL

Es inexequible el artículo 7º del Decreto-ley 1698 de 1964.

1.—Organismos ordinariamente investidos de la función jurisdiccional, el según artículo 58 de la Constitución.

2.—Son distintas las categorías de Juez de Circuito y la de Juez Municipal.

3.—Cotejo de los textos constitucionales que a tales procedimientos se refieren.

4.—Los Jueces Municipales de plena competencia, creados por la Reforma Judicial de 1964, no son los jueces de circuito que contempla el artículo 157 de la carta.

5.—Exclusión del artículo 155 de la Carta en el ejercicio de la judicatura municipal.

1.—Si, el constituyente, al decir en el artículo 58 del Estatuto que "la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás tribunales y juzgados que establezca la ley, administran justicia", hizo mediante esa fórmula de carácter general la indicación de los organismos ordinariamente investidos de la función jurisdiccional, no por ello confió al poder legislativo la misión de determinar las calidades indispensables para poder ser magistrado o juez, sino que el propio constituyente reservó para sí ese atributo, que consideró básico en la conformación del órgano jurisdiccional, como puede verse en el título XV de la Carta (artículos 147 a 164).

Lo que importa afirmar que el hecho de que la ley pueda crear tribunales y juzgados (Art. 58) y, cual lo enseña el Art. 164 ibidem, organizar la jurisdicción del trabajo y establecer tribunales de comercio, no inviste al legislador de la potestad de desconocer o contrariar las exigencias previstas por el Estatuto para la constitución misma del órgano, como son las relativas a las condiciones que han de llenar los llamados a la administración de justicia.

2.—La Constitución, al determinar en el título sobredicho la estructura de la rama jurisdiccional del poder, señaló como categorías distintas la de juez de circuito y la de juez municipal, colocando a la última en el grado inferior de la jerarquía.

La diferencia entre estos dos órdenes de jueces y la inferioridad del municipal con relación al de circuito las determinan, no sólo la diversidad de las denominaciones, que en boca del autor de la Ley de Leyes, austero y preciso en su lenguaje, corresponden a conceptos históricamente distintos, sino la circunstancia decisiva de no ser unos mismos los requisitos imperados por la Carta para ser juez de una u otra categoría, habiendo uno de significativa importancia entre los exigidos para serlo de circuito.

3.—Con sólo cotejar los textos constitucionales que a tales predicamentos se refieren, encuéntrase palmaria la diferencia a que se alude.

Reza el artículo 157 que "para ser Juez Superior, de Circuito, de Menores, o Juez especializado, o Juez de Instrucción Criminal, de igual o superior categoría a los indicados, se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, ser abogado titulado y haber desempeñado un año, por lo menos, el cargo de Juez de Circuito o de Juez Municipal ...". Y a su turno el 158 dice: "Para ser Juez Municipal se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y abogado titulado".

Como se ve, en el ordenamiento estatutario para ser juez municipal apenas se necesita tener las tres primeras de las condiciones exigidas para ser juez de circuito, cuya investidura requiere, además haber desempeñado un año, por lo menos, el cargo de juez municipal. Si pues, el llamamiento a este último empleo no exige el haber desempeñado previamente judicatura alguna, y en cambio la vocación a la judicatura de circuito requiere el haber ejercido la municipal durante un año por lo menos, ello por sí solo está demostrando que el constituyente estableció la diferencia entre el orden de los jueces de circuito y el orden de los jueces municipales, haciendo a los últimos de inferior categoría respecto de aquellos, inferioridad que fue una de las implícitamente contempladas en la segunda parte del canon 159, cuando dice que "Las condiciones requeridas para el desempeño de cualquiera de estos cargos habilitan para el ejercicio de los que sean inferiores en categoría".

Se reitera, pues, la doctrina sentada por esta Corporación en su sentencia de 28 de junio de 1965, por la cual se declararon inexequibles ciertas disposiciones de la reforma judicial a cuya acusación entonces se atendía, "en cuanto suprimen la categoría constitucional de juez de circuito", pronunciamiento aquel de cuya parte considerativa son los siguientes pasajes...

4.—Precisa, pues, afirmar que los jueces municipales de plena competencia, creados por la reforma judicial de 1964, no son los jueces de circuito que contempla el artículo 157 de la Carta. No los habilita al efecto esa plena competencia, porque, a pesar de ella, se encuentran en el grado inferior de la escala jurisdiccional, siendo así que el orden de los jueces de circuito, tal como lo reconoció la enmienda constitucional de 1945, según venía existiendo desde antes y continuó siéndolo hasta ser suprimido por la reforma judicial, no ocupaba ese nivel inferior pues que más abajo estaba el de los jueces municipales, de cuyas providencias conocían los de circuito en segunda instancia; y porque, en el estado actual de la reforma y por su imperativo del sistema que la misma consagra, los jueces municipales de plena competencia no necesitan, para serlo, el haber desempeñado previamente la función jurisdiccional, como sí lo exige el estatuto a los jueces de circuito (artículo 157), que, para poder serlo, tienen que haber desempeñado durante un año, por lo menos el cargo de juez municipal.

5.—Consecuencia indefectible de todo lo expuesto es la de que, cuando el constituyente en el artículo 155 de sus ordenamientos (2º del Acto Legislativo Nº 1 de 1947), estatuyó como uno de los requisitos para ser magistrado de Tribunal Superior, en disyuntiva con el ejercicio de la abogacía o la enseñanza de derecho, en los términos que la norma indica, el "haber desempeñado en propiedad, por un período no menor de cuatro años, alguno de los cargos de Magistrado de Tribunal de Distrito, Juez Superior o de Circuito, juez especializado de igual o superior categoría, fiscal de tribunal o juzgado superior o Magistrado de Tribunal Administrativo", excluyó de esta enumeración el ejercicio de la judicatura municipal; inclusio unius est exclusio alterius: **y que, al juez de circuito, lo hizo ciertamente en el sentido con que esta categoría de la escala jerárquica fue consagrada en el hoy canon 157 o sea el artículo 60 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., veintiséis de octubre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

— I —

El ciudadano doctor Hernando Morales M., en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Carta se ha presentado ante la Corte Suprema de Justicia a pedir la declaración de que es inexequible el artículo 7º del Decreto-Ley 1698 de 1964, que transcribe exactamente, así:

"Para los efectos señalados en el artículo 155 de la Constitución Nacional, el desempeño del cargo de juez municipal de plena competencia se equipara al de juez de circuito".

Argumenta el solicitante que "si la Constitución estableció como requisito para ser magistrado de Tribunal entre otros haber desempeñado en propiedad por un período no menor de cuatro años el cargo de juez de circuito, una ley no puede variar tal exigencia por la de haber desempeñado por dicho lapso el cargo de juez municipal";

que "Los jueces de circuito y los municipales son distintos y pertenecen a diversa categoría, pues los primeros tienen su origen concreto en los artículos 155 y 157 de la Constitución al paso que los segundos están previstos en los artículos 157 y 158 ibidem", preceptos estos que establecen requisitos diferentes para el ejercicio de unos u otros cargos; y

que "La Constitución ha señalado los requisitos para ser magistrado de Tribunal Superior, entre ellos el de haber sido juez de circuito, con lo cual la ley no puede establecer otros, que fue lo que hizo el artículo 7º del Decreto 1698 de 1964 violando flagrantemente el artículo 155 de la Carta. No se puede confundir jueces previstos en la propia Constitución como diferentes, por lo cual mal puede el legislador equiparar unos a otros, ni autorizar contra la Carta, que el desempeño del cargo de juez municipal equivalga al de circuito para cualquier efecto y mucho menos con el fin de que no se cumpla un requisito taxativo para ser magistrado de tribunal".

Tales los fundamentos de la acusación.

— II —

LA INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO

Por impedimento del Procurador General de la Nación, designose para hacer sus veces en

este asunto al procurador delegado en lo civil, quien emitió su parecer en dilatada exposición, en la que, luego de discurrir sobre la administración de justicia como servicio del Estado, la organización de la rama jurisdiccional y las calidades, ya comunes, ya diferenciadas que deben reunir los funcionarios jurisdiccionales de las diferentes categorías, entra a participar de los conceptos del acusador, en relación con lo cual hace, entre otras consideraciones, las siguientes:

Que "evidentemente, como lo observa el demandante doctor Hernando Morales M., el precepto del artículo 7º del Decreto Nº 1698 de 1964, al equiparar el desempeño del cargo de juez municipal de plena competencia, en propiedad, al de juez de circuito igualmente en propiedad, para los efectos de lo preceptuado en el artículo 155 de la Constitución, en realidad hace igual o equivalente aquel desempeño que exige reunir solamente las calidades exigidas en el artículo 158, a las requeridas en el artículo 157 de la Carta para ser juez de circuito.

"Como consecuencia de esto, el ejercicio en propiedad del cargo de juez municipal de plena competencia durante cuatro años que requiere el artículo 155 de la misma Carta Fundamental, habilita al funcionario jurisdiccional dicho para ser magistrado del Tribunal Superior de Distrito. Lo cual es en el fondo autorizar... que quien apenas reúne las calidades mínimas para ser juez municipal, por el ejercicio de este cargo en propiedad reúne también las exigencias de otras calidades más altas y estrictas señaladas en la Carta (artículo 157) para desempeñar un cargo de mayor jerarquía; y por este solo ejercicio durante cuatro años, está en capacidad dada por la ley, que no por la Constitución, en un verdadero ascenso en su carrera judicial 'per saltum', para desempeñar el de magistrado de Tribunal Superior de Distrito, contra lo que en forma clara y perentoria estatuye el artículo 155 en relación con el artículo 157 citado del estatuto fundamental.

"El artículo 7º del Decreto Nº 1698 de 1964, citado, de esta manera exige calidades inferiores para desempeñar el cargo de magistrado del Tribunal Superior de Distrito que las requeridas por la Constitución, con quebranto innegable de sus artículos 157 y 155".

Luego de lo cual estima que, si bien la norma acusada tiene muy estrecha relación con los artículos 1º a 7º y 9º del Decreto-Ley 528 de 1964, que atribuyeron plena competencia, a los jueces municipales en lo penal, civil y laboral, suprimiendo los jueces de circuito o de círculo laboral en estas ramas, no sería admisible la afirmación de que "eliminados estos cargos no hay ascenso del de juez municipal al de magistrado de tribunal superior 'per saltum', sino que hay realmente continuidad en la escala jerárquica", porque a esa afirmación le cerró el paso la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 28 de junio de 1965, por la que se declararon inexequibles unas disposiciones de la Ley 27 de 1963 y otras del Decreto-Ley Nº 528 de 1964, en cuanto suprimen la categoría constitucional de juez de circuito.

Y si bien el Gobierno, con el propósito de adaptar las disposiciones sobre organización judicial a lo decidido por la Corte en la sobredicha sentencia, dictó el Decreto Extraordinario Número 1867 de 1965, por el cual se establecen jueces de circuito civiles y penales en las ciudades de Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla y, además, en cada distrito judicial distinto de los que se acaban de mencionar un juez de circuito, con competencia para conocer de los asuntos que el mismo decreto les señala, sin embargo como este poder de conocimiento de tales jueces de circuito se les limitó y restringió a esos asuntos determinados, y en cambio por virtud de lo dispuesto en los artículos 1º y 2º del mismo decreto se dejó a los jueces municipales, tanto de las cabeceras de distrito judicial, como de otras plazas, investidos de la plena competencia para conocer en lo penal y en lo civil, como también quedó viva la plena competencia de los jueces municipales en lo laboral, todo ello quiere decir que, a igual que los jueces de circuito restablecidos por el decreto, los jueces municipales de plena competencia, que hayan ejercido por cuatro años en propiedad este cargo, si reúnen las condiciones de nacionalidad, ciudadanía, edad y titularidad de abogado que señala el artículo 155 del estatuto, pueden ser elegidos para el cargo de magistrado de tribunal superior, separándose de lo dispuesto en esta norma, la que, entre los cargos cuyo desempeño habilita para esa magistratura, no incluye el de juez municipal.

Finalmente, aunque el Ministerio Público opina que la plena competencia que al juez municipal en lo laboral le atribuye el artículo 9º del Decreto 528 de 1964, puede permitir que el ejercicio de esta judicatura en el lapso señalado por la ley, lo habilite para el desempeño del

cargo de magistrado de tribunal superior en la sala laboral, atendido el artículo 164 de la Constitución, con todo concluye su concepto, "reconociéndole plenamente la razón al demandante", afirmando que "el precepto del artículo 7º del Decreto Extraordinario Nº 1698 de 1964, acusado, es inexequible", y rogando a la Corte que así lo declare.

— III —

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.— Si, el constituyente, al decir en el artículo 58 del estatuto que "La Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás tribunales y juzgados que establezca la ley, administran justicia", hizo mediante esa fórmula de carácter general la indicación de los organismos ordinariamente investidos de la función jurisdiccional, no por ello confió al poder legislativo la misión de determinar las calidades indispensables para poder ser magistrado o juez, sino que el propio constituyente reservó para sí ese atributo, que consideró básico en la conformación del órgano jurisdiccional, como puede verse en el título XV de la Carta (artículos 147 a 164).

Lo que importa afirmar que el hecho de que la ley pueda crear tribunales y juzgados (artículo 58) y, cual lo enseña el artículo 164 ibidem, organizar la jurisdicción del trabajo y establecer tribunales de comercio, no inviste al legislador de la potestad de desconocer o contrariar las exigencias previstas por el estatuto para la Constitución misma del órgano, como son las relativas a las condiciones que han de llenar los llamados a la administración de justicia.

2.—La Constitución, al determinar en el título sobredicho la estructura de la rama jurisdiccional del poder, señaló como categorías distintas la de juez de circuito, y la de juez municipal, colocando a la última en el grado inferior de la jerarquía.

La diferencia entre estos dos órdenes de jueces y la inferioridad del municipal con relación al de circuito las determinan, no solo la diversidad de las denominaciones, que en boca del autor de la ley de leyes, austero y preciso en su lenguaje, corresponden a conceptos históricamente distintos, sino la circunstancia decisiva de no ser unos mismos los requisitos imperados por la Carta para ser juez de una u otra categoría, habiendo uno más de significativa importancia entre los exigidos para serlo de circuito.

3.—Con solo cotejar los textos constitucionales que a tales predicamentos se refieren, encuéntrase palmaria la diferencia a que se alude.

Reza el artículo 157 que "Para ser juez superior, de circuito, de menores, o juez especializado, o juez de instrucción crimnal de igual o superior categoría a los indicados, se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, ser abogado titulado y haber desempeñado un año, por lo menos, el cargo de juez de circuito o de juez municipal...". Y a su turno el 158 dice: "para ser juez municipal se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y abogado titulado".

Como se ve, en el ordenamiento estatutario, para ser juez municipal apenas se necesita tener las tres primeras de las condiciones exigidas para ser juez de circuito, cuya investidura requiere, además, haber desempeñado un año, por lo menos, el cargo de juez municipal. Si, pues, el llamamiento a este último empleo no exige el haber desempeñado previamente judicatura alguna, y en cambio la vocación a la judicatura de circuito requiere el haber ejercido la municipal durante un año por lo menos, ello por sí solo está demostrando que el constituyente estableció la diferencia entre el orden de los jueces de circuito y el orden de los jueces municipales, haciendo a los últimos de inferior categoría respecto de aquellos, inferioridad que fue una de las implícitamente contempladas en la segunda parte del canon 159, cuando dice que "Las condiciones requeridas para el desempeño de cualquiera de estos cargos habilitan para el ejercicio de los que sean inferiores en categoría".

4.—Se reitera, pues, la doctrina sentada por esta corporación en su sentencia de 28 de junio de 1965, por la cual se declararon inexequibles ciertas disposiciones de la reforma judicial a cuya acusación entonces se atendía, "en cuanto suprimen la categoría constitucional de juez de circuito", pronunciamiento aquel de cuya parte considerativa son los siguientes pasajes:

"La reforma constitucional de 1945 designa por su nombre a los jueces inferiores, y da un paso más, de significativa importancia: establece la jerarquía de la rama jurisdiccional, integrada, en orden descendente, en esta forma: a) Corte Suprema; b) Tribunales; c) Jueces Superiores, de Circuito, de Menores, de Instrucción Criminal y especializados, de igual o supe-

rior categoría a los indicados, y d) Jueces Municipales.

"La clasificación de jueces, con la especificación indicada, no fue establecida por el constituyente de 1886, sino que vino a serlo por la reforma de 1945. La institución de esta investidura judicial surge con toda claridad y nitidez del contenido de los artículos 155, 157 y 158 de la codificación actual; fue eso lo que se propuso hacer el constituyente de 1945 al señalar las calidades y requisitos que debían llenarse para la designación de los jueces de cada categoría, la forma de nombramiento y la duración del período. La simple lectura de las disposiciones constitucionales citadas apoya la anterior conclusión.

"Los antecedentes que tuvo en cuenta el Gobierno Nacional como promotor o iniciador de la reforma de 1945, y los informes de las comisiones de las dos Cámaras del Congreso, ilustran el sentido de las previsiones ya citadas; lo que por medio de ellas se propusieron fue instituír la jerarquía de la rama jurisdiccional, dejando al legislador la facultad de establecer y organizar la carrera judicial, de acuerdo con esa jerarquía...

"Tenía conocimiento el constituyente de 1945 de que existían creados por la ley, Juzgados Superiores, de Circuito, de Instrucción Criminal y Municipales. Sobre esa base los incorporó a la rama jurisdiccional, adicionando la lista anterior con la de jueces de menores; le dió, pues, a la ley vigente, creadora de la judicatura, la categoría de canon constitucional. Ese procedimiento no es inusitado; nuestro derecho público registra numerosos antecedentes: entre otros puede citarse el de la Contraloría General de la República, creada por una Ley de 1923. Posteriormente el estatuto fundamental le dio rango constitucional a la nombrada entidad, institucionalizando la obra del legislador ordinario...

"La reforma de 1945, a diferencia de la Carta de 1886, no se limitó a dejar el encargo de administrar justicia en los grados inferiores de la jerarquía jurisdiccional, a los Juzgados 'que establezca la ley', sino complementó el ordenamiento instituyendo determinadas categorías de jueces, como los de circuito, que el legislador está obligado a respetar en la organización del servicio de justicia. Además, en la reforma no hay una simple mención de funcionarios, como lo afirma el procurador, sino su distribución en grado o escalas, o, en otros términos, la consagración de una jerarquía definida.

"Las anteriores consideraciones llevan a la conclusión de que el legislador no tiene facultades para eliminar las categorías específicas a que se refieren los artículos 155, 157 y 158 de la reforma constitucional de 1945, establecidas por ellos; sus poderes se limitan a aumentar o disminuir el número de los existentes, a variar el territorio de su jurisdicción o modificar su competencia, y aún crear nuevos juzgados o tribunales, si así lo exigen las necesidades del servicio público...".

5.—Precisa, pues, afirmar que los jueces municipales de plena competencia, creados por la reforma judicial de 1964, no son los jueces de circuito que contempla el artículo 157 de la Carta. No los habilita al efecto esa plena competencia, porque, a pesar de ella, se encuentran en el grado inferior de la escala jurisdiccional, siendo así que el orden de los jueces de circuito, tal como lo reconoció la enmienda constitucional de 1945, según venía existiendo desde antes y continuó siéndolo hasta ser suprimido por la reforma judicial, no ocupaba ese nivel inferior, pues que más abajo estaba el de los jueces municipales, de cuyas providencias conocían los de circuito en segunda instancia; y porque, en el estado actual de la reforma y por un imperativo del sistema que la misma consagra, los jueces municipales, de plena competencia no necesitan, para serlo, el haber desempeñado previamente la función jurisdiccional, como sí lo exige el estatuto a los jueces de circuito, (artículo 157), que, para poder serlo, tienen que haber desempeñado durante un año, por lo menos, el cargo de juez municipal.

6.—Consecuencia indefectible de todo lo expuesto es la de que, cuando el constituyente en el artículo 155 de sus ordenamientos (2º del Acto Legislativo Nº 1 de 1947), estatuyó como uno de los requisitos para ser magistrado de tribunal superior, en disyuntiva con el ejercicio de la abogacía o la enseñanza del derecho, en los términos que la norma indica, el "haber desempeñado en propiedad, por un período no menor de 4 años algunos de los cargos de magistrado de Tribunal de Distrito, juez superior o de circuito, juez especializado de igual o superior categoría, fiscal de Tribunal o Juzgado Superior, o magistrado de Tribunal Administrativo", excluyó de esta enumeración el ejercicio de la judicatura municipal: **Inclusio unius est exclusio alterius**; y que, al referirse al juez de circuito,

lo hizo ciertamente en el sentido con que esta categoría de la escala jerárquica fue consagrada en el hoy canon 157 o sea el artículo 60 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945.

7.—Ante lo expuesto, se imponen las siguientes conclusiones:

a) Que, habiendo señalado la Carta los cargos jurisdiccionales y del Ministerio Público cuyo ejercicio habilita para ser magistrado de tribunal superior, no podía el legislador atribuírle semejante eficacia a cargos de inferior categoría a los contemplados por el propio constituyente;

b) Que éste excluyó del elenco de tales cargos habilitantes para el fin dicho, el de juez municipal;

c) Que, no teniendo el cargo de juez municipal de plena competencia creado por la reforma judicial de 1964 la misma categoría que el de juez de circuito previsto por la Constitución en sus artículos 155 y 157, sino una inferior no podía el legislador equiparar el desempeño de aquel con el de éste para los efectos del referido artículo 155;

d) Que lo dicho se predica igualmente de los jueces municipales laborales, por las siguientes razones: porque, si bien la Constitución en su artículo 164 (69 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945) encomendó al legislador el establecer y organizar la jurisdicción del trabajo, no por ello lo facultó para abrogar las condiciones imperadas por el propio constituyente como básicas para poder ser juzgador en los diferentes órdenes de la jerarquía institucional, pues lo contrario quebrantaría la unidad de sistema que tan grave materia reclama; y porque, según el artículo 155, precepto que en el orden de evolución de las instituciones (artículo 2º del Acto Legislativo Nº 1 de 1947) es posterior al 164 aludido, tratándose de los jueces especializados, el cargo cuyo desempeño capacita para ser magistrado de tribunal es aquel que sea "de igual o superior categoría" al de juez superior o de circuito, pero los jueces municipales laborales establecidos en la reforma judicial no son ni los de circuito que contempló la Constitución, ni los laborales de círculo que existían antes de la reforma y que eran de categoría a los de circuito, sino jueces municipales de las condiciones de que atrás se habló, inferiores en grado a los de circuito y a los cuales no pueden equipararse para los efectos constitucionales; y

e) Que, por todo ello, el precepto acusado es violatorio de los artículos 155 y 157 del estatuto.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le confiere el artículo 214 de la Carta, DECLARA: Es inexequible el artículo 7º, del Decreto-Ley Nº 1698 de 16 de Julio de 1964.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese, previa comunicación a quien corresponda.

Luis Fernando Paredes A, Ramiro Araújo Grau, (con salvedad respecto a la motivación); **Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso G., Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Crótatas Londoño, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.**

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO RAMIRO ARAUJO GRAU RESPECTO A LA MOTIVACION DE LA SENTENCIA QUE ANTECEDE, LA CUAL DECLARA LA INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 7º DEL DECRETO-LEY 1698 DE 1964.

Habiendo sido restablecida la categoría de los jueces de circuito, como consecuencia de la sentencia de la Corte de 28 de Junio de 1965, es obvio que queda sin justificación la equiparación de los jueces municipales a aquellos, que hizo el artículo 7º del Decreto-Ley 1698 de 1964.

Para la declaración de inexequibilidad de este último precepto no era necesario, por tanto,

reiterar la doctrina que expuso la Corte en el fallo antes citado, que firmé con salvamento de voto, junto con 4 colegas.

Como sigo discrepando del mencionado fallo, por las razones expuestas en el aludido salvamento es obvio que no puedo compartir la reiteración de las tesis del mismo que de manera expresa hace la sentencia a que se refieren estas líneas. Mi aceptación de la parte resolutiva de ella, no comporta, pues, adhesión mía a las referidas tesis.

Fecha ut supra.

Ramiro Araújo Grau

INSPECCION Y VIGILANCIA UNIVERSITARIA

Inexequibilidad de los artículos 1º y 2º del Decreto 252 de 1958 elevados a la categoría de Ley por la 141 de 1961.

Extracto de la Doctrina de la Sentencia.

"Así las cosas, la materia reglada en los artículos acusados, no es otra que la determinación de un medio para ejercer la potestad constitucional, en cuanto a universidades se refiere, atribuídas al Presidente de la República por el ordinal 13 del artículo 120 de la Ley de Leyes.

Como el Presidente no puede realizar en persona todas las atribuciones que la Constitución y las leyes le asignan, puede señalar los organismos por cuyo conducto se verifica la materialidad de las labores emanadas de esas atribuciones.

"Tesis que se confirma con la lectura cuidadosa de los considerandos del decreto que desembocan en la conclusión de que se trataba, no de delegar o renegar de una atribución constitucional, sino de actualizar los sistemas de inspección y vigilancia como se venía reconociendo de tiempo atrás por el Ministerio del Ramo.

"Y así se nota a las claras que la materia del decreto es ajena al orden público, o su restablecimiento y que ni siquiera hubo intención de referir a tales bases el contexto del decreto, siendo clarísimo, por el contrario, que se "reglamentó" algo relativo al modo de ejercer la inspección y vigilancia de las universidades, igual que cuando esa función constitucional la ejercía el Gobierno por conducto de la División de Coordinación Universitaria y Alta Cultura del Ministerio de Educación.

"Lo anterior significa que la materia de que trata el decreto acusado, norma legal según el artículo 1º de la Ley 141 de 1961, es de competencia exclusiva del Presidente de la República, que no del Congreso. Este no puede determinar el conducto por el cual ejerza el Presidente su privativa facultad de inspección.

"Lo que significa que se violó el ordinal 13 del artículo 120 de la Constitución Nacional y, en consecuencia, los artículos 2º, 55 y 78, ord. 2º de la misma".

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, D. E. noviembre dieciséis de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero).

El doctor César Castro Perdomo, ciudadano colombiano, demandó la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 141 de 1961 en cuanto adoptó como normas legales los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º y 7º del Decreto Legislativo 0252 de Julio 11 de 1958 de la Junta Militar de Gobierno.

Surtidos los trámites de rigor, para fundamentar la decisión de la Corte, conviene hacer las siguientes consideraciones:

LA DEMANDA

En primer lugar, transcribe las normas acusadas, del siguiente tenor:

"Ley 141 de 1961, artículo 1º. Adóptase como leyes los decretos legislativos dictados con invocación del artículo 121 de la Constitución, desde el nueve (9) de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) hasta el veinte (20) de julio de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), en cuanto sus normas no hayan sido abolidas o modificadas por leyes posteriores. Artículo 2º.—Esta ley regirá desde su sanción".

"Decreto Legislativo Número 0252 de 1958
(julio 11)

"Por el cual se reorganiza el régimen de inspección y vigilancia en la Universidad Colombiana.

"La Junta Militar de Gobierno de la República de Colombia",

en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y

"CONSIDERANDO

"Que es necesario actualizar y reorganizar los sistemas de inspección y vigilancia en las universidades;

"Que el Ministerio de Educación Nacional ha reconocido, en diversas oportunidades, la necesidad y conveniencia de dicha reorganización;

"Que el reciente Congreso de Universidades de Popayán ha sugerido fórmulas que consultan los intereses del bien público y los de los claustros de enseñanza superior;

"DECRETA:

"Artículo 1º—La inspección y vigilancia de las universidades que hoy ejerce el Ministerio de Educación Nacional por conducto de la División de Coordinación Universitaria y alta cultura, se realizará, a partir de la vigencia de este Decreto, por el Consejo Nacional de Rectores de que trata el Decreto Nº 252 de julio 11 de 1958.

"Artículo 2º—Las disposiciones que se dicten sobre inspección y vigilancia, serán refrendadas por el Ministerio del ramo o por el jefe de Departamento Administrativo, en su caso, para los fines previstos en la Constitución Nacional.

"Artículo 3º—En el proyecto de ley de apropiaciones y gastos que anualmente se elabore, habrá de incluírse una partida destinada al Fondo Universitario Nacional para el cumplimiento de las funciones que se le adscribe en este Decreto.

"Artículo 4º—Los archivos y dotaciones de la División de Coordinación Universitaria y Alta Cultura pasarán al Fondo Universitario Nacional.

"Artículo 5º—Las medidas que se adopten sobre funcionamiento y aprobación de universidades, facultades, institutos, etc., serán comunicadas al Ministerio de Educación por intermedio de la Asesoría Jurídica, para los fines legales a que haya lugar.

"Artículo 6º—Derógase el Decreto Nº 0019 de 1957 sobre régimen universitario.

"Artículo Transitorio.—Dentro del término de seis (6) meses, contados a partir de la sanción del presente Decreto, el Consejo Nacional de Rectores presentará al Ministro de Educación el proyecto sobre reglamentación y vigilancia de las universidades, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 2º.

"Artículo 7º—Este Decreto rige desde su fecha y suspende las disposiciones que le sean contrarias.

"Comuníquese y cúmplase.

"Dado en Bogotá, D. E., a 11 de julio de 1958.

"(Fdo.) General Gabriel París G. Presidente de la Junta.

"Mayor general, Deogracias Fonseca; vicealmirante, Rubén Piedrahita A.; brigadier general, Rafael Navas Pardo; brigadier general Luis E. Ordóñez.

"El ministro de Gobierno, mayor general Pioquinto Rengifo; el ministro de Relaciones Exteriores, Carlos Sanz de Santamaría; el ministro de Justicia, Rodrigo Noguera Laborde; el ministro de Hacienda y Crédito Público, Jesús María Marulanda; el ministro de Guerra, brigadier general Alfonso Saíz Montoya; el ministro de Agricultura, Jorge Mejía Salazar; el ministro de Trabajo, Raimundo Emiliani Román; el ministro de Salud Pública, Juan Pablo Llinás; el ministro de Fomento, Harold H. Eder; el ministro de Minas y Petróleos, Julio César Turbay Ayala; el ministro de Educación Nacional, Alfonso Carvajal Peralta; el ministro de Comunicaciones, brigadier general Alfonso Ahumada R.; el ministro de Obras Públicas, Roberto Salazar Gómez".

... ...

"(Es fiel copia tomada del Diario Oficial Nº 29.755 de septiembre 3 de 1958)".

En segundo lugar, el impugnador señala como violados el artículo 41 de la Carta Fundamental y el ordinal 13 del artículo 120 del mismo estatuto.

Después de decir que los artículos 1º, 2º, 4º y 5º del decreto legislativo en mención sustraen de la dirección del Gobierno Nacional el régimen de inspección y vigilancia de las universidades colombianas para darle aquellas facultades al Consejo Nacional de Rectores de las universidades y que los artículos 3º, 6º y 7º contienen disposiciones complementarias de la siguiente manera:

"El concepto de la violación consiste que mediante las disposiciones acusadas se entrega una facultad constitucional al Consejo Nacio-

nal de Rectores, constituído por las universidades privadas y unas cuantas oficiales, que están en minoría, y conforme a los textos transcritos corresponde privativamente al Estado Colombiano y al Gobierno Nacional especialmente dirigir, reglamentar e inspeccionar la educación pública universitaria, y se ha visto que el Congreso que adoptó como ley aquel decreto legislativo no puede privar de esa manera, de sus prerrogativas constitucionales al señor Presidente de la República.

"El legislador no podía dejar en manos del Consejo Nacional de Rectores la inspección y vigilancia de la educación pública universitaria en los términos de los artículos 1º y 2º del Decreto Legislativo 252 de 1958 adoptado por la Ley 141 de 1961 porque fuera de los anteriores razonamientos en que se ha demostrado que aquella es función privativa del Estado y en especial del Presidente de la República, hay otra razón constitucional que se lo impide y consiste en que la función de inspección y vigilancia en materia educativa es indelegable, porque el Presidente al ejercitarla está cumpliendo una atribución natural que le es propia por ser Presidente de la República y que emana directamente de la Carta Fundamental. Así lo tiene sentado esa H. Corte".

Con el propósito de reforzar sus argumentos, el doctor Castro Perdomo reproduce el texto de una jurisprudencia de la Corte donde se afirma que el Presidente de la República no necesita autorización especial de la ley para reglamentar la educación; que esta atribución emana directamente de la Constitución y es natural que ella privativa del Presidente, no puede ser delegada por el legislador a ninguna otra autoridad o funcionario.

Ataca también el sistema de refrendación previsto en el decreto acusado diciendo que los poderes que otorga el ordinal 13 del artículo 120 de la Carta son del Presidente, no del Ministro de Educación.

Explica, asimismo, el demandante que no puede argüirse que el mencionado artículo 2º del Decreto 0252 de 1958 —adoptado por la Ley 141 de 1961— fue sustituído por los artículos 3º y 9º del Decreto 1297 de 1964, por que éste no tiene "la virtualidad de dejar insubsistente mandatos del Congreso como el adoptado mediante la Ley 141 de 1961...".

Considera el impugnador que el decreto, al entregar la intervención de las universidades estatales al Consejo Nacional de Rectores, destruye todas las facultades constitucionales del Estado cuya dirección, reglamentación e inspección "debe ejercer —escribe— sin anuencia de nadie, y menos de entidades privadas".

Insiste el doctor Castro Perdomo en la cita de una tesis del Consejo de Estado sobre el alcance del ordinal 31 del artículo 120 de la Constitución, y de otra de la Corte sobre la inexequibilidad de la Ley 87 de 1946, y termina recordando, a través de las comillas, cuál ha sido el pensamiento de reputados tratadistas del Derecho Constitucional colombiano sobre las facultades que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa para "reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional".

EL CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR

Comienza la vista del colaborador expresando que aunque la petición de inexequibilidad la refiere el demandante a los artículos todos del Decreto 0252 de 1958, excepto el transitorio, sus consideraciones sólo atacan los artículos 1º y 2º, ya que omite el análisis de los restantes, por lo cual opina que en relación con los artículos 3º, 4º, 5º, 6º y 7º la demanda no reúne los requisitos perentoriamente exigidos por la Ley 96 de 1936 (artículo 2º).

Afirma luego que si no se estuviera en presencia del fenómeno de sustracción de materia, sería de interés dilucidar dos temas:

Primero: Si el decreto atacado no se dictó realmente con apoyo en el artículo 121 de la Carta.

Pero le parece inoficioso aclarar el punto planteado, puesto que por "el hecho de que el dictarse el referido decreto se invocara el artículo 121 de la Constitución, como se invocó, y la circunstancia de que la Ley 141 de 1961 adoptó como leyes los decretos legislativos "dictados con invocación del artículo 121 de la Constitución desde el 9 de noviembre de 1949 y hasta el 20 de julio de 1958", parece que dicho decreto sea de los adoptados como ley.

Segundo: Si el estatuto impugnado se expidió en desarrollo de la potestad que al Presidente de la República asigna el numeral 13 del artículo 120 de la misma y que, en consecuencia, constituiría un reglamento constitucional y no un decreto legislativo.

También le parece inoficioso ese análisis, aunque adelanta que, desde el punto de vista funcional, ese decreto, así concebido, tendría amplio respaldo constitucional, puesto que si fuera de ese carácter la Corte carecería de competencia para examinarlo "Toda vez que no sería de los demandables ante ella sino ante el H. Consejo de Estado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 214 y 216 de la Constitución".

Tercero: Dice el señor procurador:

"Si la facultad de reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional correspondiera privativamente al señor Presidente de la República como lo sostiene el demandante, sería procedente estudiar —lo que no es del caso hacer por el fenómeno de sustracción de materia— la exequibilidad o inexequibilidad de la Ley 141 en presencia de lo dispuesto por el artículo 78, numeral 2º, de la Carta. En efecto, estando prohibido al Congreso y a cada una de sus Cámaras 'inmiscuirse por medio de resoluciones o de leyes en asuntos que son de la privativa competencia de otros poderes', si lo concerniente a la reglamentación, inspección y vigilancia de la educación fuere de la privativa competencia del Presidente de la República, el legislador no habría podido, sin quebranto de la norma constitucional que acaba de transcribirse, proveer sobre esa materia como a lo menos formalmente lo hizo en la Ley 141 de 1961 para adoptar como ley las normas del Decreto 0252 de 1958 que indudablemente se refieren a la inspección y vigilancia de la educación universitaria.

"Pero aun cuando se declarara inconstitucional la Ley 141 en ese punto, subsistiría la necesidad de analizar si no derivando el Decreto 0252 su fuerza y validez de la facultad extraordinaria que otorga al señor Presidente el artículo 121 de la Carta para dictar normas con fuerza de ley para suspender las incompatibles con el estado de sitio, sino del numeral 13 del artículo 120 de la Carta, que otorga al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa la facultad de reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional, el referido Decreto 252 subsistiría, no obstante la inexequibilidad de la ley que dijo adoptarlo".

Esbozados esos temas, repite que se presenta el caso de sustracción de materia.

Y funda esta última tesis en que, para su opinión la Ley 141 de 1961 en cuanto a su relación con el Decreto 0252 de 1958, y éste, quedaron insubsistentes por la derogatoria genérica contenida en el artículo 9º del Decreto Nº 1297 de 1964, pues, en su sentir, además, los artículos 1º y 2º del mentado 0252 son contrarios e incompatibles con el 3º del último estatuto.

Saliendo al paso de la objeción —ya prevista por la demanda— de que este decreto no tiene virtualidad para dejar insubsistentes mandatos del Congreso como el adoptado mediante la Ley 141 de 1961, la resuelve diciendo que en el fondo el Decreto 0252 es un reglamento constitucional autónomo, tesis que sustenta con alguna amplitud, no obstante al principio haber repudiado su estudio como ya se tiene dicho.

Concluye afirmando que "Ley y decreto de reglamentación directa tiene la misma virtualidad y deben considerarse de igual categoría, ocupando el primer lugar en la jerarquía de valores después de la Constitución Nacional".

Para terminar, y después de recalcar que la demanda solo dió argumento contra los artículos 1º y 2º del Decreto 0252 de 1958, conceptúa que la Corte no podrá pronunciarse sobre éstos en virtud del fenómeno de la sustracción de materia; que los artículos 3º a 7º, aún si se estimare que no quedaron derogados por los referidos artículos 3º y 9º del Decreto 1297 de 1964, deben considerarse exequibles en ausencia de toda argumentación sobre ellos, si bien estima que los tales 3º a 7º del Decreto 0252 no son más que un desarrollo o una consecuencia de lo dispuesto en los artículos 1º y 2º del 0252, por lo cual también quedaron insubsistentes.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Las normas del decreto acusado pertenecen a las de un decreto legislativo dictado bajo ese nombre y con invocación del artículo 121 de la Carta. A esos elementos externos, que no a la materia, debe atenerse la Corte para considerarlo, en consecuencia, adoptado como ley por la 141 de 1961, ya que abarca esta normación del legislativo.

Así las cosas, siendo sus disposiciones de categoría de ley formal, no puede aceptarse que el Decreto 1297 de 1964 dictado en uso de la facultad otorgada al Presidente de la República por el ordinal 13 del artículo 120 de la Constitución Nacional, haya derogado o sustituído lo que estatuye el Decreto 0252 de 1958, porque los decretos de reglamento constitucional autónomo

no tienen, como lo piensa equivocadamente el señor Procurador, la misma catalogación de la ley formal o de los Decretos-Leyes expedidos en uso de las atribuciones de que trata el ordinal 13 del artículo 76 de la Carta. Son disposiciones administrativas y de materia restringida a los términos del precepto constitucional en que se basan.

No hay, pues, sustracción de materia, y debe decidirse en el fondo sobre la armonía o contradicción de los términos del estatuto acusado con las normas de la Ley de Leyes, si bien esta decisión no puede referirse a los artículos 3º, 4º, 5º, 6º y 7º, del mismo por cuanto el impugnador no dió ninguna razón de la violación habiéndose limitado a decir, en la demanda, que eran un desarrollo de los artículos 1º y 2º.

Para lo cual se considera:/

Creado por el 0251 de 1958 el Consejo Nacional de Rectores, por el decreto acusado se le atribuyó la inspección y vigilancia de las universidades diciendo que es la misma que en ese momento ejercía el Ministerio de Educación Nacional por conducto de la División de Coordinación Universitaria y Alta Cultura, y agregando que para la validez de las disposiciones que sobre esa materia se dicten (por el mencionado Consejo) se requieren que sean "refrendadas por el ministerio del ramo o por el Jefe del Departamento Administrativo, en su caso, para los fines previstos en la Constitución Nacional".

No es oscuro el sentido de esta normación, el Gobierno Nacional, al expedirla, pretendió ejercer esa misión constitucional por conducto de un órgano especializado que no quedó según las voces mismas del decreto, con otras facultades diversas a las que tenía la División de Coordinación Universitaria y Alta Cultura a través de la cual se ejercía esa función. Tanto es ello así, que, para dar validez a las providencias del Consejo Nacional de Rectores, deberían ser aprobadas por el Ministerio del ramo, y si desapareciese, convertido en un Departamento Administrativo, por éste. Todo ello, reza el final del artículo 2º, "para los fines previstos en la Constitución Nacional", es decir, para conservar en manos del Gobierno, las susodichas inspección y vigilancia.

Así las cosas, la materia reglada en los artículos acusados, no es otra que la determinación de un medio para ejercer la potestad constitucional, en cuanto a universidades se refiere, atribuída al Presidente de la República por el ordinal 13 del artículo 120 de la Ley de Leyes. Como el Presidente no puede realizar en persona todas las atribuciones que la Constitución y las leyes le asignan, puede señalar los organismos por cuyo conducto se verifica la materialidad de las labores emanadas de esas atribuciones.

Tesis que se confirma con la lectura cuidadosa de los considerandos del decreto que desembocan en la conclusión de que se trataba, no de delegar o renegar de una atribución constitucional, sino de actualizar los sistemas de inspección y vigilancia como se venía reconociendo de tiempo atrás por el Ministerio del ramo.

Y así se nota a las claras que se "reglamentó" algo relativo al modo de ejercer la inspección y vigilancia de las universidades, igual que cuando esa función constitucional la ejercía el Gobierno por conducto de la División de Coordinación Universitaria y Alta Cultura del Ministerio de Educación.

Lo anterior quiere decir que la materia de que trata el decreto acusado, norma legal según el artículo 12 de la Ley 141 de 1961, es de competencia del Presidente de la República, que no del Congreso. Aquel puede idear los medios de ejercer, sobre las universidades su función de inspección y vigilancia, pero ésta invade la órbita de las funciones presidenciales si se le adscribe esa facultad a órgano diverso de la Presidencia.

Lo que significa que se violó el ordinal 13 del artículo 120 de la Constitución Nacional, y en consecuencia, los artículos 2º, 55 y 78, ordinal 2º de la misma.

Ya sobre el alcance de esta normación dijo la Corte en sentencia de diez (10) de octubre de este año:

"En punto a educación pública cabe entender que el ordinal 13 otorga al Presidente facultad discrecional en el más amplio grado, porque nada distinto indica el poder normativo indeterminado que envuelve la atribución de dictar reglamentos sin circunscribirla en forma alguna; pero ese máximo grado de discrecionalidad debe ser referido al ámbito de la actividad administrativa, por cuanto la índole de ésta implica sometimiento a la ley formal que conforme al artículo 76 de la Carta es de la competencia privativa del Congreso. Si la Administración es por su naturaleza un obrar para el bien público, esto es, un ejecutar y desarrollar en la práctica

previsiones de carácter abstracto que se entienden convenientes para satisfacer las necesidades de la comunidad, no puede menos que actuar en el marco de la potestad de simple ejecución de la ley, porque es a ésta a la que corresponde determinar los cometidos del Estado y promover y fomentar la actividad adecuada para atenderlos. Es relevante, a este propósito, que el ordinal 13 no da al Presidente facultad para promover y fomentar la educación pública, como quien dice, para tomar la iniciativa respecto de su orientación y de los medios e instrumentos más eficaces para estimularla y difundirla, sino que se limita a autorizarlo para reglamentarla y dirigirla, funciones ambas más propias de la Administración que del legislativo en cuanto suponen un funcionar sobre materia determinada de antemano, y descienden a pormenores de orden práctico en que no suele ni debe ocuparse el legislador.

"Por regla general compete a la Administración reglamentar la actividad tanto interior como exterior del servicio, o sea, todo lo concerniente, en lo interno, a la organización y funcionamiento de él desde el punto de vista técnico, y también por los aspectos económico, social y aún ético, etc., y en lo externo, la regulación de sus relaciones con los particulares desde el punto de vista jurídico; lo que hace dentro del grado de libertad que le permita la norma superior, esto es, con la mayor amplitud, aunque en su órbita propia, cuando la Constitución la inviste de una facultad autónoma, como en el caso del ordinal 13, y en el grado que la ley señale cuando la misma Carta condiciona el ejercicio de la función administrativa a lo que dispongan las leyes, como verbigracia ocurre en los ordinales 5º, 6º, 12º, 14º, 17º y 18º del artículo 120. A la legislación incumbe, en cambio, lo que por rebasar el concepto de lo administrativo se sustrae a esta especie de actividad, apareciendo como materia propia del derecho objetivo".

Por cuyas razones, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación en armonía con el artículo 214 de la Constitución Nacional,

DECIDE

a) Son inexequibles, por inconstitucionales, los artículos 1º y 2º del Decreto 0252 de 1958 elevados a la categoría de ley por la 141 de 1961;

b) No es apta la demanda sobre inexequibilidad de los artículos 3º, 4º, 5º, 6º y 7º, del mismo decreto, por lo cual la Corte se abstiene de proveer a fondo sobre ellos.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y comuníquese al Ministerio de Educación Nacional.

Luis Fernando Paredes. Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Aníbal Cardoso Gaitán, Flavio Cabrera Dussán Crótatas Londoño, Eduardo Fernández Botero, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano, Arturo C. Posada, Julio Roncallo Acosta; Alvaro Pérez Vives, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
DIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

FUNCIONARIOS DE INSTRUCCION CRIMINAL

Por sustracción de materia la Corte, resuelve que no es el caso de hacer declaración alguna sobre los artículos 2º del Decreto-Ley 1111 de 1958, 38 de la Ley 4ª de 1943, y 1º y 4º del Decreto 650 de 1943.

Atribuída la instrucción de los procesos por delitos a los respectivos jueces municipales en lo penal, y a los jueces y tribunales superiores en la forma prevista en el artículo 1º del Decreto-ley 528 de 1964, y estatuído por el mismo precepto que los empleados administrativos, entre los cuales figuraban los jueces de instrucción criminal, no son funcionarios de instrucción, es palmar que el artículo 48 impugnado ha quedado sin efecto.

A esto se agrega: El Decreto 1716 de 1960, también expedido en uso de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 19 de 1958, reorganizó el Ministerio de Justicia, y por el artículo 2º creó la División de Instrucción Criminal de la cual hacían parte los jueces de instrucción Criminal. Ahora bien, el artículo 111 del Decreto 1356 de 1964, respaldado en las facultades extraordinarias de que trata la Ley 27 de 1963, suprimió "La División de Instrucción Criminal del Ministerio de Justicia con todos los cargos en ella existentes". De donde resulta que quitada la función investigativa y suprimidos los jueces de instrucción criminal, ha desaparecido la facultad de libre nombramiento y remoción de ellos, que el artículo 48 del Decreto 650 de 1943 le había conferido al Gobierno. Lo que significa que esta norma acusada quedó derogada y no puede ser materia de pronunciamiento sobre inexequibilidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., noviembre veinticinco de mil novecientos sesenta y seis (1966).

(Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada).

El doctor Carlos García Herreros O. en ejercicio del derecho conferido por el artículo 214 de la Constitución Nacional, pide se declaren inexequibles las siguientes disposiciones legales:

1º—El artículo 2º del Decreto 1111 de 1938, que dice: "Igualmente, y mientras se apropian las partidas correspondientes para los nuevos funcionarios de Instrucción continuarán encargados de la Instrucción Criminal los funcionarios que actualmente tienen tal carácter".

2º—El artículo 38 de la Ley 4ª de 1943, que dispone: "Los Juzgados del Cuerpo Auxiliar del Organo Judicial dependerán desde la sanción de la presente ley, del Departamento de Justicia del Ministerio de Gobierno como antes de la vigencia del Decreto-ley 505 de 1940".

3º—El artículo 1º del Decreto 650 de 1943, que es del siguiente tenor: "El Cuerpo Auxiliar del Organo Judicial lo integran la Prefectura Judicial, los Juzgados de Instrucción Criminal, los Juzgados Permanentes y los Jueces de Policía. El director del Departamento de Justicia del Ministerio de Gobierno ejerce la dirección y vigilancia del Cuerpo Auxiliar del Organo Judicial".

4º—El artículo 48 del Decreto 650, que reza: "Los funcionarios y empleados del Cuerpo Auxiliar del Organo Judicial son de libre nombramiento y remoción del Gobierno".

El demandante considera que el artículo 2º del Decreto 1111, es inconstitucional "por cuanto se dictó extralimitando las facultades de que se revistió al Presidente de la República en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 92 de 1938".

Las razones de inconstitucionalidad del precepto acusado las compendia el demandante en el siguiente aparte del libelo: "De todo lo expuesto se deduce, que el artículo que demando por inconstitucional, lo es por cuanto fue dictado con violación de la norma expresada por el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional que permite 'revestir, pro tempore al Pre-

sidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen', ya que, al ser dictado, se salió de los límites que las precisas facultades extraordinarias le daban al Presidente de la República y que lo es, por cuanto que al así haber sucedido, como sucedió, se violó y viola el numeral 2º del artículo 120 de la Constitución Nacional que dice que al Presidente corresponde, como suprema autoridad administrativa: 2º—Promulgar las leyes, sancionarlas, obedecerlas, y velar por su exacto cumplimiento, ya que al dictarse tal artículo, no se obedecía lo relativo a la creación de los Jueces de Instrucción, ni lo relativo a las atribuciones que el nuevo Código de Procedimiento Penal les dió, ni se tomaban medidas tendientes a poner en ejecución los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, ya que como lo hemos dicho y es de todos sabido piedra fundamental de la reforma penal, es la creación de los Jueces de Instrucción, jueces de condiciones determinadas".

La razón básica de inexequibilidad del inciso 1º del artículo 38 de la Ley 4ª de 1943 la coloca el demandante en que "hace depender del Ejecutivo los Juzgados del Cuerpo Auxiliar del Organo Judicial". Y desarrolla su aserto con los siguientes razonamientos: "La Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, administran justicia. Al hacer depender el artículo 38 acusado del Ejecutivo los Juzgados del Cuerpo Auxiliar del Organo Judicial", violó el principio de separación de los poderes, y se puso en contradicción con el artículo 55 de la Constitución Nacional en cuanto en su segundo inciso establece: "El Congreso, el Gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado", a la vez que fue más allá de las atribuciones que la Constitución da al Presidente de la República, en relación con la administración de justicia, en el artículo 119 de la misma, que no lo faculta para tener bajo su responsabilidad juzgado alguno de los que la ley haya creado o pueda crear.

En la práctica se ha sostenido que los Juzgados de Instrucción son juzgados auxiliares del Organo Judicial, si esto fuera así, el mencionado artículo 38 "estaría en contradicción con el artículo 157 de la Constitución Nacional, en cuanto dicho artículo determina que tales jueces 'serán elegidos por el Tribunal Superior del respectivo Distrito Judicial en Sala Plena, para un período de dos años' ".

Considera el acusador inconstitucional el artículo 1º del Decreto 650 de 1943, porque incluye a los jueces de Instrucción Criminal dentro del Cuerpo Auxiliar del Organo Judicial, por estar en contradicción con el artículo 58 de la Constitución Nacional, que adscribe a la Corte Suprema de Justicia, a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley la administración de justicia. Por tanto son parte integrante del poder judicial o de la rama jurisdiccional, y no de ningún cuerpo auxiliar de ella. Además, poniendo tales juzgados bajo la dirección, inspección y vigilancia del Ministerio de Gobierno, violó el principio de separación de poderes consagrado en el inciso 2º del artículo 55 de la Constitución Nacional, e impide dar aplicación al artículo 157 de la misma, que dió a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en Sala Plena la elección de los jueces de Instrucción.

La inconstitucionalidad del artículo 48 del Decreto 650 de 1943, estriba en que, si, según el artículo 1º del mismo decreto, los jueces de Instrucción forman parte del Cuerpo Auxiliar del Organo Judicial, la disposición acusada, ha violado el artículo 58 de la Carta, que atribuye la administración de justicia a la Corte Suprema, Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley... Entiendo que no se puede burlar la Constitución por el simple sistema de cambiar el nombre de aquello que antes que por él, debe distinguirse por la naturaleza misma de sus funciones. También contradice el artículo demandando el 55 de la Carta, que establece la separación de los poderes, y el artículo 157 de la misma "por cuanto que, cambiando la denominación y no de naturaleza ni de funciones a los jueces de Instrucción Criminal, impide que estos sean elegidos por el Tribunal Superior del respectivo Distrito en Sala Plena, para un período de dos años".

El Procurador General contestó el traslado de la demanda con las siguientes consideraciones:

El cargo de extralimitación de las funciones extraordinarias desaparece si se tiene en cuenta que "el propio legislador ha ratificado lo que los decretos acusados dispusieron. En efecto si el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal dispuso la creación de doscientos jueces de Instrucción Criminal, el legislador en vez de

apropiar las partidas correspondientes, cuya falta fue la causa principal para conservar los antiguos funcionarios de instrucción dispuso en 1943 en el artículo 30 de la Ley 4ª crear para todo el país 60 jueces de instrucción del orden político que eran los que había suprimido el Código de Procedimiento. Y el artículo 38 de la misma ley ratificó también la disposición de que los Juzgados del Cuerpo Auxiliar del Organo Judicial dependían del Ministerio de Gobierno. Hasta la expedición de la reforma de 1938, las leyes habían dado siempre a las autoridades políticas la calidad de funcionarios de instrucción, sin que nadie hubiera entendido que así se violaba el principio de separación de los poderes o de funciones ni que esto implicara agravio a la norma constitucional que impide reunir en una misma persona la autoridad política o civil con la judicial o militar. En otros términos, se consideraba que un funcionario de instrucción no tenía propiamente calidad de juez, sino apenas de auxiliar o colaborador de los jueces". Si el Código les quitó a las autoridades políticas las funciones de instructores, no lo hizo para restablecer el dominio de principios constitucionales que nadie estaba considerando violados, sino por razones de orden técnico de división del trabajo: de ahí que la supresión de aquellas facultades coincidiera con la creación de los jueces de instrucción que deberían ser además de doctores, especialmente preparados en materia de investigación criminal".

Concluye el Procurador que "no estima violadas las disposiciones constitucionales sobre separación de funciones, ni sobre facultades extraordinarias, ni sobre obligación del Presidente de la República para ejecutar cumplidamente las leyes. Encuentra sí que las disposiciones acusadas, excepto el artículo 2º del Decreto 1111 de 1938, resultan hoy inconstitucionales frente al Acto Legislativo Nº 1º de 1945 artículo 157 de la actual compilación...". De modo que hoy, sin lugar a duda, los jueces de instrucción pertenecen al Organo Judicial, no deben en consecuencia depender del Gobierno y deben ser elegidos por los Tribunales Superiores para un período de dos años. Tal la razón que tengo para solicitaros que declaréis contrarias a la Constitución las disposiciones acusadas, con la excepción mencionada".

SE CONSIDERA:

Como lo dice el Procurador General las leyes anteriores a la 94 de 1938 o Código de Procedimiento Penal daban la función de investigar los delitos a ciertos funcionarios de orden ejecutivo. Así el artículo 64 de la Ley 189 de 1896, que subrogó al 1517 del Código Judicial derogado en 1938, les confiere el carácter de funcionarios de instrucción al Presidente de la República, a los Gobernadores de los Departamentos, a los Alcaldes Municipales, a los Inspectores de Policía Nacional, Departamental o Municipal.

El Decreto 1775 de 25 de octubre de 1926 basado en facultades extraordinarias, reorganizó la Policía Nacional y como sección de ella creó la llamada Policía Judicial y los Juzgados de Policía, a la cual, como auxiliar del órgano judicial, confirió la instrucción criminal de los delitos, cuyo juzgamiento corresponde a las autoridades nacionales del órgano judicial. y la decisión de las causas por delitos señalados excepcionalmente a la competencia de la Policía.

Por último, el Decreto 4175 de 1936, dictado en uso de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 15 de 1935, en el artículo 3º sobre los servicios prestados por la Policía Nacional, incluyó "el de la policía judicial que tiene por objeto servir de auxiliar al poder judicial y conocer de los negocios anexos a la jurisdicción especial de la policía".

La comisión redactora del Código de Procedimiento Penal vigente consideró que la investigación de los delitos o la instrucción del sumario, que comprende la práctica de las diligencias propias "para comprobar el cuerpo del delito, descubrir a los autores o partícipes, conocer su personalidad y averiguar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados por la infracción", debía encomendarse a funcionarios especialmente preparados que formaran parte de la administración de justicia, y por eso el artículo 32 incluyó a los jueces de Instrucción Criminal entre las corporaciones y jueces por medio de los cuales se ejerce la administración de justicia en el ramo penal de manera permanente.

En consecuencia, dispuso que en cada Distrito Judicial habría "tantos jueces de instrucción criminal cuantos correspondan a la población del Distrito, a razón de uno por cada cuarenta mil habitantes": Fijó las condiciones que debían reunir para ser nombrados; les dió la categoría de jueces de Circuito, y dispuso que fueran designados por el respectivo Tribunal Superior para un período de dos años (artículos 36 a 40 del C. de P. P.).

De esta forma, al entrar en vigencia el 1º de julio de 1938 la Ley 94 de 1938, o sea, el Código de Procedimiento Penal, fuera de la Sala Penal de la Corte, de las Salas Penales de los Tribunales, de los Jueces Superiores, de Circuito y Municipales, solamente quedaban con función investigativa los Jueces de Instrucción creados por la misma, y, por consecuencia, dejaban de tenerla los funcionarios de instrucción creados por la legislación anterior.

En estas circunstancias, el Ejecutivo, en uso de facultades extraordinarias conferidas por el artículo 25 de la Ley 92 de 1938 "para adoptar todas las medidas tendientes a poner en ejecución los Códigos Penal y de Procedimiento Penal", en atención a que los nuevos organismos creados por éste implicaban el nombramiento de numerosos empleados con un gasto no previsto en el presupuesto del semestre de julio a diciembre; en que, no obstante las autorizaciones para abrir los créditos respectivos, no era posible atender a dicho gasto "dentro de las actuales posibilidades del Fisco, sin comprometer las partidas ordinarias para el servicio público", y en que los nuevos códigos podían entrar en vigencia sin la creación inmediata de dichos organismos, mientras el Congreso apropiaba las partidas necesarias para la instalación y funcionamiento de ello, dictó el Decreto-Ley 1111 de 1938, por el cual en el artículo 1º aplazó la vigencia de los artículos 33, 34, 35 y 36 del Código de Procedimiento Penal, y dispuso que los Tribunales Superiores y los Jueces de Circuito siguieran conociendo de los negocios penales, tanto para la instrucción como para el fallo en la forma en que entonces conocían, es decir, aplazó la separación que la Ley 94 de 1938 estableció para el juzgamiento de los negocios civiles y de los penales tanto en los Tribunales como en los Juzgados de Circuito, así como el funcionamiento de los Jueces de Instrucción Criminal.

Y a fin de llenar el vacío que para la instrucción de los sumarios dejaba el aplazamiento de las normas referentes a la creación de los Jueces de Instrucción dispuso el artículo 2º acusado: "Igualmente, y mientras se apropian las partidas correspondientes para los nuevos funcionarios de instrucción, continuarán encargados de la Instrucción Criminal los funcionarios que actualmente tienen tal carácter.

El Decreto 528 de 1964, expedido en uso de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 27 de 1963 en su artículo 1º dió a "los jueces municipales en lo penal la instrucción de los procesos por delitos que se cometan en el territorio de su jurisdicción, sin perjuicio de que el juez o Tribunal Superior la asuma directamente en los delitos de su competencia".

Y en lo que toca con el artículo impugnado, dispuso aquella misma norma: "Los alcaldes, los inspectores de Policía y los demás empleados administrativos, no son funcionarios de instrucción, pero pueden cumplir funciones de policía judicial, en los casos que señale la ley".

Y el Decreto 1726 de 1964 dictado en ejercicio de las mismas facultades extraordinarias de que trata la Ley 27 citada, crea y organiza la Policía Judicial, a la cual según el artículo 1º corresponde practicar directamente las primeras diligencias investigativas en los delitos perseguibles de oficio cuando tengan conocimiento de ellos como inspeccionar el lugar de los hechos, examinar los rastros de la infracción, recoger los elementos que sirvan para demostrar la materialidad del ilícito y la responsabilidad.

El artículo 2º estatuye: "Ejercen permanentemente la función de Policía Judicial los Alcaldes Municipales, los Inspectores Departamentales y Municipales de Policía, los Corregidores, los Comisarios de Policía Judicial del Distrito Especial de Bogotá".

De este precepto resulta manifiesto que todos los funcionarios de orden ejecutivo o administrativo, entre los cuales estaban los Jueces de Instrucción Criminal nombrados por el Ejecutivo, a quienes el artículo 2º del Decreto 1111 de 1938 les prorrogó la facultad de investigación criminal, que entonces tenían, ha sido derogado; que la dicha atribución ha quedado a los jueces y Tribunales Superiores; que los funcionarios de policía, excepto los jueces de Instrucción Criminal, que, como adelante se verá, fueron suprimidos, han quedado con solas funciones de Policía Judicial. En una palabra, que el artículo 2º del Decreto 1111 de 1938, demandado de inexequibilidad ha sido derogado tácitamente por ser incompatible con los preceptos citados de los Decretos-Leyes 528 y 1726 de 1964. Lo cual indica que no hay lugar a pronunciamiento sobre esta forma, por sustracción de materia.

Artículo 38 de la Ley 4ª de 1943

La Ley 4ª de 1943 que rige desde el 27 de febrero del mismo año, a preceptos reformatorios

de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal y a disposiciones sobre policía rural, añadió el artículo 30, por el cual dispuso que desde el primero de mayo siguiente funcionarían sesenta (60) juzgados de instrucción criminal, distribuídos en los distintos distritos judiciales del país en la forma que determine el Gobierno, tomando en cuenta las estadísticas de criminalidad en cada distrito judicial..." Y en el 38, que es el segundo de los demandados de inconstitucionalidad, estatuyó: "Los Juzgados del Cuerpo Auxiliar del Organo Judicial dependerán desde la sanción de la presente ley, del Departamento de Justicia del Ministerio de Gobierno, como antes de la vigencia del Decreto-ley Nº 505 de 1940". Por virtud de este Decreto-ley basado en las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 54 de 1939 "para la organización de los servicios administrativos y de policía", se dió a la Policía Nacional la facultad de investigar los delitos, y quedaron bajo dependencia los juzgados de instrucción creados por el mismo, como pertenecientes al Cuerpo Auxiliar del Organo Judicial.

Así se explica por qué a los juzgados de instrucción se les consideraba como parte del Cuerpo Auxiliar del Organo Judicial, es decir, como empleados de la rama política, y por qué de ser dependientes de la Policía Nacional se les pasaba al Departamento de Justicia del Ministerio de Gobierno.

La Ley 68 de 1945, por la cual se creó el Ministerio de Justicia, dispuso en el artículo 1º que dicho Ministerio tendría a su cargo la vigilancia y control de la Policía Judicial, y en el 2º autorizó al Presidente de la República para organizar dicho Ministerio con facultades para trasladar del Ministerio de Gobierno los empleados que considerara necesarios.

El Gobierno en desarrollo de estas facultades, dictó el Decreto 01105 de 1947, por el cual organizó el Ministerio de Justicia, y en el artículo 5º ordenó: "Todo el personal de jueces y empleados que forman el Cuerpo Auxiliar de la Rama Jurisdiccional, dependerán en lo sucesivo del Departamento Jurídico del Ministerio de Justicia". De modo que el artículo 38 de la Ley 4ª de 1943 fue sustituído por el artículo 5º del Decreto-ley .0105 de 1947. En consecuencia, siguiendo la sostenida doctrina de la Corte, tampoco hay lugar a pronunciamiento sobre este artículo por sustracción de materia.

Artículo 1º del Decreto 650 de 1943.

La Ley 5ª de 1943 en el artículo primero invistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 20 de julio de 1944 para reorganizar la Policía Nacional, y lo autorizó especialmente para "organizar la Policía Judicial".

En ejercicio de estas facultades, dictó el Decreto 650 de 30 de marzo de 1943, por el cual organizó la Policía Judicial o Cuerpo Auxiliar del Organo Judicial, y en el artículo 1º dice: "El Cuerpo Auxiliar del Organo Judicial lo integran la Prefectura Judicial, los Jueces de Instrucción Criminal y los Juzgados de Policía. El director del Departamento de Justicia del Ministerio de Gobierno ejerce la dirección, inspección y vigilancia del Cuerpo Auxiliar del Organo Judicial".

Este artículo, en cuanto coloca los Juzgados de Instrucción Criminal bajo la inspección y vigilancia del director del Departamento de Justicia del Ministerio de Gobierno, fue derogado por el artículo 15 del Decreto 0105 de 1947 que puso, como queda visto, todo el personal de jueces y empleados que integran el Cuerpo Auxiliar de la rama jurisdiccional bajo la dependencia del Departamento Jurídico del Ministerio de Justicia. Por tanto no hay lugar de hacer declaración alguna sobre esta parte del artículo acusado por sustracción de materia.

Artículo 48 del mismo Decreto 650 de 1943

Sobre el artículo 48 del mismo Decreto 650 de 1943, que dispuso el libre nombramiento y remoción por el Gobierno de todos los empleados y funcionarios del Cuerpo Auxiliar del Organo Judicial, cabe observar respecto de los jueces de instrucción criminal, pertenecientes a dicho cuerpo.

Atribuída la instrucción de los procesos por delitos a los respectivos jueces municipales en lo penal, y a los jueces y tribunales superiores en la forma prevista en el artículo 1º del Decreto-ley 528 de 1964 y estatuído por el mismo precepto que los empleados administrativos, entre los cuales figuraban los jueces de instrucción criminal, no son funcionarios de instrucción, es palmar que el artículo 48 impugnado ha quedado sin efecto.

A esto se agrega: El Decreto 1716 de 1960 también expedido en uso de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 19 de 1958,

reorganizó el Ministerio de Justicia y por el artículo 2º creó la División de Instrucción Criminal de la cual hacían parte los jueces de instrucción criminal. Ahora bien, el artículo 111 del Decreto 136 de 1964 respaldado en las facultades extraordinarias de que trata la Ley 27 de 1963 suprimió "La División de Instrucción Criminal del Ministerio de Justicia con todos los cargos en ella existentes". De donde resulta que quitada la función investigativa y suprimidos los jueces de instrucción criminal, ha desaparecido la facultad de libre nombramiento y remoción de ellos, que el artículo 48 del Decreto 650 de 1943 le había conferido al Gobierno. Lo que significa que esta norma acusada quedó derogada y no puede ser materia de pronunciamiento sobre inexequibilidad.

En razón de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional,

RESUELVE:

No es el caso de hacer declaración alguna sobre los artículos 2º del Decreto-ley 1111 de 1958, 38 de la Ley 4ª de 1943, 1º y 4º del Decreto 650 de 1943, por sustracción de materia.

Cópiese, notifíquese, transcríbase al señor Ministro de Justicia, e insértese en la Gaceta Judicial.

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

Ricardo Ramírez L. Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REFORMA JUDICIAL

Inexequibilidad del artículo 26 del Decreto-Ley 528 de 1964 en cuanto éste dispone que la escogencia de los Consejeros de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se hará "Entre los Consejeros que forman las cuatro Salas o Secciones en que se subdivide la Sala de lo Contencioso Administrativo".

Doctrina de la Sentencia.

"Dados, pues, los motivos que determinaron la adopción del artículo 37 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945 (137 del estatuto), no cabe duda de que el constituyente tuvo el definido propósito de separar en la dinámica del Consejo de Estado las funciones contencioso-administrativas de las demás de su resorte, mediante la división de esta entidad en salas cuya diversificación corresponda a la separación de funciones, en la que se muestran, de un lado las concernientes al encargo de juez de la administración pública, y del otro las tocantes a la actividad asesora o consultiva del Gobierno.

"Pero esta diversificación no sería completa y dejaría subsistentes las dificultades que la reforma quiso obviar, si el personal de las salas del Consejo se entremezclase, como ordena hacerlo el artículo 26 del Decreto 528, a efecto de que la de Consulta y Servicio Civil esté integrada por cuatro miembros escogidos por el Gobierno de entre los consejeros que forman las cuatro secciones en que se subdivide la Sala de lo Contencioso Administrativo. Pues, brilla al ojo que quienes compongan la Sala de Consulta y Servicio Civil, al intervenir en las decisiones de su incumbencia, por ese hecho habrán prejuzgado en relación con las contenciones que sobre los mismos negocios lleguen a presentarse en las sub-salas de lo Contencioso-Administrativo".

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

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

El ciudadano doctor César Castro Perdomo pide a la Corte que declare la inexequibilidad de las siguientes disposiciones del Decreto-ley Nº 528 de 9 de marzo de 1964, relativas a la organización y funcionamiento del Consejo de Estado, que transcribe exactamente así:

"Artículo 26.—La Sala de Consulta y de Servicio Civil estará integrada por cuatro consejeros escogidos por el Gobierno, con sujeción a las normas sobre paridad política, entre los consejeros que forman las cuatro salas o secciones en que se subdivide la Sala de lo Contencioso Administrativo".

"Artículo 31.—Son atribuciones de la Sala de Consulta y de Servicio Civil del Consejo de Estado:

"1ª—Ejercer las funciones consultivas que al Consejo de Estado le asignan la Constitución y las leyes, con excepción de los casos previstos en los artículos 28, 120, numerales 10 y 11, 121 y 212 de la Constitución Nacional, para los cuales sólo es competente el Consejo Pleno".

—I—

El argumento central de la **acusación**, la cual se extiende a aspectos varios relacionados con las atribuciones del Consejo de Estado, su devenir histórico y la coexistencia de las funciones consultiva y contencioso-administrativa que le atribuye la Carta, se recoge sustancialmente en los siguientes pasajes del libelo:

"El constituyente de 1945 previó al disponer la creación de salas o secciones en el Consejo de Estado, para la mejor distribución del trabajo interno, que deberían mantenerse separadas las funciones de aquella entidad, a fin de

que por un lado hubiera consejeros dedicados exclusivamente a conocer y fallar sobre los asuntos contencioso-administrativos, y por el otro existieran consejeros dedicados únicamente al conocimiento y resolución de las cuestiones consultivas previstas en la Constitución y en la ley, y que sean sometidos al Consejo de Estado por el Gobierno Nacional.

"Las normas demandadas en vez de servir para hacer aquella separación de funciones contenciosas de las consultivas, las mezcla inconstitucionalmente, ya que unos mismos consejeros, según la reforma judicial, tienen que ser jueces del Gobierno y de la Administración y también servir de asesores o consultores de ese mismo Gobierno...

"El concepto de la violación lo hago consistir en que mientras la norma constitucional transcrita ordena al crearse o reorganizarse las respectivas salas o secciones en el Consejo de Estado, que el objeto de esa división es separar las funciones que le competen a aquella entidad como Tribunal Supremo de lo Contencioso, de las demás funciones que le asignan la Constitución y la ley, entre las cuales la más importante es la función consultiva del Consejo de Estado en los términos de los artículos 28, 120 (ordinales 10 y 11), 121 y 212 de la Carta, y en el artículo 24 de la Ley 167 de 1941, así como también las funciones asignadas en el artículo 9º de la Ley 19 de 1958, etc.; sin embargo, por las normas acusadas, en vez de hacerse esa separación de funciones, se las mezcla, pues la Sala de Consulta y de Servicio Civil creada por la reforma judicial, está integrada por algunos de los miembros de las cuatro secciones de la otra Sala Contencioso-Administrativa, con lo cual se consuma, al ejercerse la función consultiva por los respectivos consejeros de la Sala, una confusión de competencias así: la que corresponde al papel de juez de la Administración Pública y al mismo tiempo la relativa a la función de asesores o consultores del Gobierno y de aquella Administración...

"...Por consiguiente, el artículo 26 del Decreto Extraordinario 528 de 1964 es inconstitucional porque autoriza que consejeros de la Sala Contencioso Administrativa pertenezcan al mismo tiempo a la Sala de Consulta y Servicio Civil y el artículo 31 del mismo estatuto de la reforma judicial también es inconstitucional porque da competencia al Consejo Pleno para ejercer la función consultiva constitucional adscrita al Consejo de Estado en vez de dársela a la sala respectiva, permitiendo con ello, que quienes integran el Consejo Pleno, que constituye la reunión de las secciones de la Sala Contencioso-Administrativa, sean asesores del Gobierno en ciertos eventos a través de esa sala plena, y en otros, jueces de negocios electorales...".

— II —

LA INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO

Por impedimento del Procurador General de la Nación designóse para hacer sus veces en este asunto al Procurador segundo delegado en lo penal, quien emitió concepto según el cual las disposiciones acusadas son exequibles y así debe reconocérselas. A este propósito, presenta el colaborador de la Corte las siguientes consideraciones:

"Que el artículo 26 del decreto mencionado haya dispuesto que la Sala de Consulta y de Servicio Civil estará integrada por cuatro consejeros escogidos por el Gobierno entre quienes forman las salas o secciones en que se subdivide la Sala de lo Contencioso-Administrativa, en entender de este despacho no viola la norma constitucional ya citada porque se establece claramente la separación de funciones otorgando a una sala las que se refieren a materia contencioso-administrativa y a la otra sala las demás que la Constitución y la ley le asignen al Consejo de Estado.

"La Constitución Nacional se refiere a 'funciones' y no a personas. Se dispone que aquellas se ejercerán por salas o secciones distintas y en parte alguna prohibe la Carta que la Sala de Consulta y de Servicio Civil se integre con algunos de los consejeros que componen la Sala de lo Contencioso Administrativa. Por lo demás, el mismo artículo 137 de la Constitución Nacional autoriza al Gobierno para 'designar los miembros que deben formar las salas o secciones'. Sobre el particular, el actor arguye que 'la situación de prejuzgamiento' de los consejeros que integran la Sala de Consulta y de Servicio Civil, en el caso de que un asunto conocido por ellos sea después materia de un juicio contencioso administrativo, es inconveniente, pero obviamente se trata de un argumento impertinente en esta clase de acciones.

"Con el criterio del doctor Castro Perdomo podría sostenerse también que son inconstitucio-

nales las normas legales que otorgan al Consejo Pleno determinadas funciones, como el nombramiento de magistrados de los tribunales administrativos la indicada en el artículo 29 del Decreto 528 de 1964, porque quienes componen el Consejo Pleno son los mismos consejeros integrantes de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, y habría que crear entonces otra sala para ejercer esas funciones y otras más, planteamiento huérfano de lógica jurídica y de fundamento constitucional".

Y en lo atinente a la defensa del ordinal 1º del artículo 31 del decreto, alega:

"...el señalamiento de las funciones a las salas o secciones integrantes del Consejo de Estado corresponde a la ley, según el inciso 2º del artículo 137 de la Carta y, por consiguiente, no es inexequible la norma acusada en cuanto dispuso que los casos que la Constitución ordena sean consultados al Consejo de Estado —artículo 120, numerales 10 y 11, 122 y 212— los conozca el Consejo Pleno y no la Sala de Consulta y de Servicio Civil.

"De otra parte, podría sostenerse válidamente sin recurrir a argumentos de conveniencia, que la intención del constituyente fue la de otorgar al Consejo Pleno la función consultiva en los casos previstos en los artículos 28, 120, numerales 11 y 10, 121 y 212 de la Carta, y a una de sus salas o secciones los demás relativos a dicha función... por tanto, el artículo 31, numeral 1º del Decreto 528 de 1964, no hizo otra cosa que desarrollar correctamente las normas constitucionales relativas a la función consultiva del Consejo de Estado".

— III —

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.—Contemplando la estructura del Consejo de Estado en el período de su restauración, a partir del Acto Reformatorio de la Carta, de 10 de septiembre de 1914, y hasta la expedición del Acto Legislativo Nº 1 de 1945, no se encuentra mandato especial en el estatuto en cuya virtud las funciones contencioso administrativas del Consejo debieran ser atendidas por una sección del mismo distinta de la encargada de las demás atribuciones que a la corporación le asignasen la Constitución y la ley.

2.—Ello dió lugar en la práctica, como lo anotan los expositores de nuestro Derecho Constitucional, a que surgieran graves dificultades para la resolución de las consultas que sobre casos concretos le formulara el Gobierno al Consejo, cuando aquél consideraba dudosa la interpretación de algún texto legal, porque, si el Consejo resolvía las dudas relativas a esos casos concretos, sucedía que al llegar éstos a convertirse en contenciosos, por no conformarse los particulares con la decisión ministerial, le correspondía al Consejo de Estado conocer de asuntos sobre los cuales ya había emitido concepto o prejuzgado (Tulio Enrique Tascón, 2 edi., 1939, págs. 247 y 248; Francisco de Paula Pérez, 5ª edi., 1962, págs. 366 y 367).

3.—Considerando precisamente esta delicada cuestión, se consignó en la exposición de motivos de la Ley 167 de 1941 (Código de lo Contencioso Administrativo) lo siguiente: "Teniendo el Consejo a su cargo por ministerio de la Constitución y la ley, la atribución de resolver las consultas que el Ejecutivo le someta; estando obligado a dictaminar sobre la interpretación y aplicación de las leyes, así como sobre la validez de los contratos y otros actos que el Gobierno celebra y ejecuta, no hay duda de que cuando ejerce sobre los mismos negocios su papel jurisdiccional, hay el peligro de que los tenga ya prejuzgados y de que, en cualquier sentido que actúa, o incurre en inconsecuencia al fallar el caso concreto, o se atiene al concepto emitido sobre el punto de vista general con ocasión de la consulta o dictamen". Y en el informe a las Cámaras del Congreso se dijo a este respecto así: "Para evitar tamaños inconvenientes, el Consejo ha optado por abstenerse de resolver las consultas que le hacen los Ministros cuando versan sobre casos concretos o asuntos que luego puedan ser materia de un juicio contencioso. La dificultad apuntada no se obviaría sino, o quitándole al Consejo el carácter de supremo cuerpo consultivo, o dividiéndolo en salas, previo aumento de su personal para atribuír a la de Negocios Generales la resolución de las consultas sobre asuntos administrativos, en que, al surgir controversia, no vendría esta sala sino la de lo Contencioso a fallar sobre la constitucionalidad o legalidad de los actos ministeriales acusados ante el Consejo". (Eduardo Fernández Botero, to. II, págs. 360 y 361).

4.—Fue así como, para dar solución institucional al problema, vino el constituyente de 1945 a consagrar en el art. 37 del Acto Legislativo Nº 1 de ese año, hoy canon 137 de la codificación, el precepto de que "El Consejo se dividirá

en salas o secciones para separar las funciones que le competen como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, de las demás que le asignen la Constitución y la ley".

Conviene apuntar que este texto fue propuesto por la comisión de la H. Cámara de Representantes que estudió en su primera vuelta la reforma constitucional de 1945, y en cuyo informe, después de hablar de la composición del Consejo de Estado y del sistema de elección de sus miembros, dijo en el particular de que ahora se trata lo siguiente: "Las demás disposiciones de este capítulo permiten que el Consejo de Estado, que actualmente funciona como cuerpo unitario en el desempeño de las diversas tareas que le competen, pueda ser dividido en salas o secciones, estableciendo así la debida separación de las funciones que tiene como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo de las que le corresponden en relación con la administración activa del Estado".

5.—Dados, pues, los motivos que determinaron la adopción del artículo 37 del Acto Legislativo Nº 1º de 1945 (137 del estatuto), no cabe duda de que el constituyente tuvo el definido propósito de separar en la dinámica del Consejo de Estado las funciones contencioso administrativas de las demás de su resorte, mediante la división de esta entidad en salas cuya diversificación corresponda a la separación de funciones, en la que se muestran, de un lado, las concernientes al encargo de juez de la Administración Pública, y del otro, las tocantes a la actividad asesora o consultiva del Gobierno.

6.—Pero esta diversificación no sería completa y dejaría subsistentes las dificultades que la reforma quiso obviar, si el personal de las salas del Consejo se entremezclase, como ordena hacerlo el artículo 26 del Decreto 528, a efecto de que la consulta y servicio civil esté integrada por cuatro miembros escogidos por el Gobierno de entre los consejeros que forman las cuatro secciones en que se subdivide la Sala de lo Contencioso Administrativo. Pues, brilla al ojo que quienes compongan la Sala de Consulta y Servicio Civil, al intervenir en las decisiones de su incumbencia, por ese hecho habrán prejuzgado en relación con las contenciones que sobre los mismos negocios lleguen a presentarse en las subsalas de lo Contencioso Administrativo.

7.—Se deshace así el argumento del Ministerio Público, de que el canon constitucional se refiere a una separación de funciones y no de personas, porque todo lo hasta aquí discurrido muestra palmariamente que el constituyente, al estatuír tal separación, no obedeció a una simple división cuantitativa de trabajo, sino a una bien distinta, de carácter cualitativo y orgánico, en razón de actividades excluyentes, a efecto de que el Consejo, como entidad consultiva y asesora del Gobierno en actos en que aquél sería parte colaborante, no tuviese que ser luego, en lo contencioso, juez de esos mismos actos.

8.—Carece de pertinencia el argumento de la Procuraduría, de que si fuese inconstitucional el artículo 26 del Decreto 528, entonces lo serían las normas legales que otorgan al Consejo Pleno la atribución de nombrar magistrados de los Tribunales Administrativos o la señalada en el artículo 29 del mismo decreto, de dirimir "los conflictos de competencia que se susciten entre las dos salas que forman el Consejo de Estado", porque es nítidamente ostensible que tales casos no tocan ni con la función consultiva del Consejo acerca del Gobierno, ni con la materialidad de las acciones contenciosas deducibles contra los actos de la Administración, sino que miran a funciones internas que, por imperativos de orden institucional y de lógica, no pueden menos de ser propias del Consejo Pleno.

9.—Consecuencia indefectible de cuanto queda visto es la de que el artículo 26 del Decreto-ley 528 de 1964, en cuanto dispone que la Sala de Consulta y de Servicio Civil del Consejo de Estado estará integrada por consejeros escogidos "entre los consejeros que forman las cuatro salas o secciones en que se subdivide la Sala de lo Contencioso Administrativo", contraría el dictado medular del canon 137 de la codificación constitucional, por lo cual se impone el que la Corte otorgue en este acto la declaratoria de inexequibilidad de aquel artículo en la parte que tal cosa preceptúa, dándolo por constitucional en lo demás de su preceptiva.

10.—La acusación que se hace del ordinal 1º del artículo 31 del Decreto 528, en cuanto determina que la intervención del Consejo de Estado, en los casos previstos en los artículos 28, 120, numerales 10 y 11, 121 y 212 de la Carta, compete al Consejo Pleno, no puede acogerla la Corte, por las razones que se verán en seguida:

Porque, si el constituyente sentó el principio general contenido en el artículo 137 sobre división orgánica del Consejo en salas, atendiendo a la diversificación de sus funciones, era propio

del mismo autor de la ley de leyes establecer limitaciones al principio por él consagrado: **Ejusdem est tollere cujus est condere.**

11.—Ahora bien: en la especie que se elucida, hállase que esas limitaciones fluyen de la preceptiva constitucional misma, que en punto de la atribución consultiva del Consejo de Estado, se desenvuelve en casos de consulta facultativa y casos de consulta constitucionalmente obligatoria, reclamando para los de esta segunda categoría la intervención paladina del Consejo de Estado, vale decir del pleno de sus miembros.

12.—En efecto: preceptúa el artículo 141 del estatuto (40 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945) que "son atribuciones del Consejo de Estado: 1ª Actuar como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos que la Constitución y las leyes determinen...".

13.—Cuando es la Constitución misma la que requiere, para ciertos eventos, el dictamen imprescindible del Consejo de Estado, entonces no puede menos de entenderse, por necesidad del sistema, que la Carta se refiere al ente "Consejo de Estado" en el sentido integral que le asigna el canon 136 en su primer colon: "Habrá un Consejo de Estado integrado por el número de miembros que determine la ley". Esto es el Consejo en la plenitud de sus componentes. Para tales hipótesis quedaría, pues, legitimada por virtud de la misma Constitución cualquiera ocurrencia de prejuzgamiento, en la eventualidad de que el sector contencioso administrativo del Consejo fuera llamado a entender en controversias tocantes con las cuestiones que antes hubieran sido objeto de la obligada consulta constitucional.

14.—Quiere decir, entonces, que a esa noción de Consejo Pleno se refiere la Carta, cuando, para las determinaciones que por el Gobierno puedan tomarse en los casos de los artículos 28, 120, numerales 10 y 11, 121 y 212, exige la audiencia previa del Consejo de Estado, cuyos dictámenes, desde luego y como lo dice el artículo 141, "no son obligatorios para el Gobierno, salvo en el caso del artículo 212 de esta Constitución".

15.—Desde el punto de vista teleológico o sea de los motivos fines de la preceptiva institucional es evidente que los casos de consulta constitucional obligatoria al Consejo de Estado informan especies de gravedad trascendente, como que la hipótesis del artículo 28 toca con el régimen de la seguridad personal de los asociados o **Habeas Corpus**; la del ordinal 10 del artículo 120, con la soberanía de la Nación; la del ordinal 11 ibídem, con su seguridad exterior; la del 121, con la imposición del estado de sitio, con razones ya de emergencia interior, ya de guerra externa; y la del artículo 212, con la garantía de la seguridad presupuestal en punto de apropiaciones, condición básica para la realización de una administración pública ordenada y democrática. De allí que la Constitución, al hacer, en todos esos casos, necesaria la consulta al Consejo de Estado, se haya referido a este organismo en la integridad de su composición. Es que la delicadeza extraordinaria de las especies exige al máximo las probabilidades de acierto en la función de consejo y ese máximo no se obtendría sino con la deliberación de la totalidad de los miembros de la entidad consultiva.

16.—Si los poderes estatales llamados a desarrollar la Constitución han de interpretarla en orden a la realización de los sistemas en que ella se inspira y estructura, no puede desconocerse que el legislador extraordinario acató en el ordinal 1º del artículo 31 del Decreto 528 de 1964 los mandatos de la Ley de Leyes, al disponer que compete al Consejo de Estado en pleno la función de dictamen en los casos previstos en los artículos 28, 120, numerales 10 y 11, 121 y 212 del estatuto. Lo cual determina, en el punto, la correspondiente declaración de exequibilidad.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le confiere el artículo 214 de la Carta y oído el concepto de la Procuraduría General de la Nación,

DECLARA:

1ª—Es exequible el artículo 26 del Decreto-ley Nº 528 de 9 de marzo de 1964, en su primera parte que dice: "La Sala de Consulta y Servicio Civil estará integrada por cuatro consejeros escogidos por el Gobierno, con sujeción a las normas de paridad política".

2º—Es inexequible lo demás del mismo artículo 26, o sea en cuanto éste dispone que la escogencia de los dichos consejeros de la Sala

de Consulta y de Servicio Civil se hará "entre los consejeros que forman las cuatro salas o secciones en que se subdivide la Sala de lo Contencioso-Administrativo".

3º—Es exequible el ordinal primero (1º) del artículo 31 del mismo decreto.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese previa comunicación a quien corresponda.

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

Ricardo Ramírez L., secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES LUIS FERNANDO PAREDES, RAMIRO ARAUJO GRAU, ADAN ARRIAGA ANDRADE, CROTATAS LONDOÑO, CARLOS PELAEZ TRUJILLO Y VICTOR G. RICARDO.

Sólo disentimos de la ilustrada opinión mayoritaria en cuanto a la inexequibilidad parcial del artículo 26 del Decreto Extraordinario 528 de 1964, y apoyamos nuestro respetuoso disenso en las consideraciones que pasamos a exponer:

1.—Según el artículo 136 de la Constitución, el Consejo de Estado se integra "por el número de miembros que determine la ley" y conforme al 137 "la ley señalará las funciones de cada una de las salas o secciones, el número de consejeros que deben integrarla y su organización interna", correspondiendo al Gobierno "designar los miembros que deben formar las salas o secciones".

2.—El Decreto Extraordinario 528 de 1964, o sea "la ley", y determinó en su artículo 21: "El Consejo de Estado estará integrado por diez y seis consejeros y se dividirá en dos salas denominadas así: Sala de lo Contencioso Administrativo y Sala de Consulta y de Servicio Civil". Y en el 22 dispuso: "La Sala de lo Contencioso Administrativo se subdividirá en cuatro salas o secciones de cuatro consejeros cada una". Estos dos preceptos, que la decisión mayoritaria de la Corte deja subsistentes y cuya exequibilidad no ha sido impugnada por ningún ciudadano, implica necesariamente, con necesidad matemática, que todos los dieciséis consejeros correspondan a la Sala Contencioso Administrativa, adscritos a cualquiera de las cuatro secciones, de cuatro miembros cada una, en que "la ley" la subdividió.

3.—El artículo 26 del mismo Decreto Extraordinario señala el número de cuatro consejeros para integrar la Sala de Consulta y Servicio Civil, función que la Carta atribuye a "la ley", como se reconoce en la sentencia, con el voto unánime de la Corporación. La parte que ésta, por mayoría, declara inexequible, es la frase final de la norma en cuanto "dispone que la escogencia de los dichos consejeros de la Sala de Consulta y de Servicio Civil se hará 'entre los consejeros que forman las cuatro salas o secciones en que se subdivide la Sala de lo Contencioso-Administrativo' ".

4.—Si todos los dieciséis consejeros corresponden a la Sala Contencioso-Administrativa, como ya se vio, y han de continuar integrándola por virtud de disposiciones subsistentes que no han sido objeto de la acusación, los cuatro miembros de la Sala de Consulta y de Servicio Civil seguirán siéndolo, a la vez, de la Sala Contencioso-Administrativa, a pesar de la declaración de inexequibilidad de la frase ameritada, aunque ellos ya no tengan que corresponder a "las cuatro salas o secciones en que se subdivide la Sala de lo Contencioso Administrativo", es decir, uno por cada sección.

5.—Las otras alternativas repugnan: Entender atribuída la función de consulta al Consejo en Pleno, privándose de ella a la Sala de Consulta y Servicio Civil organizada por "la ley", sería invadir la órbita señalada por la Carta al legislador. Y prescindir de la consulta administrativa ordenada en primer término por el artículo 141 del estatuto fundamental, equivaldría a eliminar, con quebranto de este mismo, la mi-

sión primordial y originaria del Consejo de Estado.

6.—Las anteriores observaciones permiten elucidar el verdadero alcance de la frase cuya inexequibilidad se está ahora declarando. El cual no es otro que el de obtener precisamente, por el medio que "la ley" estimó más adecuado, la finalidad en que hace hincapié la motivación mayoritaria: "Separar las funciones que le competen (al Consejo) como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, de las demás que le asignan la Constitución y la ley".

7.—En efecto, los planteamientos de esa motivación en torno a la dificultad para eludir un eventual prejuzgamiento, más bien favorecerían la solución legal acusada, pues si sólamente un miembro de cada sección contencioso administrativa forma parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil, ese único consejero tendría que declararse impedido para conocer en su sección del caso concreto sobre el cual hubiera adelantado concepto en la Sala de Consulta, o impedido para emitir en ésta opiniones que puedan incidir sobre el negocio contencioso de que venga conociendo. En cambio, suprimida la condición de que los cuatro miembros de la Sala de Consulta y Servicio Civil correspondan a las cuatro secciones contencioso administrativas, podría resultar impedida toda la Sala de Consulta o toda una sección contencioso administrativa.

8.—El argumento central para sostener la inexequibilidad de una situación (que, repetimos, no se subsana con la supresión de la frase comentada porque emerge de otras disposiciones no acusadas) en que unos mismos consejeros participen de la función contencioso administrativa y de la consultiva, aparece derivado de la interpretación mayoritaria del artículo 137 de la Constitución. Se afirma, con base en los reparos de insignes tratadistas al sistema anterior a la Ley 167 de 1941, por los peligros de un prejuzgamiento, que el propósito del constituyente de 1945 al adoptar el referido texto fue el de "dar solución institucional al problema". Sin embargo, la separación de funciones prescrita por el canon adoptado no quedó expresado únicamente entre las contencioso administrativas y las consultivas sino entre aquellas y "las demás" asignadas al Consejo, lo que debilita la hipótesis de que se quiso evitar el prejuzgamiento. Este fenómeno procesal, no contemplado en la Carta sino en los códigos, jamás puede entenderse configurado y prohibido en los eventos en que la emisión de un concepto, con antelación al fallo que haya de dictar, le es requerida al juzgador, en razón de sus funciones, por los mismos ordenamientos positivos. Las importantes razones que aduce la sentencia a este respecto son, pues, de simple conveniencia, y así las prohijamos, pero no se coligen de ninguna norma categórica de la Ley de Leyes.

9.—Por lo demás, estimamos, con la Procuraduría, que la separación de funciones, prevista en el artículo 137 citado, no entraña necesariamente la diversificación de persona reclamada, y que, siendo por lo menos dudosa la violación constitucional que se predica de la frase del precepto acusado, queda éste protegido por la presunción de regularidad que ampara los actos del legislador.

Bogotá, D. E., diciembre 14 de 1966.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez T., Víctor G. Ricardo.

AUXILIO NACIONAL A EMPRESAS UTILES O BENEFICAS

Inexequibilidad de los artículos 6º y 9º del Proyecto de Ley Nº 197 de 1963 "por la cual la Nación se asocia a la celebración del cincuentenario de la fundación del "LICEO NACIONAL DE TUMACO, DEPARTAMENTO DE NARIÑO", y se dictan otras disposiciones".

Doctrina de la Sentencia.

Los proyectos de ley encaminados a decretar auxilios nacionales para obras útiles o benéficas que, estando vigente la Ley 71 de 1946, se presentaron y aprobaron por el Congreso, sin que cumplieran los requisitos establecidos por ella, eran violatorios de dicho estatuto, y por consiguiente, del artículo 76, ordinal 20 de la Constitución, por no acomodarse a los planes y programas fijados al legislador. Y los presentados en las mismas condiciones, pero aprobados después de derogada la mencionada Ley 71, adolecen de la misma tacha de inconstitucionalidad, puesto que, no existiendo ley que consagre planes y programas, no se cumple la condición de que se acomoden a ellos los pretendidos auxilios.

La Corte con posterioridad a la derogatoria del Decreto 1675, ratificando la doctrina contenida en los fallos que profirió antes de dictarse la Ley 71, ha considerado que auxilios de la misma naturaleza o índole de los objetados en el proyecto que se estudia se hallan en abierta oposición con lo preceptuado en el ordinal 20 del artículo 76 de la Carta, porque la voluntad del constituyente, para autorizar la inversión de los dineros nacionales en empresas útiles o benéficas de la Nación, el Departamento, el Municipio y los particulares, exige que el proyecto de ley que las decreta, se someta estrictamente a la ley en que se contengan los planes y programas del caso. Por manera que pretender que el legislador ordene esos auxilios sin que obren esos planes y programas, es desconocer el alcance que el constituyente le dió a la facutad de fomentar y apoyar las empresas útiles o benéficas "con estricta sujetación a los planes y programas correspondientes".

El proyecto objetado se presentó a la consideración de la Cámara en las sesiones ordinarias de 1963, cuando regía la Ley 71 de 1946, pero es de observar que con él no se acompañaron los planes, el presupuesto y la certificación exigidos por el artículo 2º de dicha ley.

Conclúyese que son inconstitucionales los artículos objetados, por los cuales se remitió el proyecto a la Corte.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., diciembre seis de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo C. Posada).

Aprobado por el Senado y la Cámara de Representantes el proyecto de ley Nº 197 de 1963, "por el cual la Nación se asocia a la celebración del cincuentenario de la Fundación del Liceo Nacional de Tumaco, Departamento de Nariño, y se dictan otras disposiciones", fue remitido al señor Presidente de la República con oficio 266 de 27 de noviembre de 1963 para la sanción ejecutiva.

Con mensaje de cuatro de diciembre siguiente, fue devuelto con objeciones de inconstitucionalidad respecto de los artículos 6º y 9º y de inconveniencia en cuanto a los artículos 3º y 8º.

Unas y otras se declararon infundadas por ambas Cámaras en debates reglamentarios, y devuelto nuevamente el proyecto para la sanción ejecutiva, la Presidencia de la República lo envió a la Corte, para que se decida sobre la exequibilidad de los artículos 6º y 9º.

Los preceptos acusados son del siguiente tenor:

"...Artículo 6º—Destínase la suma de CIEN MIL PESOS ($ 100.000.00) para los Colegios Max Seidel y Centro de Comercio a CINCUENTA

MIL PESOS ($ 50.000.00) cada uno, para construcción de los respectivos edificios.

"...Artículo 9º—Destínase la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS ($ 300.000.00) para la construcción de locales con destino al funcionamiento del Colegio Femenino de Bachillerato Técnico Comercial Antonia Santos en Dolores (Tolima)".

Las objeciones, formuladas en mensaje de 4 de octubre de 1963, se fundan en que en la expedición del proyecto no se cumplieron las exigencias de los artículos 2º, 3º, literal b) y 5º de la Ley 71 de 1946, los cuales ordenan que el proyecto que pretende el apoyo nacional, en esos casos, deberá presentarse con los documentos allí enumerados.

El señor Procurador General de la Nación estima que es manifiesta la inexequibilidad de los artículos objetados, "toda vez que por ellos se destinan fondos nacionales a título de auxilio para establecimientos educativos de segunda enseñanza y de propiedad particular, artículos que podrían ser viables a la luz de la Ley 71 de 1946 como fomento de empresa útil o benéfica, digna de estímulo y apoyo, pero que requeriría para su validez constitucional el cumplimiento estricto de las normas orgánicas dictadas en desarrollo del ordinal 20 del artículo 76 de la Carta.

Alude a que la Corte en casos análogos ha sostenido siempre que el ejercicio de la atribución conferida al Congreso por el ordinal 20 del artículo 76 de la Carta "está condicionado a que el auxilio correspondiente se vote con estricta sujeción a los planes y programas previamente adoptados", los cuales se desatendieron en el proyecto objetado, "y se ejercitó la facultad condicionada sin cumplirse el requisito que perentoriamente exige la Ley Suprema".

Prosigue que se destinaron dineros nacionales como auxilio para fomentar empresas particulares sin sujeción a la Ley 71 de 1946 violando así la Constitución Nacional que prohibe tales auxilios sin someterse a los planes y programas que exige el citado ordinal 20, y que la Ley 71 había adoptado.

Y aunque esta ley fue derogada por el Decreto-ley 1675 de 1964, la Corte ha considerado que si bien con su derogatoria desaparecieron los planes y programas adoptados para el fomento de empresas útiles, en ausencia de dichos planes y programas, el Congreso no puede decretar auxilios para dichas empresas, porque la operancia del ordinal 20 del artículo 76 está subordinada a la existencia de los planes y programas fijados por la ley.

Concluye la Procuraduría conceptuando que los artículos 6º y 9º objetados por el Presidente de la República, son inexequibles por ser claramente contrarios al ordinal 20 del artículo 76 de la Carta.

LA CORTE CONSIDERA:

Es evidente que la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00) destinada por partes iguales en el artículo 6º del nombrado proyecto de ley para los Colegios Max Seidel y Centro de Comercio de Tumaco, y la de trescientos mil pesos ($ 300.000.00) asignada en el artículo 9º para la construcción de locales en que funcione el Colegio Femenino de Bachillerato Técnico Comercial Antonia Santos en Dolores (Tolima), constituyen auxilios para empresas útiles o benéficas, como es el fomento de la educación secundaria y comercial. Y expresamente la Ley 71 de 1946, dictada en desarrollo de este precepto constitucional, señaló como empresas dignas de estímulo y apoyo por parte de la Nación "la construcción, ensanche y sostenimiento de establecimientos de enseñanza secundaria, profesional y artística...".

Y aunque esta ley fue derogada por el Decreto-ley 1675 de 14 de julio de 1964, y en ella se fundan las objeciones de inconstitucionalidad formuladas por el Presidente de la República, no por eso pueden dejar de ser consideradas como obras útiles y benéficas, porque lo son por naturaleza, ya que tienden al progreso de la educación literaria y profesional del pueblo, que la Nación debe apoyar siempre.

Los proyectos de ley encaminados a decretar auxilios nacionales para obras útiles o benéficas que, estando vigente la Ley 71 de 1946, se presentaron y aprobaron por el Congreso, sin que cumplieran los requisitos establecidos por ella, eran violatorios de dicho estatuto y, por consiguiente, del artículo 76 ordinal 20 de la Constitución, por no acomodarse a los planes y programas fijados al legislador. Y los presentados en las mismas condiciones, pero aprobados después de derogada la mencionada Ley 71, adolecen de la misma tacha de inconstitucionalidad, puesto que, no existiendo ley que consagre planes y programas, no se cumple la condi-

ción de que acomoden a ellos los pretendidos auxilios.

La Corte con posterioridad a la derogatoria del Decreto 1675, ratificando la doctrina contenida en los fallos que profirió antes de dictarse la Ley 71, ha considerado que auxilios de la misma naturaleza o índole de los objetados en el proyecto que se estudia, se hallan en abierta oposición con lo preceptuado en el ordinal 20 del artículo 76 de la Carta, porque la voluntad del constituyente, para autorizar la inversión de los dineros nacionales en empresas útiles o benéficas de la Nación, el departamento o el municipio y los particulares, exige que el proyecto de ley que las decreta, se someta estrictamente a la ley en que se contengan los planes y programas del caso. Por manera que pretender que el legislador ordene esos auxilios sin que obren esos planes y programas, es desconocer el alcance que el constituyente le dió a la facultad de fomentar y apoyar las empresas útiles o benéficas "con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

El proyecto objetado se presenta a la consideración de la Cámara de las sesiones ordinarias de 1963 cuando regía la Ley 71 de 1946, pero es de observar que con él no acompañaron los planes, el presupuesto y la certificación exigidos por el artículo 2º de dicha ley.

Conclúyese que son inconstitucionales los artículos objetados, por los cuales se remitió el proyecto a la Corte.

La Corte Suprema de Justicia, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, declara que son INEXEQUIBLES los artículos 6º y 9º del proyecto de ley Nº 197 de 1963.

"Por la cual la Nación se asocia a la celebración del cincuentenario (50) de la fundación del Liceo Nacional de Tumaco, Departamento de Nariño y se dictan otras disposiciones".

Notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase.

Luis Fernando Paredes Arboleda, Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Flavio Cabrera Dussán, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Crótatas Londoño, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo A., Luis Carlos Zambrano; Alvaro Copete Lizarralde, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REFORMA JUDICIAL

SUPRESION DE LA CATEGORIA CONSTITUCIONAL DE JUEZ DE CIRCUITO.

La Corte decide que en cuanto al aparte a) demandado del punto primero del artículo 1º de la Ley 27 de 1963, estése a lo resuelto en la sentencia de esta Corporación de fecha 28 de Junio de 1965, y declarar inexequible lo demás de la parte acusada en el presente juicio, del artículo 1º de la misma Ley.

Doctrina de la Sentencia.

Naturaleza de las facultades extraordinarias.

De conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, corresponde al Congreso, por medio de ley, "revestir, pro-tempore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exige o las conveniencias públicas lo aconsejen".

Se ha considerado por los tratadistas que en este caso, antes que una delegación de funciones, el Congreso atribuye al Organo Ejecutivo, con apoyo en la Carta, una competencia que esta última rama del poder público no tendría sin esas facultades extraordinarias. Este criterio ha sido prohijado por la Corte en distintas oportunidades, así: Sentencia de 10 de octubre de 1932 (G.J. t. XXXVIII, p. 274), fallo de 13 de marzo de 1941 (G.J. t. L.p. 695) y sentencia de 21 de abril de 1941 (G.J. t. LI, p. 25).

Es cierto que, de acuerdo con el ordinal 2º del artículo 80 de la Constitución Nacional, cuando se trate de expedir códigos en cualquiera de los ramos de la legislación y de reformar sus disposiciones, el Congreso requiere que los respectivos proyectos sean adoptados por las comisiones permanentes de una u otra Cámara, según corresponda, o presentados por los Ministros del Despacho. Pero esta exigencia no está indicada en la Carta en cuanto a la ley por la cual se disponga "revestir, pro-tempore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen", sean cuales fueren las materias sobre que versen dichas facultades extraordinarias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., diciembre dieciséis de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

El doctor Alfonso Isaza Moreno, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, solicita que sea declarado inexequible el artículo 1º de la Ley 27 de 1963, cuyo texto es el siguiente; en la parte que transcribe el actor y que es objeto de la demanda:

"De conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 20 de julio de 1964, para los efectos siguientes:

"Primero.—Para reorganizar la Rama Jurisdiccional del Poder Público y el Ministerio Público, en tal virtud, el Presidente de la República podrá:

"a) Atribuír plena competencia a los jueces municipales en materia civil, penal y laboral, limitando la de los jueces superiores al conocimiento de los siguientes delitos, en cuyo juzgamiento debe intervenir el jurado:

"1º—Traición a la Patria;

"2º—Delitos que comprometan la paz, la seguridad exterior o la dignidad de la Nación;

"3º—Piratería, rebelión, sedición, asonada;

"4º—Concusión, cohecho y prevaricato;

"5º—Incendio, inundación y los delitos que envuelven un peligro común;

"6º—Homicidio, aborto, duelo, abandono y exposición de niños, y

"7º—Asociación para delinquir".

Como demostración, señala el actor los siguientes cargos:

a) Que el artículo transcrito 'viola no sólo el artículo 76 de la Constitución que invoca, sino también los artículos 55 y 157 de la misma, porque si es verdad que el Organo Legislativo, en nuestro sistema llamado democrático y representativo, puede revestir al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, éstas son esencialmente pro tempore, esto es, para que se cumplan y se desarrollen dentro de cierto lapso, no como lo han creído erróneamente algunos intérpretes de la Constitución, para que sean dictadas las medidas en cuestión".

b) Que, "además, es indispensable que la necesidad lo exija, como por ejemplo, cuando se trata de una guerra, imponer tributos extraordinarios para en el lapso de tiempo indicado modificar, dentro de los límites constitucionales, la estructura de ciertos organismos, etc. Pero derogar o modificar los códigos, reorganizar los altos órganos o ramas del poder público, suprimir cargos instituídos por el constituyente, como los jueces de circuito, y en una palabra, ejercer las funciones de legislador ordinario, delegando para dictar leyes por tiempo indefinido, esto es, hasta que se deroguen por el Congreso, es algo que no se concibe dentro de nuestra estructura constitucional actual. Viola, por tanto, la ley acusada los artículos 81 y 76 (ordinal 2º) de la Carta".

Agrega que "suprimir de un tajo el funcionamiento de los jueces de circuito creados por la Constitución equivale a una interferencia inconveniente para las necesidades públicas".

c) Que, "de igual modo, reorganizar el Ministerio Público que hace parte de la rama jurisdiccional es también un hecho de grave inconveniencia para el normal funcionamiento de los poderes públicos".

d) Que siendo la facultad que corresponde al Congreso de expedir los códigos y reformar sus disposiciones, cualquiera que sean las materias, el artículo 1º de la Ley 27 de 1963 viola el numeral 2º del artículo 76 de la Carta.

Añade que "es de toda evidencia que si el Congreso mismo no puede expedir una ley reformando un Código, sino mediante la discusión y aprobación en la respectiva comisión, no puede hacerlo el Organo Ejecutivo, por más que esté asesorado del Consejo de Ministros o de profesores de Derecho. Tradicionalmente se ha aceptado, no sólo en Colombia sino en todo el mundo, que la labor de reformar un código es una obra muy delicada que la ley sobre organización de lo contencioso administrativo le adscribe, en la etapa de su preparación, al Consejo de Estado".

El Procurador designado para reemplazar, por impedimento, al doctor Gustavo Orjuela Hidalgo, luego de un extenso examen de las razones expuestas por el demandante, solicita que se niegue la petición hecha por el doctor Isaza Moreno y se declare que el artículo 1º de la Ley 27 de 1963 es exequible.

Pues bien:

La Corte, en la sentencia de junio 28 de 1965, declaró inexequible parcialmente el aparte a) del efecto primero del artículo 1º de la Ley 27 de 1963, al ocuparse de la demanda presentada por los doctores Samuel Syro y Leopoldo Uprimny, "en cuanto suprime la categoría constitucional de juez de circuito".

Sobre ese particular, se dijo en la parte motiva de dicha providencia lo que pasa a transcribirse:

"En razón de todo lo expuesto, la Corte llega a estas conclusiones:

"Primera.—Es inexequible el aparte a) del efecto primero del artículo 1º de la Ley 27 de 1963, en cuanto faculta al Gobierno para 'atribuír plena competencia a los jueces municipales' en materia civil y penal, porque ello conduce a dejar sin funciones a los jueces de circuito; no lo es en lo referente a los jueces municipales en materia laboral, porque el artículo 164 (69 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945) previene que 'la ley establecerá y organizará la jurisdicción del trabajo...', por lo cual, determinación de las categorías de jueces de trabajo es del resorte del legislador".

En consecuencia, existe sustracción de materia en la siguiente parte del precepto acusado: "Atribuír plena competencia a los jueces mu-

nicipales en materia civil, penal y laboral...", y queda sólo por examinar los cargos en relación con el resto del artículo 1º de la Ley 27 de 1963, en la parte que señala el actor, a saber:

"Primero.—Para reorganizar la Rama Jurisdiccional del Poder Público y el Ministerio Público. En tal virtud, el Presidente de la República podrá: a)..., limitando la..." (competencia)... "de los jueces superiores al conocimiento de los siguientes delitos, en cuyo juzgamiento debe intervenir el jurado:

1º—Traición a la Patria. 2º—Delitos que comprometan la paz, la seguridad exterior o la dignidad de la Nación. 3º—Piratería, rebelión, sedición, asonada. 4º—Concusión, cohecho y prevaricato. 5º—Incendio, inundación y los delitos que envuelven un peligro común. 6º—Homicidio, aborto, duelo, abandono y exposición de niños. 7º—Asociación para delinquir".

Se tiene, a este respecto, que es exequible la norma en lo que se acaba de transcribir, por las siguientes razones:

Primera: De conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, corresponde al Congreso, por medio de ley, "revestir, pro tempore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen".

Se ha considerado por los tratadistas que en este caso, antes que una delegación de funciones, el Congreso atribuye al Organo Ejecutivo, con apoyo en la Carta, una competencia que esta última rama del poder público no tendría sin esas facultades extraordinarias. Este criterio ha sido prohijado por la Corte en distintas oportunidades, así: Sentencia de 10 de octubre de 1932 (G. J. t. XXXVIII, p. 247), fallo de 13 de marzo de 1941 (G. J. t. L, p. 695) y sentencia de 21 de abril de 1941 (G. J. t. LI, p. 25).

Es cierto que, de acuerdo con el ordinal 2º del artículo 80 de la Constitución Nacional, cuando se trata de expedir códigos en cualquiera de los ramos de la legislación y de reformar sus disposiciones, el Congreso requiere que los respectivos proyectos sean adoptados por las Comisiones Permanentes de una u otra Cámara, según corresponda, o presentados por los Ministros del Despacho. Pero esta exigencia no está indicada en la Carta en cuanto a la ley por la cual se disponga "revestir, pro tempore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen", sean cuales fueren las materias sobre que versen dichas facultades extraordinarias.

No viola, pues, el precepto acusado el artículo 81 de la Constitución Nacional.

Segunda: No corresponde a la Corte decidir sobre los motivos de necesidad o conveniencia pública que determinaron al Congreso a expedir la Ley 27 de 1963. Es la rama legislativa del poder público el árbitro supremo para definir sosobre este particular.

La atribución que a la Corte le confiere el artículo 214 de la Carta es sólo para "decidir definitivamente sobre la exequibilidad 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". Así, pues, en materia de conveniencia o necesidad le está vedado a la Corte definir.

Tercera: La referencia que hace el actor a los artículos 55 y 157 de la Constitución Nacional, para apoyar el cargo de inexequibilidad del precepto demandado, en cuanto suprime los juzgados de circuito, no corresponde ser tomada en cuenta, pues de ello se ocupó la Corte en el aludido fallo de 28 de junio de 1965.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le confiere el artículo 214 de la Carta,

DECIDE:

Primero.—En cuanto al aparte a) del punto primero del artículo 1º de la Ley 27 de 1963, estése a los resuelto en la sentencia de esta Corporación de fecha 28 de junio de 1965.

Segundo.—Declárase exequible lo demás de la parte acusada en el presente juicio, del artículo primero de la misma ley.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y dése cuenta al Gobierno.

Luis Fernando Paredes A.

Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Crótatas Londoño, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrém Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano; Enrique Arrázola Arrázola (Conjuez).

Ricardo Ramírez L., Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

UNIVERSIDAD NACIONAL

Inexequibilidad de la Ley 65 de 1963 "por la cual se establece el Régimen Orgánico de la Universidad Nacional y se dictan otras disposiciones".

Doctrina de la Sentencia.

Facultades del Congreso y del Presidente de la República.

De esta breve referencia a los antecedentes constitucionales cabe deducir, en el momento actual, que el Congreso puede expedir leyes en lo concerniente a materias de la educación, como también el Presidente, además de la facultad reglamentaria a que se refiere el numeral 3º del mismo artículo 120, puede ejercer una reglamentación autónoma o independiente, "como suprema autoridad administrativa"; pero cada una de estas ramas del poder público dentro de la respectiva esfera de su competencia para los fines y con las limitaciones previstas en el actual artículo 41 de la Constitución (Artículo 14 A. L. Nº 1º de 1936).

Considera el actor que la ley acusada viola el numeral 2º del artículo 78 en cuanto prohibe al Congreso "inmiscuírse por medio de resoluciones o de leyes en asuntos que son de la privativa competencia de otros poderes". Sin embargo, el argumento carece en absoluto de fundamento porque incurre en petición de principio al dar por demostrada la prohibición, o mejor, la competencia privativa del Presidente para legislar sobre la educación pública, con exclusión del Congreso; pero esto no es así, tanto por lo dispuesto en el artículo 41 (artículo 14 A. L. de 1936) de la actual codificación de la Constitución, que se refiere al Estado integrado por las tres ramas del poder público (artículo 55), como por lo dispuesto en los numerales 1º y 2º del artículo 76, en cuanto se adscribe al Congreso la facultad de hacer las leyes, por medio de ellas le corresponde "interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes", como también "expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones".

Por otra parte, no existe ninguna disposición constitucional que prohiba al Congreso legislar respecto de materias que atañen a la educación; por el contrario, además de los citados numerales 1º y 2º del artículo 76, el tantas veces mencionado artículo 41 atribuye al Estado en general, en relación con sus órganos adecuados "la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados"; pero no en forma ilimitada o ad-libitum, sino que determinó el contenido de los futuros preceptos al decir "en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos".

La educación oficial es un cometido o servicio social del Estado que puede satisfacer en forma directa, o bien mediante la colaboración de entidades o personas descentralizadas, cuya creación, dotación de medios o patrimonio propio, organización, órbita de actividades etc., corresponde determinar al Congreso por medio de leyes materiales, con fundamento, no sólo en las disposiciones constitucionales comentadas antes, sino también en los artículos 44 y 64, pues en éste se lee: "Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado..." (subraya la Corte). Según esta norma el constituyente presupone la facultad del Estado, o mejor, del Congreso, para la creación y organización de personas descentralizadas (artículo 90 Ley 153 de 1887), como así lo entendió la Corte en la sentencia de fecha 11 de diciembre de 1964, en la cual dijo:

"El Estado regula el servicio público de manera directa a través de sus agentes inmediatos, y en forma indirecta, como ocurre en la concesión y el establecimiento público. El Estado colombiano cuenta ya con algunos de esta última especie, como la Universidad Nacional, los Ferrocarriles Nacionales, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, las Corporaciones Autónomas Regionales (del Cauca, del Valle del Magdalena, y del Sinú, de la Sabana de Bogotá y los Valles de Ubaté y Chiquinquirá), y ahora el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. Estas formas indirectas están llamadas a garantizar el predominio de la técnica en los servicios públicos.

"A 'establecimientos públicos' alude la Carta en su artículo 64; de ellos habla en general el artículo 635 del C.C. y en particular de los de beneficencia e instrucción pública el artículo 80 de la Ley 153 de 1887; los contempla, tanto nacionales como departamentales y municipales, el artículo 237 del C. de R. P. y M. que hace depender los primeros, de las leyes, los segundos de las ordenanzas, sobre las bases dadas por las leyes; y los últimos, de los acuerdos, según las normas de las ordenanzas. De suerte que, en primer plano, compete al legislador tanto la creación de establecimientos nacionales como autorizar a los departamentos y municipios para crearlos y organizarlos, con destino a la regulación del servicio público".

En conclusión, la Ley 65 de 1963, en general como en cada una de sus normas, está dentro de la competencia que la Constitución le adscribe al Congreso, porque se refiere a la creación, organización, etc., de una persona administrativa descentralizada, llamada Universidad Nacional, para que llene el cometido social que le incumbe al Estado en cuanto a la educación pública superior o universitaria, sin menoscabo alguno de las facultades que le corresponden al Presidente según los numerales 3º y 13 del artículo 120 y dentro de los fines determinados en el artículo 14 del A. L. Nº 1º de 1936. Observación que cobra especial validez en relación con el literal b) del artículo 14 y el literal a) del artículo 21 de la ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., dieciséis de diciembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

El ciudadano Pablo Julio Cáceres Corrales, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 214 de la Constitución, solicita la declaración de inexequibilidad de la Ley 65 de 1963, "por la cual se establece el régimen orgánico de la Universidad Nacional y se dictan otras disposiciones", pues considera que viola el numeral 2º del artículo 78 y el 13 del artículo 120 de la Carta.

I.—La demanda. - En cumplimiento de lo ordenado por la Ley 96 de 1936, transcribe en su totalidad la ley acusada, que en el primer artículo dispone:

"La Universidad Nacional de Colombia es un establecimiento público, de carácter docente, autónomo y descentralizado, con personería jurídica, gobierno, patrimonio y rentas propias.

"La Universidad es ajena a la política militante, pero como instituto de amplia y desinteresada investigación científica, se ocupa de todos los temas relacionados con la vida social y política".

En los subsiguientes artículos, la ley organiza la Universidad Nacional mediante el señalamiento de sus fines, constitución básica; patrimonio y rentas; el gobierno ejercido por el Consejo Superior Universitario, la Rectoría, el Consejo Académico y los consejos directivos de las facultades y escuelas, cuya integración y funciones determinan las normas contenidas en la ley acusada.

Copiada la ley, el demandante argumenta en esta forma:

"El texto total de la ley acusada es violatorio de los artículos: 78, ordinal 2 y 120 ordinal 13 de la Constitución Política de la República de Colombia, por las razones que paso a enunciar:

"A. Estableceremos primero las bases jurídicas de la competencia que tiene el Poder Ejecutivo para dictar el régimen orgánico de la Universidad Nacional.

"La Constitución Nacional indica en su artículo 120, entre las funciones del Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, dos clases de poder reglamentario:

"1.—**La Potestad Reglamentaria**, o desarrollo en segundo grado de la Constitución Nacional. (Artículo 120, ordinal 3).

"2.—**La Potestad Legislativa**, o desarrollo en primer grado de la Constitución Nacional. (Artículo 120, ordinal 13).

"Analicemos cada una de ellas:

"**La Potestad Reglamentaria** la consagra el numeral 3 del artículo 120, así: 'Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa:

"3.—Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes'.

"Observemos que el jefe supremo de la autoridad administrativa tiene el deber de ejecutar la ley. Consiste la ejecución de la ley, en el desarrollo de una norma expedida por el Congreso, dirigiendo o acoplando la conducta administrativa a los procedimientos legales. Es pues, un desarrollo en segundo grado de la Constitución.

Los decretos que expide el Presidente de la República, en virtud de esta potestad, se denominan decretos reglamentarios y giran dentro de la órbita legal.

"**La Potestad Legislativa** es consagrada por el artículo 120, ordinal 13, a este tenor: 'Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa:

"13.—Reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional'.

"Se refiere la disposición citada a la facultad que desarrolla en primer grado, o sea directamente, la Constitución; se ejerce por medio de decretos innominados o reglamentos constitucionales, como los llama el Honorable Consejo de Estado (sentencia del 14 de noviembre de 1962) y poseen la misma fuerza que las leyes, con la particularidad de que el legislador no los puede derogar.

"Esta disposición 13, del artículo 120, concede al Presidente de la República **con exclusión de cualquier otra rama del Poder Público**, la reglamentación, dirección e inspección de la instrucción pública nacional".

En resumen, el actor considera que el numeral 13 del artículo 120 de la Constitución atribuye al Presidente, como suprema autoridad administrativa, la facultad de legislar en cuanto concierne a la instrucción pública; y al efecto cita los conceptos del señor Caro y del doctor Rafael Núñez, para concluír que el numeral 13 del artículo 120 puso "en manos del Gobierno, únicamente, la dirección de la educación pública", según palabras atribuídas al último de los nombrados en la Historia del Derecho Constitucional Colombiano por el doctor Tulio Enrique Tascón.

Cita también la doctrina del Consejo de Estado contenida en la sentencia de 14 de noviembre de 1962, según la cual, "...el antiguo ordinal 15 del artículo 120 ha permanecido sin modificación alguna en su texto, y hoy, es el numeral 13 de la actual codificación. En este ordenamiento perdura aún el espíritu de la base 5ª. No se ha alterado, pues, el principio de que corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, la reglamentación de la educación pública nacional" (pág. 49). Y añade: 'No existe ordenamiento constitucional alguno que explícita o implícitamente confiera facultades al Congreso para regular la educación pública nacional, salvo en lo relacionado con el grado de obligatoriedad de la enseñanza primaria. Aquella función le está encomendada al Presidente de la República, quien debe ejercerla por medio de los reglamentos constitucionales'. (Pág. 50)". (fs. 16).

Por fin, olvidando el primer inciso del artículo 41 de la Carta, afirma: "4.—Al Congreso de la República sólo se le otorga en la Constitución, una facultad en materia de educación y es la considerada en el artículo 41, ordinal 2, que dice: 'La enseñanza primaria será gratuita en las escuelas del Estado, y **obligatoria en el grado que señale la ley**', (corresponde al artículo 14 del A. L. Nº 1 de 1936)".

II.—Concepto del Procurador General. - En el primer aparte de este concepto se lee:

"En ocasiones anteriores el suscrito Procurador General ha conceptuado ante la H. Corte Suprema de Justicia que, en su entender, el artículo 41 de la Constitución Nacional, que dá al Estado la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos, comporta una intervención estatal que, al igual que las restantes intervenciones autorizadas por los artículos 30, 31, 32 y 39 de la Carta, es del resorte del Congreso, y que no es incompatible con la función asignada al señor Presidente de la República por el ordinal 13 del artículo 120 de 'reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional' " (fs. 21 y 22).

Se refiere a la doctrina de la Corte contenida en la sentencia de fecha 15 de abril de 1952, así como también aduce otros argumentos para demostrar que las atribuciones del numeral 13 del artículo 120 no pueden confundirse con las que confiere al Estado el artículo 41 de la Constitución.

Con fundamento en los argumentos que expone, el Procurador solicita que se declare exequible la Ley 65 de 1963.

III.—Consideraciones de la Corte. - Estima la Corte que la Ley 65 de 1963 "por la cual se establece el régimen orgánico de la Universidad Nacional..." está dentro de la competencia que el artículo 76, en los ordinales 1º y 2º, le asigna la Constitución al Congreso, porque al numeral 13 del artículo 120 no se le puede dar la interpretación expuesta por el demandante, o sea, admitir que el Presidente "**como suprema autoridad administrativa**", tenga la facultad exclusiva y

privativa de legislar en materia de educación e instrucción pública, tanto oficial como privada.

1º—El actor para demostrar su tesis, en forma básica, se refiere a los antecedentes históricos del memorado numeral 13 del artículo 120 de la Constitución, en especial a la base 5ª que decía: "La instrucción oficial será reglamentada por el Gobierno Nacional, y gratuíta, pero no obligatoria", consagrada en el artículo 41 de la Constitución de 1886 así: "La educación pública será organizada y dirigida en concordancia con la Religión Católica. La instrucción primaria costeada con fondos públicos, será gratuíta y no obligatoria", que el memorado numeral 13 (15 de la codificación de 1886) completaba de este modo: "Corresponde al Presidente como Suprema Autoridad Administrativa: ...13. Reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública Nacional".

Por tanto, el primitivo artículo 41 tenía una íntima relación con el numeral 15, ahora el 13, del artículo 120, pues aquellas normas determinaban en forma precisa la órbita de acción del Presidente en cuanto concierne a la reglamentación y, en particular, a la dirección de la instrucción "pública nacional".

Mediante el Acto Legislativo Nº 1º de 1936, el artículo 41 de la Constitución de 1886, además de haber sido expresamente derogado por el artículo 36, fue sustituído por el 14 del dicho Acto (41 de la actual compilación), que estatuye: "Se garantiza la libertad de enseñanza. El Estado tendrá, sin embargo, la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos.

"La enseñanza primaria será gratuita en las escuelas del Estado, y obligatoria en el grado que señale la ley".

Como el numeral 13 del artículo 120 fue incluído, en su texto primitivo, en el artículo 29 del A. L. Nº 1º de 1945, no puede remitirse a duda alguna que se halla vigente, pero no con el criterio primitivo por la reforma del artículo 14 del A. L. Nº 1º de 1936, que garantizó la libertad de enseñanza y reservó como función propia del Estado "la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos".

De esta breve referencia a los antecedentes constitucionales cabe deducir, en el momento actual, que el Congreso puede expedir leyes en lo concerniente a materias de la educación, como también el Presidente, además de la facultad reglamentaria a que se refiere el numeral 3º del mismo artículo 120, puede ejercer una reglamentación autónoma o independiente, "como suprema autoridad administrativa"; pero cada una de estas ramas del Poder Público dentro de la respectiva esfera de su competencia, para los fines y con las limitaciones previstas en el actual artículo 41 de la Constitución (artículo 14 A. L. Nº 1º de 1936).

2º—Considera el actor que la ley acusada viola el numeral 2º del artículo 78, en cuanto prohíbe al Congreso "inmiscuírse por medio de resoluciones o de leyes en asuntos que son de la privativa competencia de otros poderes". Sin embargo, el argumento carece en absoluto de fundamento, porque incurre en petición de principio al dar por demostrada la prohibición, o mejor, la competencia privativa del Presidente para legislar sobre la educación pública, con exclusión del Congreso; pero esto no es así, tanto por lo dispuesto en el artículo 41 (artículo 14 A. L. de 1936) de la actual codificación de la Constitución, que se refiere al Estado integrado por las tres ramas del Poder Público (artículo 55), como por lo dispuesto en los numerales 1º y 2º del artículo 76, en cuanto se adscribe al Congreso la facultad de hacer las leyes, por medio de ellas le corresponde "interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes", como también "expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones".

3º—Por otra parte, no existe ninguna disposición constitucional que prohíba al Congreso legislar respecto de materias que atañen a la educación; por el contrario, además de los citados numerales 1º y 2º del artículo 76, el tantas veces mencionado artículo 41 atribuye al Estado en general, en relación con sus órganos adecuados "la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados; pero no en forma ilimitada o ad libitum, sino que determinó el contenido de los futuros preceptos al decir "en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos".

4º—La educación oficial es un cometido o servicio social del Estado que puede satisfacer en forma directa, o bien mediante la colaboración de entidades o personas descentralizadas, cuya creación, dotación de medios o patrimonio propio, organización, órbita de actividades, etc., corresponde determinar al Congreso por medio de leyes materiales, con fundamento, no sólo en las disposiciones constitucionales comentadas antes, sino también en los artículos 44 y 64, pues en éste se lee: "Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o **de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado...**" (subraya la Corte). Según esta norma el constituyente presupone la facultad del Estado, o mejor, del Congreso, para la creación y organización de personas descentralizadas (artículo 90 Ley 153 de 1887), como así lo entendió la Corte en la sentencia de fecha 11 de diciembre de 1964, en la cual dijo:

"El Estado regula el servicio público de manera directa a través de sus agentes inmediatos, y en forma indirecta, como ocurre en la concesión y el **establecimiento público**. El Estado colombiano cuenta ya con algunos de esta última especie, como la Universidad Nacional, los Ferrocarriles Nacionales, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, las Corporaciones Autónomas Regionales (del Cauca, del Valle del Magdalena, y del Sinú, y de la Sabana de Bogotá y los Valles de Ubaté y Chiquinquirá), y ahora el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. Estas formas indirectas están llamadas a garantizar el predominio de la técnica en los servicios públicos.

"A 'establecimientos públicos' alude la Carta en su artículo 64; de ellos habla en general el artículo 635 del C. C. y en particular de los de beneficencia e instrucción pública el artículo 80 de la Ley 153 de 1887; los contempla, tanto nacionales como departamentales y municipales, el artículo 237 del C. P. y M., que hace depender los primeros, de las leyes, los segundos de las ordenanzas, sobre las bases dadas por las leyes; y los últimos, de los acuerdos, según las normas de las ordenanzas. De suerte que, en primer plano, compete al legislador tanto la creación de establecimientos nacionales como autorizar a los departamentos y municipios para crearlos y organizarlos, con destino a la regulación del servicio público".

En conclusión, la Ley 65 de 1963, en general como en cada una de sus normas, está dentro de la competencia que la Constitución le adscribe al Congreso, porque se refiere a la creación, organización, etc., de una persona administrativa descentralizada, llamada Universidad Nacional, para que llene el cometido social que le incumbe al Estado en cuanto a la educación pública superior o universitaria, sin menoscabo alguno de las facultades que le corresponden al Presidente según los numerales 3º y 13 del artículo 120 y dentro de los fines determinados en el artículo 14 del A. L. Nº 1º de 1936. Observación que cobra especial validez en relación con el literal b) del artículo 14 y el literal a) del artículo 21 de la ley.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena y en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 214 de la Constitución declara exequible la Ley 65 de 1963 "por la cual se establece el Régimen Orgánico de la Universidad Nacional y se dictan otras disposiciones".

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

Luis Fernando Paredes Arboleda, Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse Crótatas Londoño, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano, Rafael Poveda Alfonso, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Extractos de Jurisprudencia de esta Sala, a cargo de CARLOS MANUEL GUTIERREZ E., Relator Jurídico Auxiliar de la Corte.

ESCRITURA PUBLICA

Prueba de su existencia y de su registro.

La copia de una escritura, con la nota de registro puesto al pie de ella, como lo ordena la ley, si es aducida como prueba en juicio merece ser estimada como tal, cuando ha sido regularmente expedida, conforme al artículo 630 del Código Judicial.

Pero no es ésta la única manera de probar el registro de una escritura sujeta a inscrip ión, porque lo importante es que el título se registre realmente en el libro respectivo, y que en juicio se pruebe esa circunstancia, lo cual puede hacerse con el certificado del Registrador sobre el particular. Al respecto puede verse lo expuesto por la Corte en casación de 22 de septiembre de 1943, G. J. T. LVI, pág. 142.

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

(Magistrado ponente: doctor Flavio Cabrera Dussán).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en este juicio, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 16 de enero de 1965.

— I —

ANTECEDENTES

Por escritura pública Nº 2.900 de 29 de septiembre de 1960, extendida en la Notaría Sexta de Bogotá, Joaquín Arango Restrepo, en calidad de gerente de la sociedad denominada "Arango Restrepo Hermanos", domiciliada en Medellín, y, además, en su propio nombre, celebró con José María Iregui Moreno un contrato de permutación o cambio de inmuebles, en la forma que se expresa en seguida:

"Arango Restrepo Hermanos" transfirió a favor de José María Iregui M., el dominio sobre un lote de terreno denominado "La Tebaida", y sobre unas mejoras existentes en terrenos de la Nación, ubicado todo en el Municipio de Vélez, Departamento de Santander del Sur, por los linderos especiales determinados en la escritura; y Joaquín Arango Restrepo, en su propio nombre, transfirió, al nombrado José María Iregui M., un lote de terreno en el mismo Municipio de Vélez, denominado "San Joaquín", determinado por linderos especiales. Los referidos lotes y mejoras son continuos o colindantes y forman una sola hacienda, cuyos linderos generales aparecen relacionados en el título.

El precio convenido entre las partes por los bienes expresados, fue la cantidad de trescientos mil pesos moneda corriente ($ 300.000.00), que José María Iregui M. se obligó a pagar mediante la tradición del dominio a favor de la Sociedad Colectiva "Arango Restrepo Hermanos" sobre un lote de terreno urbano, con sus construcciones anexas, ubicado en Bogotá, en la carrera 9ª Nº 17-53, con una cabida de 412 varas cuadradas, alindado como se indica en el título; y sobre un crédito hipotecario constituído por Pedro Iregui F. a favor del nombrado José María Iregui M., según escritura Nº 1508, de 24 de

mayo de 1960, de la Notaría Sexta de Bogotá, por ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000.00) moneda legal, que el acreedor cedió a la Sociedad "Arango Restrepo Hermanos".

El precio acordado para los bienes transferidos por José María Iregui en favor de la Sociedad, fue discriminado así: $ 200.000.00 para el lote urbano de Bogotá; y $ 100.000.00, o sea $ 50.000.00 menos de su valor nominal, para el crédito hipotecario.

En la cláusula séptima del contrato de cambio consta, además, que Iregui entregó a Joaquín Arango Restrepo $ 50.000.00 en dinero efectivo, que éste recibió "a su entera satisfacción y que deberá descontar Arango Restrepo, en la compra de Misael Fajardo, por la cual éste sólo le queda debiendo doscientos cincuenta mil pesos ($ 250.000.00) de la compra del lote de la carrera novena (9ª) número diecisiete cincuenta y tres (17-53)".

Joaquín Arango Restrepo declaró que sobre el lote de terreno denominado "La Tebaida", existía una hipoteca constituída por la Sociedad a favor de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de Medellín, para garantía de un crédito por la cantidad de $ 50.000.00 moneda corriente, que se hallaba reducido a $ 13.250.00 en la fecha de la escritura. José María Iregui declaró, a su vez, que había recibido de Arango Restrepo, a nombre de la Sociedad "Arango Restrepo Hermanos", en dinero efectivo, la anotada cantidad de $ 13.250.00, con destino a la total cancelación del referido crédito hipotecario.

Ambas partes manifestaron que constituían como domicilio civil especial, para los efectos judiciales o extrajudiciales a que diese lugar el contrato, la ciudad de Bogotá; y para garantizar la existencia y la vigencia actual del crédito hipotecario que como parte del precio cedió el permutante Iregui Moreno a la Sociedad, aquél constituyó hipoteca de primer grado a favor de Joaquín Arango Restrepo, "sobre la finca que por medio de este instrumento adquiere y por los mismos linderos y ubicación indicados hasta el total vencimiento de dicho crédito".

— II —

EL LITIGIO

Posteriormente José María Iregui Moreno demandó, mediante apoderado, a la Sociedad "Arango Restrepo Hermanos", representada por Jaquín Arango Restrepo, y a éste en su propio nombre, para que por los trámites de un juicio ordinario, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

1ª—Que la Sociedad "Arango Restrepo Hermanos" y Joaquín Arango Restrepo, están en mora de cumplir con las obligaciones que contrajeron al celebrar con el demandante el contrato de permuta que consta en la escritura Nº 2.900 de 29 de septiembre de 1960, otorgada en la Notaría Sexta de Bogotá.

2ª—Que, en consecuencia, se declare resuelto y sin ningún valor el refrido contrato de permuta.

3ª—Que se declare que el dominio del lote de terreno cedido por el demandante a los demandados y el crédito hipotecario relacionado en la escritura de cambio, son de José María Iregui Moreno.

4ª—Que "Arango Restrepo Hermanos" y Joaquín Arango Restrepo deben entregar al demandante, dentro del término que el juez les señale, el lote de terreno de la carrera 9ª Nº 17 53, libre de todo gravamen o limitación del dominio, y endosar o ceder al mismo demandante, dentro de igual término, el crédito hipotecario que el actor cedió a la Sociedad.

5ª—Que el demandante José María Iregui M. está libre de la obligación hipotecaria que contrajo por la firma de la escritura Nº 2.900 de 29 de septiembre de 1960 de la Notaría Sexta de Bogotá, en la cláusula duodécima; y, en general, está libre de toda obligación que emane de la referida escritura.

6ª—Que la Sociedad demandada y Joaquín Arango Restrepo, deben pagar solidariamente al actor, el valor de los perjuicios ocasionados por su incumplimiento, los cuales se estiman en la suma de $ 200.000.00 moneda corriente.

7ª—Que deben pagar igualmente y de manera solidaria, el valor de los frutos del lote de terreno de la carrera 9ª de Bogotá Nº 17-52, y no solamente los percibidos sino los que el demandante hubiera podido percibir con mediana diligencia y cuidado.

8ª—Que los demandados deben pagar al actor, también solidariamente, el valor del crédito hipotecario que a cargo de Pedro Iregui F. fue cedido por el demandante en la escritura de

permuta, en caso de que los demandados hayan cobrado el citado crédito.

En subsidio solicitó el demandante: que se declare que "Arango Restrepo Hermanos" y Joaquín Arango Restrepo, deben pagar o devolver, solidariamente, dentro del término que el juez fijare, a José María Iregui Moreno, "los cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) que según la escritura ya citada tantas veces, pagó en dinero efectivo, de más o sin razón o como no debidos a los demandados por motivos de esta negociación".

Como fundamentos de la demanda además de citar el actor el contrato de permuta referido, manifiesta lo siguiente:

"Fueron condiciones del contrato la de que los cincuenta mil pesos recibidos por los demandados en dinero efectivo, deberían descontarse de una negociación que debería realizar con los demandados o con el demandante el señor Misael Fajardo y en caso de que se realizara dicha negociación; y la de que, si no se realizaba dicha negociación los cincuenta mil pesos deberían ser entregados o devueltos con intereses al señor José María Iregui, para que quedara perfecta la permuta.

"La citada condición no se cumplió, pues el señor Misael Fajardo no celebró la citada negociación con ninguna de las personas mencionadas, y los demandados no han pagado hasta hoy los cincuenta mil pesos con sus intereses a mi poderdante.

"En estas condiciones, la renuencia a la devolución de los cincuenta mil pesos, por ser condición del contrato, aparece como un pago de lo no debido y acarrea la resolución de la permuta.

"Los demandados han sido requeridos varias veces por mi poderdante para que cumplan con la citada obligación, sin resultado positivo".

La parte demandada aceptó el hecho de la celebración del contrato, negó en la forma como fueron expuestos, los demás hechos de la demanda, y se opuso a las pretensiones del actor.

Concluído el trámite de la primera instancia, el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá declaró inhibición de conocimiento, por falta de capacidad para ser parte y capacidad para comparecer en juicio, de la sociedad demandada.

El Tribunal Superior de Bogotá, al decidir la apelación interpuesta por el apoderado del demandante, revocó la sentencia del juzgado y en su lugar absolvió a la parte demandada de los cargos formulados.

Dice así lo resolutivo del fallo del Tribunal:

"...el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Civil de Decisión, REVOCA la sentencia apelada, y en su lugar RESUELVE:

"Primero: NIEGANSE todas las peticiones contenidas en la demanda ordinaria, incoada por José María Iregui Moreno contra 'Arango Restrepo Hermanos' y Joaquín Arango Restrepo en agosto de 1962;

"Segundo: ABSUELVESE, en consecuencia, a los demandados de los cargos que en dicho libelo se formulan contra ellos; y

"Tercero: CONDENASE al demandante al pago de las costas del juicio, TASENSE las que corresponden a esta instancia".

Este es el fallo contra el cual la parte vencida ha interpuesto el recurso de casación que ahora la Corte pasa a decidir.

— III —

CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal observa, en primer término, que el fallo inhibitorio del juzgado, fundado en la falta de demostración de la existencia y representación legal de la Sociedad demandada, está de acuerdo con la realidad procesal del primer grado del juicio; pero como en la segunda instancia se adujo un certificado expedido por el presidente y el secretario de la Cámara de Comercio de Medellín, que acredita la existencia de la Compañía, y que Joaquín Arango Restrepo es su representante, el Tribunal pasa a estudiar en el fondo la acción resolutoria incoada, porque dejó de existir el obstáculo que encontró el Juzgado para decidir la controversia.

Dice el fallador que la resolución sólo puede aplicarse a los actos jurídicos que tienen existencia, porque sólo lo que existe es susceptible de ser destruído, de donde deduce que el ejercicio de la acción resolutoria reclama, como presupuesto básico, la demostración de que el contrato que se trata de resolver nació a la vida del derecho.

Pasa luego el sentenciador a analizar el contrato de permuta que ha dado origen al pleito, contenido en la escritura Nº 2.900 de 29 de septiembre de 1960, de la Notaría Sexta de Bogotá, y expresa que si por versar sobre bienes raíces, se perfeccionó con el otorgamiento de la escritura pública antedicha, tal instrumento "por faltarle la constancia de su inscripción en el registro, no puede ameritarse como prueba, puesto que, a términos de los artículos 632 del C. J. y 2673 del C. C., 'la escritura pública, para ser estimada como prueba, se presenta por las partes en copia autorizada por el funcionario encargado del protocolo y con la nota de haberse hecho el registro en la forma debida'; y 'ninguno de los títulos sujetos a inscripción o registro hace fé en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este código', lo que significa que el contrato cuya resolución se demanda no está demostrado".

Agrega el Tribunal que la resolución impetrada no podría decretarse aún en el caso de aceptar como plenamente ameritado el contrato de cambio, porque "no está demostrado que los demandados hayan incumplido total o parcialmente sus obligaciones". Y desarrolla su pensamiento así:

"Según la demanda el incumplimiento se hace consistir en que los demandados no han devuelto a su demandante la suma de $ 50.000.00 a que se obligaron, para el caso de que 'no se realizara una negociación con el señor Misael Fajardo'.

"Pero la prueba de esta obligación condicional no existe, puesto que, al respecto sólo obra en el proceso la escritura ya referida, en cuya parte pertinente dice: 'El precio acordado por ambas partes y fijado para esos bienes se discrimina y totaliza en la siguiente forma: ...y cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) en dinero efectivo que recibe en este acto Arango Restrepo, a su entera satisfacción y que deberá descontar Arango Restrepo, en la compra de Misael Fajardo, por lo cual éste sólo le queda debiendo doscientos cincuenta mil pesos ($ 250.000.00) de la compra del lote de la carrera novena...".

"Y en la hipótesis de que la citada negociación con Fajardo no se haya efectuado, como lo afirma el demandante, y que esto implicara la devolución de determinada suma por parte de los demandados a su demandante, debe aceptarse que aquéllos no estarían en mora de cumplir, pues que tratándose, como sería el caso, de una obligación no sometida a plazo ni a condición determinados, el acreedor debe reconvenir a sus deudores para constituírlo (sic) en mora. Y al respecto sólo existe la afirmación del demandante de haber reconvenido privadamente a sus demandados, aserto que fué negado enfáticamente por éstos al contestar la demanda.

"De lo cual se sigue que la acción resolutoria no se encuentra estructurada en el presente caso, y que, por consiguiente, las pretensiones de la demanda que sobre ella se edifican deben denegarse".

Se refiere luego el fallador a la acción subsidiaria de recobro de los $ 50.000.00, como indebidamente pagados, y expresa que las mismas consideraciones que se hicieron para desestimar como prueba, en la acción resolutoria, la escritura Nº 2.900 citada, sirven para despachar, también desfavorablemente al actor, la pretensión subsidiaria, "puesto que entonces el pago que en la demanda se afirma queda sin demostración".

Concluye, finalmente, el Tribunal, manifestando que aún en el caso de aceptar como prueba la escritura de permuta, tampoco cabría la acción de repetición de pago de lo no debido, que es una forma de la acción de enriquecimiento sin causa, porque esta acción tiene el carácter de subsidiaria y supone, por tanto, la inexistencia de una acción principal, emanada de una cualquiera de las fuentes de las obligaciones. "Aceptando entonces —dice el sentenciador— que en el presente caso medió entre las partes el contrato o el acto jurídico relativo a la permutación de bienes, existe esa fuente principal y por ende no tiene cabida la subsidiaria".

— IV —

LA DEMANDA DE CASACION

Dentro del ámbito de la causal primera de casación, el recurrente propone dos cargos por violación indirecta de la ley sustancial, el uno por error de hecho en la apreciación de una prueba, y el otro, por error de derecho en la valoración de otra.

Primer cargo.—Su desarrollo es el siguiente: el Tribunal incurrió en evidente error de hecho al no apreciar en forma alguna la certificación

visible a folios 10 y 11 del cuaderno Nº 3 del expediente, pedida y decretada en la primera instancia, según la cual el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá da fé de que la escritura Nº 2.900, de 29 de septiembre de 1960, de la Notaría Sexta de Bogotá, que contiene el contrato de cambio acusado, fué registrada en los libros correspondientes.

El Tribunal se atuvo simplemente a la copia de la escritura Nº 2.900, aducida al juicio, y por faltarle la constancia de su inscripción en el registro, expresó que no podía tenerla como prueba; pero no es indispensable que la nota de registro aparezca sobre la escritura misma, pues basta con que el instrumento esté registrado; por consiguiente, al no apreciar el sentenciador el certificado del Registrador de Bogotá, de que se ha hecho mérito, "cometió un evidente error de hecho que lo condujo a decir que el contrato de permuta objeto del litigio, no fue demostrado en su existencia, siendo lo evidente que sí lo fué".

Y concluye el autor del recurso manifestando que este error llevó al Tribunal a infringir los artículos 630 y 632 del Código Judicial, 1494, 1495, 1524, 1546, 1602, 1608, 1765, 1956, 1968, 2313, 2637, 2642, 2652 y 2673 del C. Civil, y el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

La Corte considera:

Es evidente que a los folios 10 y 11 del cuaderno número 3 aparece un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá, sobre registro de la escritura Nº 2.900 de 29 de septiembre de 1960, de la Notaría Sexta de dicha ciudad.

Tal certificado, pedido y decretado como prueba en la primera instancia y aducido en la segunda, acredita que la escritura citada fue registrada en el libro Nº 1º, página 243, bajo partida Nº 10.960, el 20 de octubre de 1960.

Esta inscripción se refiere solamente a la tradición del dominio sobre el lote de terreno de la carrera 9ª Nº 17-53 de la ciudad de Bogotá, que según la escritura de cambio José María Iregui M. daba a título de permuta a la Sociedad "Arango Restrepo Hermanos". No acredita la tradición del dominio de los bienes raíces que por razón de la misma escritura y a igual título transferían dicha Sociedad y Joaquín Arango Restrepo al permutante Iregui, los cuales están ubicados en el Municipio de Vélez, Departamento de Santander.

El registro o inscripción de los títulos traslaticios del dominio de bienes raíces, ha de verificarse en la Oficina de Registro del lugar en que el inmueble está situado; y si la situación del inmueble se extendiere a más de un Circuito de Registro, la inscripción deberá verificarse en las oficinas de los Circuitos a que se extienda el inmueble, según lo dispuesto en el artículo 2653 del Código Civil, el cual agrega que si el título fuere relativo a dos o más inmuebles, situado cada uno en diferente Circuito, deberá registrarse en cada una de las oficinas del Circuito a que respectivamente correspondan los inmuebles.

En el sub-lite el fallo acusado nada dice sobre la existencia en el proceso del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá de que se ha hecho mérito; pero aunque el Tribunal no lo hubiese visto el cargo no prospera, porque en el supuesto de que para la demostración del contrato entre las partes que lo celebraron fuese indispensable la prueba del registro del título correspondiente, como éste no se registró en el Circuito de Vélez, lugar de ubicación de las fincas dadas en permuta por la Sociedad "Arango Restrepo Hermanos" y Joaquín Arango Restrepo, el cargo por este aspecto ya sería ineficaz. Pero su ineptitud sube de punto si se observa que, tratándose de acreditar entre las partes el referido contrato de permuta, como vínculo jurídico simplemente creador de derechos y obligaciones, para efecto de obtener el demandante su resolución, la prueba del contrato pudo hacerse, como lo fué, con la aducción de la escritura Nº 2.900 de 29 de septiembre de 1960, aún desprovista de la constancia de su registro.

Como lo tiene dicho la Jurisprudencia de la Corte, "si bien el artículo 2673 ibidem expresa que 'ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fé en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este código', no es menos cierto que este precepto no admite el que se le tome aislada y geométricamente, como lo pretende el impugnante, porque a su lado existe el artículo 2674, cuyo temperamento recibe y del cual no puede desligarse. Según éste, 'ningún título sujeto al registro surte efecto legal respecto de terceros, sino desde la fecha de la inscripción o registro', lo que ciertamente está indicando que, entre las partes, un título, desde el momento de su cons-

titución formal y antes del registro, puede producir sus efectos, uno de los cuales sería el simplemente probatorio; lo que se entiende, sin perjuicio de la necesidad del registro para aquellos efectos que por exigencia legal se originen en éste y sin el cual no puedan considerarse constituídos". (Casación de 20 de mayo de 1963, ordinario de María Sofía Ospina C. y otras frente a María Ester Forero v. de Correa y otros, aún no publicada en la **Gaceta Judicial**).

Así, pues, por este aspecto queda en pie el fallo acusado.

Pero es más: la sentencia se basa también en que no está demostrado que los demandados hayan faltado al cumplimiento de sus obligaciones, por lo cual el Tribunal expresa que aún dando por establecido el contrato de cambio, la acción resolutoria no podría prosperar.

Este extremo del fallo no fue atacado en casación y, por tanto, en él encontraría apoyo para mantenerse, por este otro aspecto.

Segundo cargo.—El impugnante desarrolla este cargo manifestando que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar la escritura Nº 2.900 de 29 de septiembre de 1960, de la Notaría Sexta de Bogotá, porque estimó que la nota de registro debe aparecer en la copia misma de la escritura, y que tal registro "sólo puede probarse con la anotación que el Registrador debe poner al pie de la copia", siendo así que dicho registro "puede ser probado con la certificación del Registrador que aparece a los folios 10 y 11 del cuaderno Nº 3 del expediente".

Según la censura, debido a este error el Tribunal consideró que el contrato acusado no estaba probado dentro del juicio, "cuando lo cierto es que sí lo está"; y concluye expresando que el referido error llevó al Tribunal a quebrantar las mismas disposiciones citadas en el cargo anterior.

Se considera:

Cuando se trata de títulos sujetos a la inscripción o registro, es necesario hacerlos registrar en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en el Código Civil. Verificado el registro y firmada la diligencia que ha de quedar en el libro o en los libros correspondientes, el Registrador debe poner una nota al pie del título registrado, expresando la fecha en que se ha verificado la inscripción o registro, y el folio o folios del libro o libros en que consta aquella diligencia. El Registrador deberá suscribir con firma entera la nota, y con ella devolverá el título al interesado, según el artículo 2.669 del citado código.

La copia, con la nota de registro puesta al pie de ella, como lo ordena la ley, si es aducida como prueba en juicio merece ser estimada como tal, cuando ha sido regularmente expedida, conforme al artículo 630 del Código Judicial.

Pero no es ésta la única manera de probar el registro de una escritura sujeta a inscripción, porque lo importante es que el título se registre realmente en el libro respectivo, y que en juicio se pruebe esa circunstancia, lo cual puede hacerse con el certificado del Registrador sobre el particular.

La Corte ha dicho al respecto: "Si bien el artículo 2669 del Código Civil previene que la nota de registro se ponga al pie del título, de ahí no se sigue que caso de omitirse por cualquier causa esta formalidad está vedado obtener en otra ocasión y por otro camino el certificado del Registrador. Como acto de tradición lo esencial es el registro, y como prueba el testimonio oficial y escrito del Registrador (Tomo LVI, pg. 142).

En el caso en estudio el Tribunal estimó que no estaba probado el contrato de permuta fundamento de la demanda, porque la escritura respectiva fue presentada en copia sin la nota de registro.

Ya se dijo que no es ésta la única manera de acreditar el registro de un título sujeto a inscripción; pero el Tribunal no ha dicho que sea esta la única forma de probarlo, como lo afirma el recurrente, y, por tanto, no incurrió en el error de derecho que le atribuye el impugnante al apreciar la copia de la escritura Nº 2.900, varias veces citada, que se trajo al juicio con la demanda. En cuanto a que el fallador no tomó en cuenta el certificado del Registrador que obra a los folios 10 y 11 del cuaderno Nº 3, este extremo fue objeto de ataque en la formulación del primer cargo, el cual ya fue despachado por la Corte.

No prosperando los cargos propuestos, debe quedar en pie la sentencia del Tribunal.

RESOLUCION

En atención a las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Ca-

sación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de diez y seis de enero de mil novecientos sesenta y cinco, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario adelantado por José María Iregui M. contra la Sociedad "Arango Restrepo Hermanos" y Joaquín Arango Restrepo.

Sin costas en el recurso en virtud de la rectificación doctrinaria.

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.



VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

Deficiente formulación de los cargos por este extremo.

Todos los reparos que el censor formula atacando el fallo por violación directa de diversas normas sustanciales, giran sobre las consecuencias que, según su concepto, deben sacarse del acervo probatorio. En estas circunstancias el recurrente ha debido atacar el fallo por errores de hecho o de derecho en que, según su concepto, hubiera incurrido el sentenciador en la apreciación de determinadas pruebas, citando en la segunda de estas hipótesis las normas de derecho probatorio que hubieran sido infringidas; no lo hizo así, y por lo tanto las deducciones hechas en el fallo no han sido rebatidas en forma alguna, porque las situaciones de hecho que el Tribunal encontró demostradas conservan su respaldo probatorio.

Corte Suprema de Justicia! — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., diez de octubre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Ignacio Gómez Posse).

Se desata el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, a que se refieren las siguientes anotaciones:

Jorgina Copete de Caro, por conducto de apoderado instauró demanda de pertenencia o juicio declarativo de prescripción extraordinaria de dominio a su favor contra el Municipio de Cali y con citación del Agente del Ministerio Público, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"I.—Que por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, es de propiedad y pertenece a doña Jorgina Copete de Caro, la finca raíz especificada en el primer aserto de esta demanda, consistente dicha finca en un lote de terreno y casa ubicados en esta ciudad de Cali, en la calle 16 con la carrera 1ª-A y segunda, distinguida la edificación con el número 1A-71 de la actual nomenclatura y especificado todo el inmueble por estos linderos: (los anotados en la demanda).

"II.—Que la sentencia constituirá para la demandante el título de dominio, erga-omnes, sobre el bien inmueble, lote de terreno y casa, especificados.

"III.—Que la misma sentencia debe registrarse en el libro respectivo de la oficina de registro de instrumentos públicos de este circuito".

Como fundamento de esta demanda expuso los siguientes hechos:

"1º—El señor Luis Alfonso Guerrero, hombre de unos 68 años de edad actualmente, poseyó real y materialmente, como señor y dueño, con ánimo de propietario, sin reconocer dominio ajeno, realizando actos sustanciales de señorío como los de construcción o edificación de casa para su vivienda particular, desde el año de 1910 y hasta el día 9 de diciembre de 1951, sin interrupción y públicamente, un lote de terreno ubicado en esta ciudad de Cali, en la calle 16 con la carrera 1-A y 2ª, distinguida la edificación con el número 1-A-71 de la actual nomenclatura y especificando dicho lote de terreno alinderativamente:...

"2º—Esa posesión que allí en la especificada finca raíz, tuviera y ejercitara desde 1910 y hasta el día 9 de diciembre de 1951, el mentado Luis Alfonso Guerrero, la describió y operó éste, con actos y hechos y ánimo de propietario, sin reconocer a nadie derecho alguno en relación a la misma finca o predio, habitando desde su infancia en un pequeño rancho que su tía y madre de crianza Felipa Guerrero, construyera a sus expensas allí y renovando la edificación o casa cuando por la acción del tiempo, aquel primer rancho se puso en condiciones inhabitables;

sembrando plantaciones, haciendo reformas a la casa y también dando en arrendamiento parte de la misma.

"3º—Poseedores anteriormente a Luis Alfonso Guerrero sobre la finca de que se trata y dentro del rancho que el citado Guerrero demoliera y reemplazara por la casa existente allí, lo fueron desde mediados del siglo pasado Eulalia Guerrero, abuela materna de aquél y quien en el año de 1871 vivía o habitaba ya en ese predio y rancho como legítima propietaria, sin reconocer dominio a nadie y exteriorizando esa su calidad de dueña, visible, tangible y públicamente, hasta morir allí mismo. Felipa Guerrero, hija de la anterior continuó en ese predio y rancho a la sazón existente, esa posesión material, viviendo durante su existencia allí, como señora y dueña y con ánimo caracterizado de propietaria hasta que dejó de existir. Y muerta pues la expresada Felipa Guerrero, asumió el carácter de dueño de la especificada finca raíz el mentado Luis Alfonso Guerrero, quien, como ya se dijo, era sobrino carnal e hijo adoptivo de la citada Felipa y el cual siendo persona ya mayor de edad en el año de 1910 demolió el rancho antiguo que allí existiera como bien propio de sus expresadas antecesoras y edificó desde entonces la casita que existe actualmente. Estos son pues los antecedentes y causas de la posesión que sobre el predio o inmueble de que se trata gozara y ejercitara hasta diciembre de 1951 el mentado Guerrero.

"4º—Doña Jorgina Copete de Caro adquirió el 13 de diciembre de 1951 la calidad y título de dueña o propietaria de la finca raíz de que se trata a través de juicio ejecutivo contra el mentado Luis Alfonso Guerrero, juicio ese que se ventiló ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cali. En efecto, habiendo comprado doña Jorgina un crédito personal que por valor de tres mil pesos existía a cargo de Luis Alfonso Guerrero a favor de Uldarico Herrera V., se vio precisada como endosataria de dicho crédito a promover la cobranza del mismo ante el citado juzgado. Y culminación de la expresada acción ejecutiva, fue la adjudicación que en dicho juzgado hiciera a doña Jorgina Copete de Caro de esa finca raíz de propiedad del ejecutado Luis Alfonso Guerrero, mediante diligencia de remate y por el valor total de cuatro mil pesos moneda corriente, en que judicialmente se avaluó el terreno y casa, y conforme a la sentencia aprobatoria proferida por el juzgado en la antedicha fecha.

5º—El registro de la expresada sentencia aprobatoria del remate se hizo con fecha 19 de diciembre de 1951, lo mismo que el acta de remate correspondiente. Por lo demás, en la misma fecha, doña Jorgina Copete de Caro, recibió real y materialmente de manos del que en el juicio había sido secuestre, señor Marco Tulio Tejada, la expresada finca raíz y en esa virtud entró desde luego en posesión real y material del terreno y casa.

"6º—Doña Jorgina Copete de Caro, pagó los impuestos prediales y de valorización correspondientes, de acuerdo con las sumas cuyos recibos obran en autos.

"7º—Conforme a los caracteres, circunstancias, modalidades expresadas y consignadas a través de los hechos anteriormente expuestos, doña Jorgina Copete de Caro, configura y concreta jurídicamente la continuidad de la posesión material que sobre el terreno y casa especificados en este libelo, ejercitó y gozó durante el decurso de 36 años, o sea desde el año de 1910 y hasta el día 9 de diciembre de 1951, Luis Alfonso Guerrero, como poseedor regular y de acuerdo con los actos y hechos, específicamente de dominio, que en la persona de éste conformaron dicha calidad de poseedor. Es decir, pues que la expresada doña Jorgina a su posesión actual sobre el inmueble mantiene y hace suya la posesión anterior que sobre el mismo inmueble tuvo por el espacio de tiempo señalado, Luis Alfonso Guerrero. Y de este modo, pues, tiene doña Jorgina Copete de Caro claro derecho a que se le reconozca por usucapión de más de treinta años, consolidado su título de propietaria del inmueble de que se trata, mediante la declaración jurisdiccional consiguiente.

"8º—El predio de que se trata está ubicado en la parte céntrica de esta ciudad y no es de aquellos que la ley a través de título válido y específico califica como imprescriptible; ni aún por razón de su ubicación misma cabe presumir que en su subsuelo existen yacimientos de hidrocarburos, esto es, que bajo tal consideración pudiese implicar en sí mismo reservabilidad alguna en favor del Estado".

Notificado el Personero Municipal, contestó la demanda, negando que el señor Luis Alfonso Guerrero "hubiera poseído a nombre propio el predio que trata de prescribirse, sino que lo tuvo como arrendatario, según consta en el respectivo contrato celebrado entre aquél y el

Municipio de Cali y que comenzó a cumplirse el 1º de enero de 1940. El señor Guerrero reconoce allí que se trata de un terreno ejido. Por lo demás, dicho arrendatario fue condenado a restituír al Distrito de Cali el lote que tenía en arrendamiento, por incumplimiento de un contrato, como aparece en la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, fechada el 22 de agosto de 1952".

Sostiene el Personero que: "Ya dije que no hubo posesión, sino mera tenencia, por otra parte, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 12 de marzo de 1953, ha declarado que el municipio ha adquirido por prescripción extraordinaria la propiedad de los terrenos de "El Manantial", que precisamente comprenden el inmueble objeto de la demanda. Además, la hipotética prescripción se interrumpió por demanda presentada por el Municipio de Cali contra el señor Luis Alfonso Guerrero, en noviembre de 1951, que fue fallada favorablemente al municipio.

Acompañó a la contestación de la referida sentencia del Tribunal de Cali en el juicio de lanzamiento contra Luis Alfonso Guerrero.

Dándosele cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 120 de 1928, Jorgina Copete de Caro, contestó la demanda de oposición formulada por el personero, a quien le niega el derecho para oponerse. Dentro del término respectivo, el personero municipal adujo las siguientes pruebas:

Primera.—Copia auténtica del contrato Nº 842 de 12 de febrero de 1940, en que consta el contrato de arrendamiento verificado entre el municipio y el señor Luis Alfonso Guerrero R. del inmueble objeto de la litis, cuyas cláusulas se transcriben en el fallo de instancia. (Pág. 105 c. 13).

Segunda.—Un certificado del tesorero municipal de Cali fechado el 22 de junio de 1954, en el cual figura inscrito el señor Luis Alfonso Guerrero, con una mejora en terreno ejido en el inmueble citado. En dicho certificado se dice: "No hay constancia de que Luis Alfonso Guerrero R. haya pagado cánones de arriendo por el terreno que ocupó u ocupa con la mejora mencionada, conforme a contrato de arrendamiento que dicho señor Guerrero tiene celebrado con el Municipio de Cali (fol. 6 v. c. 2º).

Tercera.—Copia auténtica de la sentencia de fecha 12 de marzo de 1953, dictada por la Corte Suprema de Justicia, dentro del juicio ordinario seguido por Mercedes Pedroza contra el Municipio de Cali, sobre propiedad de los terrenos denominados "El Manantial" con nota de registro fechada el 10 de marzo de 1955; y copia de la sentencia del Tribunal Superior y del Juzgado 1º Civil del Circuito de Cali. (fl. 80 a 83 del c. Nº 2).

Por su parte el apoderado de la señora Jorgina Copete de Caro, solicitó y obtuvo la práctica entre otras pruebas de las siguientes:

a) Ratificación de las declaraciones rendidas extra juicio por Martín Vergara y Jorge Cortázar;

b) Declaraciones de los señores Miguel Santacruz, Miguel Ramos S., Mario Azcárate R. quienes afirman la posesión de Luis Alfonso Guerrero desde el año de 1910 hasta el año de 1940;

c) Diligencia de inspección ocular en la cual se estableció que el inmueble objeto de la diligencia corresponde en sus linderos con los anotados en la demanda;

d) Dictamen pericial en que se constata entre otras cosas que el lote objeto del contrato de arrendamiento Nº 842 de 1940 "Sobre arrendamiento de un lote ejido en terrenos de 'El Manantial' (f. 5 c. 2º) observamos que es el mismo número de la puerta de entrada y que el predio coincide en los linderos norte, oriente y occidente, con el predio determinado por el Tribunal Superior en sentencia de 20 de agosto de 1952".

El Juzgado 5º Civil del Circuito de Cali, dictó sentencia declarando que la señora Jorgina Copete de Caro es dueña del inmueble mencionado por haberlo adquirido en virtud de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio.

Inconforme el personero con la anterior sentencia, la recurrió ante el Tribunal, entidad que desató el recurso revocando el fallo del a-quo y absolviendo al municipio de las peticiones de la demanda.

LA SENTENCIA ACUSADA

Durante el término de la fijación en lista la sociedad Martínez Velasco & Co. Limitada, propuso demanda de coadyuvancia en favor de la demanda presentada por el Municipio de Cali, coadyuvancia que fue aceptada por el Tribunal.

Entre los hechos aducidos en esta última demanda se anotan los siguientes:

"... ... ...

Quinto.—El Municipio de Cali y la sociedad Martínez Velasco y Compañía, transformada posteriormente, en sociedad de responsabilidad limitada, como dije antes, se celebró un convenio transaccional para dirimir las diferencias que desde años atrás se venían suscitando con la familia Martínez Velasco y con la sociedad antes mencionada, convenio que consta en la escritura pública Nº 629 de 12 de mayo de 1956, extendida en la Notaría Cuarta de Cali y en virtud del cual el lote que ocupaba y ocupa el señor Luis Hernando Reina quedó formando parte de los lotes reconocidos como de propiedad exclusiva de la sociedad Martínez Velasco y Compañía, cesionaria de los derechos de los herederos de Adriano Martínez B. y de la señora Justiniana Velasco de Martínez.

Sexto.—Ese lote de terreno es el mismo sobre el cual en 'forma artificiosa pretende obtener la señora Jorgina Copete de Caro, la susodicha declaratoria de pertenencia, con lo cual se perjudicarían los intereses de la sociedad Martínez Velasco y Compañía Limitada, dueña y poseedora de dicho lote de terreno y la edificación a que alude la demanda' ".

Entre otras pruebas la coadyuvancia presentó las siguientes:

Copia de la referida escritura Nº 129; copia auténtica de la escritura 1.314 de diciembre 30 de 1939, de la Notaría Primera del Circuito de Cali, debidamente registrada, que contiene la compraventa de mejoras celebrada entre Felipa Guerrero y Luis Alfonso Guerrero en un lote ubicado en el barrio de "El Manantial", con permiso de la Personería Municipal. En el fallo del Tribunal se anotan las diversas pruebas decretadas y practicadas por aquella entidad, entre ellas, aparece la señalada en el punto cuarto "Diligencia de inspección ocular practicada el 17 de noviembre de 1959 en asocio de peritos, al lote de terreno objeto del litigio...".

En el punto quinto se refiere al dictamen de los peritos señores Henri Vásquez y Antonio Estrada Peláez que dice:

Al punto a) "Recorrimos el lote de terreno que se ha identificado así:" (Aquí se expresan los linderos a que se refiere el juicio).

Al punto b) Expresan los peritos que: "De acuerdo con la sentencia de prescripción extraordinaria de dominio, pronunciada por la H. Corte Suprema de Justicia, con fecha 12 de marzo de 1953, que hemos tenido a la vista para su examen; con los planos levantados por el ingeniero doctor Montaño a que se refiere el artículo 3º del acuerdo Nº 5, de marzo 7 de 1956, expedido por el Concejo Administrativo Municipal de esta ciudad, junto con nuestro personal conocimiento del terreno y el de antiguos habitantes de la ciudad que para el efecto fueron consultados por nosotros, todos los cuales se hallaron contestes en señalar el lote citado como parte integrante de uno de mayor extensión conocido con el nombre de "El Manantial", es nuestro concepto que el inmueble cuestionado efectivamente se encuentra en comprensión de los terrenos de "El Manantial".

Los peritos en el numeral c) determinaron claramente que el lote de terreno alinderado en la demanda "con las modificaciones observadas al efectuar su mensura, es el mismo a que se refiere la escritura 629 de 12 de mayo de 1956.

Los expertos determinaron también al confrontar la escritura Nº 1314 de fecha 30 de diciembre de 1939, Notaría Primera: "Se observa que el inmueble a que se contrae la mencionada escritura, es el mismo sobre el cual versa el presente litigio...".

En la letra f) los peritos dejaron constancia de que el lote a que se refiere la sentencia del Tribunal con fecha 20 de agosto de 1952 en el juicio de lanzamiento promovido por el Municipio de Cali contra el señor Luis Alfonso Guerrero, es el mismo a que se contrae el juicio; y es también el mismo a que alude el contrato de comodato celebrado entre el Personero Municipal de Cali el 12 de febrero de 1940 con el señor Luis Alfonso Guerrero.

El fallador, luego de hacer un recuento del elenco probatorio y de transcribir los artículos 758, 2518, 2534 del c. c. segundo de la Ley 120 de 1928 y 1º de la Ley 50 de 1936, manifiesta lo que sigue:

"La persona que aspire a la declaración de prescripción debe presentar las pruebas de que ha poseído el inmueble por el tiempo requerido para la usucapión y por medio de hechos positivos a que da derecho el dominio según el Código Civil. De acuerdo con el artículo 11 de la Ley 120 nombrada, el opositor en esta clase de juicios tiene la calidad de demandante si no está en posesión del inmueble, y como tal tiene que

probar su derecho. Pero si no aduce prueba alguna, o si las que presenta carecen de eficacia legal, el presunto prescribiente debe probar por su parte la posesión por el tiempo y con las condiciones señaladas en la ley" .

"En virtud de la sentencia del 12 de marzo de 1953 —anota el Tribunal—, la Corte ha declarado que el municipio ha adquirido por prescripción extraordinaria la propiedad de los terrenos de El Manantial, que precisamente, comprenden el inmueble objeto de la demanda". (fl. 31 c. 1º); por la dicha sentencia se casó la dictada por el Tribunal Superior de Cali, y la Corte "les reconoció a los terrenos ubicados en el sector de 'El Manantial', el carácter de prescriptibles sometidos a régimen de derecho civil".

Continúa el fallador:

"Según las constancias procesales, uno de los fundamentos aducidos por el Personero Municipal de Cali en su líbelo de oposición a la demanda de prescripción, fue el de que el señor Luis Alfonso Guerrero, antecesor en la posesión alegada por la actora, no poseyó a nombre propio el predio que trata de prescribirse, sino que lo tuvo como arrendatario, según consta en el respectivo contrato celebrado entre aquél y el Municipio de Cali y que comenzó a cumplirse el 1º de enero de 1940 (fls. 30, cuaderno 1º). Además, junto con la demanda de coadyuvancia presentada ante el Tribunal Superior en la segunda instancia, el apoderado de la sociedad coadyuvante "Martínez Velasco y Compañía Limitada" presentó copia de la escritura Nº 1.314 de 30 de diciembre de 1939 de la Notaría Primera del Circuito de Cali, por la cual Felipa Guerrero vendió a Luis Alfonso Guerrero unas mejoras consistentes en una casa de paredes de bahareque y adobe y cubierta de tejas de zinc y barro, distinguida con el número 1-A-71 de la calle 16, por los linderos que allí se determinan. En la cláusula primera de la escritura nombrada se dice: "Que con permiso del señor Personero Municipal de Cali, comunicado en oficio 29 del mes en curso, que se agrega a este instrumento, transfiere en venta real y perpetua enajenación al señor Luis Alfonso Guerrero R. mayor y de esta vecindad, 'las mejoras expresadas'. Y en los insertos de la escritura se transcribe la resolución Nº 580 de 28 de diciembre de 1939, que dice: 'El Personero Municipal, en uso de sus atribuciones legales y teniendo en cuenta que por parte de los interesados se han llenado los requisitos legales exigidos para esta clase de negociaciones, resuelve: Conceder permiso a Felipa Guerrero para vender a Luis Alfonso Guerrero R., las mejoras que la primera tiene plantadas en un lote de terreno ejido ubicado en 'El Manantial', lote de terreno que mide 174 m2 y se halla alinderado así:...

"De acuerdo con los documentos que se dejan mencionados, el señor Luis Alfonso Guerrero R., a partir del 30 de diciembre de 1939 adquirió la calidad de propietario de las mejoras, y luego quedó como arrendatario del Municipio de Cali del lote sobre el cual se levantaban las mejoras expresadas.

"De conformidad con los principios de derecho civil, el señor Luis Alfonso Guerrero no podía transformar su título precario, sino por la intervención de un tercero o por contradecir el derecho del propietario, oponiéndole su propia posesión".

Cita algunos conceptos del tratadista doctor Arturo Valencia Zea, en relación con la intervención del poseedor precario que "no puede cambiar su título o sea intervertirlo, sino por el hecho de un tercero o por la oposición hecha al propietario por el poseedor en nombre ajeno en que este se comporte como propietario...".

Agrega el Tribunal:

"En el presente juicio, hubo un cambio en la relación posesoria del Municipio de Cali, en virtud de la diligencia de remate del inmueble materia de la litis, verificada por la señora Jorgina Copete de Caro en el juicio ejecutivo adelantado contra Luis Alfonso Guerrero". Hace referencia a la diligencia de remate y a su respectiva aprobación, con las constancias de los correspondientes registros. Analiza el dictamen rendido por los peritos en la diligencia de inspección ocular de la primera instancia, en donde se estableció la identidad entre el inmueble materia de la demanda y el que fue objeto de la oposición por parte del Municipio de Cali.

"De acuerdo con los documentos que se dejan mencionados, —anota el fallador—, la relación posesoria sobre el lote de terreno materia del presente juicio, se transformó en virtud de la diligencia de remate del inmueble verificada en el Juzgado Quinto Civil del Circuito, y aprobada por tal despacho e inscrita en la oficina de registro con fecha 19 de diciembre de 1951. Es decir, que la señora Jorgina Copete de Caro entró a poseer el inmueble a título de propietaria,

desde la fecha nombrada, y que su posesión ha sido reconocida por el mismo Municipio de Cali".

De las anteriores probanzas deduce el Tribunal que el inmueble materia del juicio ha sido poseído a título de propietaria por la señora Copete de Caro, a partir del 19 de diciembre de 1951, en que fueron inscritas el acta de remate del inmueble y la sentencia aprobatoria del mismo.

En el capítulo de la parte motiva intitulado "Posesión por parte de la demandante", declara el fallador que:

"El tercer requisito para la declaración de pertenencia por prescripción adquisitiva del dominio es el de que el inmueble haya sido poseído realmente por el demandante por el tiempo y con los requisitos que señala el Código Civil"; y al efecto transcribe lo expuesto por los artículos 2527, 2528 y 2529.

Hace un análisis de la situación jurídica en que se encuentra la demandante Copete de Caro, para llegar a la conclusión de que no está demostrada la existencia de una prescripción ordinaria a favor de dicha señora, ni mucho menos la extraordinaria; hace alusión a la escritura 1314 de 30 de diciembre de 1939 en virtud de la cual Felipa Guerrero antecesora en la presunta posesión del inmueble en litigio, reconoció el dominio del Municipio y tomó el bien en arrendamiento habiendo hecho lo propio Luis Alfonso Guerrero en el contrato de arrendamiento celebrado el 12 de febrero de 1940; y que por lo tanto, la posesión de la actora sólo puede contarse a partir del 1º de diciembre de 1951; y ella no puede agregar a su posesión la tenencia de sus antecesores, quienes reconocieron el dominio del Municipio sobre el lote materia del juicio.

Estudia el título de la actora, o sea el remate verificado en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Cali y declara que él no era perfecto, "pues que siendo el tradente simplemente dueño de las mejoras, sin embargo se remató también el lote de terreno. Tal título tan solo autoriza y legitima el ánimo del dueño sobre la cosa, pero necesita la validación del tiempo necesario para que se cumpla la prescripción ordinaria"; anotando que en virtud de la notificación de la demanda de oposición propuesta por el Municipio, la posesión de la actora se interrumpió por tal causa, (artículo 2524 del c. c.).

LA IMPUGNACION

El apoderado de la parte recurrente presentó la correspondiente demanda que fue contestada en forma detenida por la Procuraduría General de la Nación mediante estudio de los once cargos en que el recurrente ataca la sentencia acusada.

El impugnante hace un recuento de los antecedentes del negocio y en el numeral cuarto dice: que la señora Jorgina Copete de Caro adquirió el 13 de diciembre de 1951, la calidad de propietaria por virtud del juicio ejecutivo adelantado contra Luis A. Guerrero ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Cali, que culminó con la adjudicación del predio a dicha señora según la diligencia de remate y auto aprobatorio de la misma; en el punto sexto dice que de acuerdo con lo anterior la señora Copete de Caro configura y concreta jurídicamente la continuidad de la posesión material que ejerciera sobre el aludido predio el señor Luis Alfonso Guerrero, pues hace suya la posesión material mantenida por el citado Guerrero.

Cargo Primero

Infracción directa por aplicación indebida del artículo 2514 del C. C. "Se aplicó a un caso o hecho no reglado por tal norma".

Este cargo lo sintetiza el impugnante así:

"¿En qué consiste, pues, la aplicación indebida del mandato 2514?. Sencillamente en que el Tribunal consideró equivocadamente que el señor Luis Alfonso Guerrero, antecesor en la posesión había renunciado a la prescripción al firmar un contrato de tenencia, con quien no ostentaba la calidad de propietario y sobre un bien cuya naturaleza era absolutamente distinta a la que realmente estaba poseyendo".

Cargo Segundo

Violación directa por aplicación indebida del artículo 775 del Código Civil.

Y dice el recurrente:

"El Tribunal dijo que Luis Alfonso Guerrero era mero tenedor y por tanto estaba teniendo a nombre del dueño. De cuál dueño, preguntamos, si el Municipio no demostró tal calidad".

Después de hacer un estudio sobre el hecho de la posesión citando varios autores concluye con esta afirmación:

"Si la tenencia y la posesión son relaciones con respecto al propietario, el Tribunal violó directamente el artículo 775 del C. C. por aplicación indebida al argumentar que el señor Luis Alfonso Guerrero estaba teniendo a nombre de otro por el hecho de haber firmado un contrato de arrendamiento con quien jamás ha tenido la calidad de propietario. En otras palabras, Luis Alfonso Guerrero no era mero tenedor puesto que no estaba poseyendo a nombre del Municipio, sino a nombre propio, pública y pacíficamente y esto es tan evidente que jamás pagó renta y además ejecutó hechos positivos de dueño conforme al artículo 981 del C. C., como cercamientos, construcciones, etc. No estando acreditado en autos que el Municipio es dueño, es absurdo afirmar que el poseedor Guerrero era mero tenedor, puesto que esta calidad solo se da existiendo aquella en cabeza de una persona; por manera que Guerrero no podía ser mero tenedor de una cosa de la cual el Municipio no era dueño, pues por definición la mera tenencia se ejerce en lugar o a nombre del dueño. En síntesis, hay infracción directa por aplicación indebida del artículo 775 porque tal precepto se aplicó a una situación no contemplada por ella, pues mi mandante y sus antecesores en la cadena posesoria eran auténticos poseedores y no meros tenedores".

Cargo Tercero

Infracción directa del artículo 762 del C. C. por falta de aplicación.

Para fundamentar esta censura el recurrente afirma que Luis Alfonso Guerrero tenía el inmueble con ánimo de señor y dueño y que por consiguiente, había adquirido la propiedad de la casa, porque "por otra parte, el poseedor es reputado dueño mientras otro no demuestre lo contrario".

Para sostener este ataque el recurrente citando a los expositores Savigny e Ihering, autores de las teorías subjetiva y objetiva de la posesión y citando a Saleilles, transcribe a éste en este paso:

"La posesión de bienes muebles, página 44.— La posesión implica una potestad efectiva sobre la cosa. Es señor de la cosa aquel que conforme a las ideas, ambientes, a las costumbres y a las relaciones sociales es considerado externamente como la persona de quien depende la cosa. El público es quien fija el señorío de la cosa teniendo en cuenta el estado de las costumbres, el medio ambiente, el grado de evolución social. Es necesario hacer consistir la posesión de un poder material, en una potestad de hecho suficiente o reputado tal con arreglo al uso corriente, que permita a su titular tener la cosa a su disposición y excluír a terceros. Esa potestad efectiva y real es lo que se denomina posesión".

Sigue transcribiendo varios apartes del citado autor para concluír que:

"El señor Guerrero era poseedor de la cosa conforme a las ideas, a las costumbres, a los usos y prácticas sociales; durante muchos años fue reconocido como señor de la cosa y tratado como tal en el ambiente social en que convivía. Antecesores en la posesión de Guerrero fueron su tía y madre de crianza Felipa Guerrero y mucho antes en las postrimerías del siglo XIX, la señora Eulalia Guerrero. La primera a sus expensas construyó habitación, sembró plantaciones, hizo cerramientos y dió en arrendamiento el lote controvertido, tal lo exige el artículo 981 del C. C., sin reconocer derecho ajeno; el Tribunal desconoció la calidad de poseedor de Luis A. Guerrero, violando así el mandato del artículo 762 del C. C. al no aplicarlo al caso sub-judice".

Cargo Cuarto

Violación directa por falta de aplicación del artículo 2518 del C. C. Para sustentar la censura, dice el recurrente:

"Tal como lo expresa Di Ruggiero en dos hechos fundamentales se basa la adquisición por prescripción: la posesión de la cosa por parte de quien no es su propietario y la duración de ésta por un cierto tiempo. De la conjunción del tiempo con la posesión surge la adquisición de la propiedad".

Sostiene para fundamentar esta censura que en los autos se han "cumplido hasta la saciedad los presupuestos de la prescripción veintenaria. Al efecto, mi mandante, señora Jorgina Copete de Caro adquirió el lote el 13 de diciembre de 1951 a virtud del juicio ejecutivo adelantado contra el señor Luis Alfonso Guerrero, a que antes se ha hecho referencia. A su vez el señor Luis Alfonso Guerrero poseyó real y materialmente como señor y dueño, con ánimo de propietario, sin reconocer dominio ajeno, realizan-

do actos sustanciales de señorío, como las plantaciones, edificaciones o construcciones para su propia vivienda desde el año de 1910; es decir, desde temprana edad, acompañado de su tía y madre de crianza, señora Felipa Guerrero quien también realizó actos materiales de señor y dueño sin reconocer dominio ajeno, públicamente, como corresponde a quien ostenta la calidad de propietaria; que antecesores en la posesión de la heredad lo fueron en las postrimerías del siglo pasado y principios del actual la señora Eulalia Guerrero, abuela materna de aquél, quien desde el año de 1871 habitaba ya el rancho como propietaria; de tal suerte que la cadena posesoria de mi mandante tiene raigambre secular, si a su posesión agregamos la ejercida por los antecesores".

Continúa el recurrente:

"No obstante la situación anterior, el Tribunal se abstuvo de declarar la prescripción violando por inaplicación la norma transcrita; infracción que se hizo manifiesta al conceptuar el Tribunal que no se cumplían los presupuestos de la accesión de posesiones. Cuando la señora Jorgina Copete de Caro adicionó a su posesión la de sus antecesores era porque el tiempo exigido por la ley se había cumplido satisfactoriamente".

Afirma que: "Cuando doña Jorgina Copete de Caro sumó a su posesión la de sus causahabientes, cumplió con los requisitos de la acumulación de posesiones, pues ninguna de ellas, está palmariamente demostrado, adolecía de vicios, ninguna era oculta, clandestina, ni violenta, que son precisamente los vicios posesorios. Por el contrario todos ellos poseyeron real y materialmente en forma pública, ostensible, ejecutando actos materiales propios del domine, de manera continua, durante más de 60 años...".

Quinto Cargo

Violación directa por falta de aplicación de los artículos 11 de la Ley 120 de 1928 y de los artículos 679, 673, 762 inc. 2º, 1757 y numeral 4º del artículo 2640 del C. C..

El impugnante para sustentar esta censura se expresa así:

"Del texto de los artículos citados se colige que es al actor a quien incumbe la carga de la prueba conforme al aforismo latino 'Actori incumbit probatio', puesto que por virtud de la oposición se convierte en demandante y si tal es su posición en la relación procesal, debe probar su derecho, so pena de perder el juicio... Aplicando los principios anteriores al caso de autos, tenemos que cuando el Municipio se opuso a la acción de pertenencia estaba alegando la calidad de dueño del bien y por tanto debía probar su derecho. Si el Municipio no lo probó, obviamente doña Jorgina era la propietaria, puesto que ella sí demostró ser poseedora durante 70 años".

Afirma que el Municipio de Cali no demostró su calidad de dueño; y que en cambio doña Jorgina sí acreditó la posesión material en forma pública y pacífica durante más de sesenta años "sin que nadie durante ese lapso le hubiera disputado la posesión".

Y más adelante agrega: "El hecho de que el Municipio hubiera presentado un contrato de arrendamiento, no era óbice para abstenerse de declarar la pertenencia ya que tal acto solo interrumpe la prescripción cuando el poseedor suscribe el contrato con el 'dueño' (artículo 669 del C. C.). Y no siendo el opositor dueño del lote, tal contrato mal podría implicar una renuncia de la prescripción, puesto que ésta por definición es la que se hace en favor del propietario.

Y concluye este ataque exponiendo: "Siendo la renuncia de la prescripción un acto bilateral del poseedor, debe hacerse en favor de un sujeto determinado y no en abstracto, por cuanto que la ley exige que se hace en favor del dueño o del acreedor... Puesto que el derecho es inter-subjetivo y por tanto, exige la presencia de dos sujetos. Si en los derechos personales o créditos la renuncia a la prescripción no es válida, sino cuando se hace en favor del acreedor o de su representante; de la misma manera la renuncia hecha por el poseedor en favor de quien no es dueño del bien carece de valor, es ineficaz".

Cargo Sexto

Violación directa por falta de aplicación del artículo 2531 del C. C. que transcribe en su integridad.

Y refiriéndose a las circunstancias primera y segunda del inciso 3º de dicha disposición, cita una sentencia de la Corte de 20 de julio de 1952 (to. LXXII, pág. 582), para deducir lo que sigue:

"Si bien es cierto que nadie puede mejorar su propio título, no es menos cierto que si el mero tenedor desconoce al dueño por medio de hechos positivos que en forma inequívoca indican actos de propietario, estamos ante el hecho claro de que el título precario se tornó en título de propietario (sic). Si un individuo prueba, por ejemplo, que hace más de treinta años que posee un predio, llamándose dueño de él, si no se presenta o justifica por el reivindicador del predio, un título de mera tenencia que haría presumir la mala fe del tenedor, y no se prueba además que éste durante los treinta años últimos, reconoció expresa o tácitamente el dominio del reivindicador, el tenedor o poseedor ganará por prescripción extraordinaria la propiedad del predio, justificando que su posesión no ha sido violenta ni clandestina, ni se ha interrumpido...". Dice Fernando Vélez en sus comentarios al C. C. pág. 169".

Más adelante agrega el impugnante:

"Por virtud de la diligencia de remate y auto aprobatorio de la misma llevada a cabo en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cali, mi mandante adquirió la calidad de propietaria del bien el 13 de diciembre de 1951, subasta en la cual el hasta entonces poseedor, señor Luis Alfonso Guerrero dejó de serlo.

Continúa afirmando que el nombrado Guerrero poseyó desde 1910 ejecutando actos reveladores de esa posesión y termina manifestando que:

"Si el Tribunal hubiera aplicado correctamente las normas transcritas no le quedaba otra salida que reconocer a doña Jorgina como propietaria, pero como hubo aplicación indebida del artículo 2531 y del 777, se desconoció el derecho adquirido por ella".

Cargo Séptimo

Violación directa por falta de aplicación de los artículos 1501, 1502, 1517, 1524, 1740 y 1741 del C. C. y del artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

El recurrente transcribe las citadas disposiciones y hace su estudio con citas de expositores para hacer la distinción de cuándo un negocio jurídico es absolutamente nulo, cuándo es inexistente y cuándo se trata de una simple anulabilidad. Toda la disquisición doctrinaria que hace el recurrente lo lleva a hacer las siguientes conclusiones:

"Aplicando los razonamientos anteriores al caso de autos, fácilmente podemos colegir que el Tribunal dejó de aplicar las normas transcritas pues se abstuvo de declarar la nulidad absoluta del contrato de arrendamiento presentado por la parte opositora ya que este carece de objeto y causa.

"Tal contrato carece de objeto porque se refiere a un terreno ejido, mientras que el poseído por doña Jorgina y sus antecesores es una cosa prescriptible como el mismo Tribunal tuvo oportunidad de reconocerlo. Si el terreno fuera ejido sería imprescriptible, pero está demostrado que no lo es.

"Basta leer desprevenidamente el contrato de arrendamiento para darse cuenta que él se refiere a un inmueble diferente al que está alinderado en la demanda.

"El argumento es claro, si en el acto figura arrendado un ejido y se demuestra que el predio objeto de la litis no es ejido, sino por el contrario un bien susceptible de prescripción, el contrato se cae por falta de objeto, ya que es inexistente.

"Ahora bien, si no se acepta la teoría de la inexistencia, podemos acogernos a la tesis de la nulidad absoluta para llegar al mismo resultado. Efectivamente, se presenta la nulidad cuando el negocio carece de objeto, o una de las partes es incapaz o hay ausencia de causa.

"Cuando ello ocurre el juez está en la obligación de declarar la nulidad por cuanto éste aparece **prima facie** en los autos. El legislador ordena al juez decretar la nulidad cuando procede de falta de objeto o causa. Siendo la causa y el objeto elementos esenciales de todo acto jurídico al tenor del artículo 1501 y 1502 del C. C., lo lógico, lo procedente, era que el Tribunal hubiera aplicado el artículo 2º de la Ley 50 de 1936".

Cargo Octavo

Se acusa la sentencia por infracción directa, por aplicación indebida del artículo 791 del C. C. Transcribe el recurrente el siguiente pasaje del fallo del Tribunal.

"De conformidad con los principios del Derecho Civil el señor Luis Alfonso Guerrero no podía transformar su título precario, sino por la intervención de un tercero o por contradecir el derecho del propietario oponiéndole su pro-

pia posesión". Cita luego al doctor Valencia Zea sobre el mismo punto así: "En consecuencia, para que una relación en nombre ajeno pierda tal calidad y se convierta en posesión del propietario, se requiere un hecho diferente al simple lapso de tiempo; ese hecho puede consistir: a) En el hecho proveniente de un tercero; b) En la oposición hecha al propietario".

El recurrente afirma que allí no hubo intervención del título, sino una evidente y pública continuidad posesoria.

Consideraciones de la Corte

Se han relacionado los cargos anteriores en la forma en que los expone el recurrente para que de una manera clara se vea su inconducencia dentro del ámbito del recurso de casación. Todos los reparos que el censor formula atacando el fallo por violación directa de las normas sustanciales citadas giran sobre las consecuencias que, según su concepto deben sacarse del acervo probatorio. En estas circunstancias el recurrente ha debido atacar el fallo por errores de hecho o de derecho, en que según su concepto, hubiera incurrido el sentenciador en la apreciación de determinadas pruebas, citando en la segunda de estas hipótesis las normas de derecho probatorio que hubieran sido infringidas; no lo hizo así, y por lo tanto las deducciones hechas en el fallo no han sido rebatidas en forma alguna, porque las situaciones de hecho que el Tribunal encontró demostradas conservan su respaldo probatorio. Tales pruebas, son, entre otras: La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 12 de marzo de 1953 que declaró la prescripción adquisitiva en favor del Municipio de Cali de un globo de terreno dentro del cual se encuentra el lote materia del juicio, según la respectiva diligencia practicada por peritos; el contrato de arrendamiento celebrado entre el Municipio de Cali y Luis Alfonso Guerrero sobre el dicho inmueble; la actora no podía agregar a su posesión la de que carecía su antecesor que sólo tenía un título precario en el inmueble que ella remató; el contrato de arrendamiento verificado entre el mismo Municipio y la antecesora de Luis Alfonso Guerrero, lo mismo que copia de la diligencia de lanzamiento proferida contra éste por falta de pago en los cánones de arrendamiento al Municipio de Cali.

Vale lo anterior para decir que la improcedencia de los cargos aparece de manifiesto, porque el fallo del sentenciador se apoya en una serie de pruebas cuya estimación no ha sido acusada por error de hecho ni por valoración de las mismas contraria a la ley probatoria. Por lo mismo, dados los hechos tales como a través de las pruebas los vió el Tribunal, la Corte encuentra que éste aplicó acertadamente en relación con los mismos hechos las disposiciones sustanciales que el recurrente cita como infringidas.

Cargo Noveno

"Error de hecho manifiesto en la consideración de las siguientes pruebas: a) En la certificación expedida por el Tesorero Municipal de Cali, de fecha junio veintidós (22) de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) obrante al folio 6 vt. cuaderno Nº 2 que a la letra reza: 'El suscrito Tesorero Municipal de Cali, certifica: Que en los registros de esta dependencia figuró inscrito el señor Luis Alfonso Guerrero con una mejora en un terreno ejido en la calle 16 número XX 1-A-71, Libro 2, folio 75, Nº 596, tarjeta Nº 9816, hasta el 28 de enero de 1952, que pasó a la señora Jorgina Copete de Caro, según escritura de remate Nº 198 de enero 23 de 1952 de la Notaría Tercera, registrada el 24 de enero de 1952, según consta en la Resolución Nº 57 de 1952 de la Oficina de Catastro. No hay constancia de que Luis Alfonso Guerrero haya pagado cánones de arriendo por el terreno que ocupó u ocupa con la mejora mencionada conforme al contrato de arrendamiento que dicho señor Guerrero tiene celebrado con el Municipio de Cali.

"Acuso la sentencia de error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas señaladas puesto que el Tribunal omitió su consideración, violando indirectamente los artículos 762, 780 numeral 3º, 981, 2518, 2531 y 2532 del C. C. por falta de aplicación".

SE CONSIDERA:

El Tribunal tuvo de presente las certificaciones y recibos a que se refiere el cargo, pero la no apreciación de ellos en la forma que pretende el recurrente no puede ser aceptada como fundamento para desvirtuar la sentencia.

El hecho de que Guerrero no hubiera pagado arrendamiento a nombre del Municipio de Cali, fue precisamente lo que motivó el juicio de lanzamiento que se decretó contra él; que la señora Copete de Caro hubiera pagado los impuestos

municipales ello no demostraría por sí solo su posesión ni la de su antecesor; que el Tesorero Municipal de Cali certificara que Guerrero figuró con **una mejora** en el terreno materia de la litis está acreditando su carácter de simple tenedor.

Se rechaza el cargo.

Cargo Décimo

"Error de derecho en la valoración del contrato 842 de febrero 12 de 1940 (fl. 5º del c. Nº 2).

"Con la estimación equivocada —dice el censor— hecha por el Tribunal del referido contrato se violaron los artículos 762, 981, 2518, 2531 y 2532, 758, 1502, 1524, 1973, 2534 del C. C. y artículos 1º y 2º de la Ley 50 de 1936, por infracción directa por falta de aplicación".

Dice el recurrente que con los testimonios y demás probanzas aportadas por la actora se demostró la posesión treintenaria y que el Tribunal no debió haberle dado al contrato referido el valor de plena prueba porque adolecía de falta de causa y de objeto y que de acuerdo con el artículo 1973 del Código Civil "De tal concepto surgen los elementos esenciales del mismo, a saber: a) Dar una cosa en goce temporal a otro; b) El pago de un precio o renta por tal goce.

"Tales requisitos no se hallan presentes en el seudo contrato de marras", que adolece por consiguiente de nulidad.

LA CORTE CONSIDERA

El Tribunal estimó que el documento a que se refiere el cargo estructuraba un contrato de arrendamiento por medio del cual el Municipio le entregaba a Guerrero el lote de terreno y éste se obligaba a pagar un canon por su goce. Las cláusulas de ese contrato son suficientemente claras y por consiguiente, no puede deducirse, como lo pretende el recurrente, que el fallador hubiera incurrido en error de derecho en la apreciación del aludido contrato, dándole una denominación jurídica distinta de la que él contiene en todas sus cláusulas. El censor ha debido exponer con claridad en qué consistía el error sobre que versa el cargo. No lo hizo, y por lo tanto, es improcedente la cita de los preceptos sustanciales que expone como violadas; y por otra parte, como el cargo se hizo por error de derecho y no indica las normas de valoración probatoria infringidas, por la misma razón el cargo no prospera.

Cargo Décimo Primero

"Error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial con lo cual quebrantó los artículos 696 y 697 del Código Judicial y a su vez violó por falta de aplicación los artículos 762, 981, 2518 y 2531 del Código Civil".

Para sostener el cargo analiza las declaraciones de los señores Martín Vargas, Miguel Santacruz, Miguel Ramos, Mario Azcárate, Jorge Cortázar, con las cuales quiere demostrar que Guerrero y sus antecesores tuvieron una posesión del lote objeto de la litis por más de treinta años.

SE CONSIDERA

El Tribunal tuvo en cuenta estas declaraciones y en presencia de la prueba instrumental llegó a la conclusión de que ellas "solo se refieren a la posesión de la mejora". Como ya se ha visto, no podía el Tribunal incurrir en el error de derecho que se le atribuye, pues al analizar la prueba testimonial frente a las pruebas instrumentales, tuvo que llegar, como llegó, a la conclusión de que esas declaraciones no podían demostrar la posesión contra los títulos exhibidos por el Municipio y con los cuales se demuestra el título precario que Guerrero tenía sobre el tantas veces referido inmueble.

Se rechaza el cargo.

RESOLUCIÓN:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha cuatro (4) de noviembre de mil novecientos sesenta y tres (1963), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio ordinario seguido por el Municipio de Cali contra Jorgina Copete de Caro.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, 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 Ramírez L., Secretario.



FILIACION NATURAL, PETICION DE HERENCIA Y RESTITUCION

Estabilidad y notoriedad de las relaciones sexuales. - Estas, por regla general, no son susceptibles de prueba directa. - Cuándo puede la Corte, en casación, variar la apreciación probatoria hecha por el Tribunal. - Error de derecho. - Naturaleza del Decreto 243 de 1951. - No siempre que el fallador deja de apreciar pruebas incurre en error de hecho.

1.—Entre las causales que sirven de fundamento a una declaración de paternidad natural, está la del numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, referente a la hipótesis de relaciones sexuales estables, que hayan existido de manera notoria entre el presunto padre y la madre, en la época en que, de conformidad con el artículo 92 del Código Civil, se presume la concepción.

La estabilidad está caracterizada por la frecuencia y regularidad en el trato, y puede resultar, como lo ha dicho la Corte, "de circunstancias diversas, según sean las ocurrencias de la vida: convivencia del varón y la mujer bajo un mismo techo, a la manera matrimonial; o relaciones entre ellos, sin comunidad de habitación, pero inequívocamente indicativas de un frecuente y organizado comercio de los sexos, no interferido del lado de la mujer por la incidencia de relaciones carnales con otro hombre en la época en que pudo ocurrir la concepción, extremo este excepcional cuya prueba incumbe hacer al demandado". (T. CVII, pág. 184 de la Gaceta Judicial).

La notoriedad de las relaciones consiste en que sean ostensibles, porque lo notorio es lo opuesto a lo secreto u oculto. Así como la ley no contempla las uniones eventuales o transitorias como base de la presunción de paternidad, por razón de los abusos a que ello podría dar lugar, tampoco contempla las ocultas, por estables que sean.

Como lo advierte la Corte, "la notoriedad admite temperamentos, según sea la posibilidad de sus formas; en unos casos se tratará de uniones permanentes de evidencia general, como en el concubinato público; en otros, de relaciones discretamente mantenidas cuyo conocimiento no va más allá del círculo de parientes y amigos; y en otros, ese conocimiento estará reducido al ámbito de los vecinos del lugar en que las relaciones se desenvolvieron" (la misma cita anterior).

Pero no bastan, según la ley, las relaciones sexuales, estables y notorias, para que pueda hacerse la declaración de paternidad natural; es requisito indispensable, además, que el nacimiento del hijo se haya verificado después de 180 días contados desde cuando empezaron tales relaciones, o dentro de los 300 días siguientes a aquel en que cesaron. Es decir, las relaciones sexuales, estables y notorias, han de coincidir, en parte al menos, con el tiempo en que, de conformidad con el artículo 92 del Código Civil, se presume de derecho la concepción.

Por consiguiente, quien pretenda la declaración de su filiación natural con base en la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, debe demostrar plenamente la existencia entre el presunto padre y la madre, de las relaciones sexuales, estables y notorias, habidas entre ellos, con el requisito de la temporalidad que exige la ley.

Tales relaciones no son susceptibles, por regla general, de prueba directa, salvo que se hubiere sorprendido a los amantes en el momento mismo de la cohabitación, lo cual constituye una ocurrencia excepcional. Por eso la ley parte de la base de ciertos hechos y circunstancias que, establecidos plenamente, dan base para que el juzgador, mediante una inferencia lógica, deduzca la existencia de aquellas relaciones.

2.—Es sabido que los Tribunales gozan de autonomía en el enjuiciamiento de los hechos y, por ende, en la apreciación de las pruebas, y la Corte, con ocasión del recurso extraordinario de casación, no puede variar esa apreciación sino en la hipótesis de que, con ella, el fallador de segundo grado haya violado la ley, siendo necesario que el recurrente demuestre haberse incurrido por el sentenciador en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. La Corte no puede revisar el pleito en su

integridad, porque el recurso de casación no es una tercera instancia.

3.—Cuando de error de derecho se trata, la técnica del recurso exige que el recurrente cite las normas de valoración probatoria que estima infringidas, para llegar por ese medio, vale decir, por vía indirecta, al quebranto de la ley sustancial que se considera violada por el sentenciador, cuyos textos también deben citarse.

4.—El Decreto 243 de 1951, por el cual se dictan normas encaminadas a hacer más rápida y eficaz la administración de justicia en lo civil, es de naturaleza procedimental.

5.—No siempre que el sentenciador deja de apreciar pruebas incurre en error de hecho, pues es indispensable que por su falta de apreciación, llegue en el fallo a conclusiones contrarias a la legal.

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

(Magistrado ponente: doctor Flavio Cabrera Dussán).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por ambas partes en este juicio, en relación con la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 17 de febrero de 1964.

— I —

EL LITIGIO

Luz Estela Poveda de Flórez, Lucía Poveda y Rosalba Poveda, mayores las dos primeras, menor la última y como tal representada por su madre natural Carmen Poveda, demandaron a la sucesión intestada de Luis Jorge Fajardo, representada por Obdulia Fajardo García en su condición de heredera como hija natural del causante, y por Julio Simón García en su carácter de cesionario de parte de los derechos hereditarios de Obdulia, para que mediante los trámites de un juicio ordinario se resuelva:

1º—Declarar que Luz Estela Poveda de Flórez, Lucía y Rosalba Poveda, hijas naturales de Carmen Poveda, lo son también de Luis Jorge Fajardo;

2º—Declarar que las nombradas Luz Estela Poveda de Flórez, Lucía y Rosalba Poveda, son herederas universales y legitimarias forzosas de Luis Jorge Fajardo, y, por ende, tienen derecho a sucederle en concurrencia con su hija natural Obdulia Fajardo García;

3º—Declarar que en el juicio de sucesión intestada de Luis Jorge Fajardo, las demandantes deben ser reconocidas como legitimarias, para que en la partición de los bienes se les adjudiquen los que les correspondan en razón de sus legítimas;

4º—Declarar nula y sin ningún efecto, en cuanto desconoce las legítimas de Luz Estela Poveda de Flórez, Lucía Poveda y Rosalba Poveda, la partición que se hubiere podido verificar de los bienes de la sucesión del causante;

5º—Decretar, en consecuencia, la cancelación de las inscripciones de las hijuelas en las oficinas de registro correspondientes, lo mismo que de la partición y su sentencia aprobatoria, en su caso;

6º—Decretar en favor de las demandantes, la restitución de los bienes que se les adjudiquen en pago de sus legítimas, con sus frutos naturales y civiles;

7º—Ordenar que para proceder a la nueva partición de bienes, éstos deben computarse por el valor comercial que tengan en el momento de adjudicarse; y

8º—Condenar en costas a la parte demandada.

La causa petendi está contenida en la relación de los hechos de la demanda, los cuales pueden sintetizarse así, en lo fundamental:

Carmen Poveda, madre natural de las demandantes, trabajó en casa de Obdulia Fajardo, madre de Luis Jorge Fajardo, en la población de Pacho, desde muy joven, hasta fines del año de 1931; desde entonces tuvo relaciones sexuales estables, de manera notoria, con Luis Jorge Fajardo, hasta el año de 1947; de tales relaciones hubo siete hijos, entre los cuales se cuentan: Lucía, nacida el 6 de abril de 1933; Luz Estela, el 25 de abril de 1940, y Rosalba el 12 de septiembre de 1945. Los demás hijos de Luis Jorge y Carmen murieron; Lucía Poveda, la mayor de las demandantes, nació después de 180 días de iniciadas aquellas relaciones y Rosalba, quien es la menor de las hijas, nació mucho antes de los 300 días en que terminaron; Carmen Poveda jamás tuvo relaciones sexuales con hombre distinto de Luis Jorge Fajardo; éste trató a Lucía, Luz Estela y Rosalba Poveda como a sus hijas naturales, desde cuando nacieron y durante mu-

cho más de diez años continuos, proveyendo a su subsistencia y establecimiento, pues a Carmen Poveda le pasaba dinero para la alimentación y demás gastos de las demandantes; Joselín Fajardo, hermano de Luis Jorge, los amigos de éste y el vecindario de Pacho en general, han reputado a Lucía, Luz Estela y Rosalba Poveda como hijas del nombrado Luis Jorge Fajardo, en virtud del tratamiento que les dió; Luis Jorge Fajardo manifestó a sus amigos, en distintas ocasiones, que las demandantes eran sus hijas naturales; una vez muerto Luis Jorge, Obdulia Fajardo García, su hermano Julio Simón García y Joselín Fajardo, se pusieron en contacto personal con Lucía, Luz Estela y Rosalba Poveda y con la madre de éstas, lo mismo que con el esposo de Luz Estela, para manifestarles que no fueran a iniciar pleito contra la sucesión, que ellos sabían que las nombradas Lucía, Luz Estela y Rosalba eran hijas del causante Fajardo y que amigablemente arreglarían "lo de la herencia".

Como causales para obtener la declaración de filiación natural, se invocaron las contempladas en los ordinales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

La parte demandada se opuso a que se hicieran las declaraciones y condenas solicitadas, manifestando que no le constaban los hechos en que se apoyan, con excepción de los tres primeros de la demanda los cuales aceptó, referentes a que Luis Jorge Fajardo murió célibe sin haber otorgado testamento, a que su juicio de sucesión fue abierto y radicado en el Juzgado Civil del Circuito de Pacho, y a que su sucesión está representada por Obdulia Fajardo García, en su calidad de hija natural del causante, y por el cesionario de ésta, Julio Simón García, en la mitad de los derechos que a ella puedan corresponderle.

La sentencia de primer grado, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Pacho, fue favorable a las pretensiones de la demanda. En efecto, el juez resolvió:

"Primero.—Declárase que Lucía Poveda, Luz Estela Poveda de Flórez y Rosalba Poveda, hijas naturales de Carmen Poveda, nacidas el 6 de abril de 1933, el 25 de abril de 1940 y el 12 de septiembre de 1945, respectivamente, son hijas naturales de Luis Jorge Fajardo, fallecido el 26 de marzo de 1962.

"Segundo.—Declárase, en consecuencia, que Lucía, Luz Estela y Rosalba Poveda son herederas ab-intestato de la sucesión de Luis Jorge Fajardo y como tales tienen derecho a intervenir en el juicio de sucesión de su padre natural, a fin de que se les reconozca su cuota hereditaria en la proporción legal.

"Tercero.—Declárase, en consecuencia, que no produce ningún efecto la partición que se hiciere o se pudiere haber realizado con el desconocimiento de los derechos hereditarios de las anteriores hijas naturales, quedando, por consiguiente, sin ningún efecto las inscripciones que se realizaron en estas condiciones.

"Cuarto.—No se hacen las declaraciones sexta y séptima por no ser procedentes.

"Quinto.—Costas a cargo de la parte demandada".

Del segundo grado del juicio, abierto por apelación de la parte vencida, conoció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien profirió su fallo de 17 de febrero de 1964, mediante el cual reformó la sentencia del Juzgado 'en el sentido de negar, como lo hace, las declaraciones solicitadas por la demandante Lucía Poveda, por cuyos cargos se absuelve a los demandados; y se confirma en lo demás". No se hizo condenación en costas respecto de las causadas en el segundo grado del juicio.

— II —

LA SENTENCIA ACUSADA

Sobre la base de que la acción intentada se funda en las causales cuarta y quinta del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, analiza el Tribunal cada una de tales causales e indaga si se encuentran, sí o nó, acreditadas en el juicio.

Respecto de la causal cuarta citada, el juzgador hace el siguiente análisis:

"De acuerdo con las partidas de bautizo que obran en los autos, Lucía nació el 6 de abril de 1933; su concepción debió entonces verificarse entre el 10 de junio y el 8 de octubre de 1932; Luz Estela, nació el 25 de abril de 1940; debió ser concebida entre el 19 de junio y el 27 de octubre de 1939; y Rosalba, nacida el 12 de septiembre de 1945, debió ser concebida entre el 16 de noviembre de 1944 y el 10 de marzo de 1945. De consiguiente es a estos períodos de la concepción, que debe referirse la prueba de las relaciones sexuales, habidas entre Fajardo y la Poveda.

"Entre los testimonios que se han aducido al juicio con el fin de acreditar las relaciones sexuales estables y notorias habidas entre Luis Jorge Fajardo y Carmen Poveda, se llega al conocimiento de las distintas etapas de la vida de esta última en el tiempo en que procreó a sus hijos, cuyo número fue de diez; 'los dos primeros de Heraclio Ballesteros, y los otros restantes de Luis Fajardo', según lo declara ella misma en posiciones (fl. 17 v. c. Nº 5). Sólo que interrogada antes por el tiempo del nacimiento de los hijos de Ballesteros, había dicho: 'Es cierto aunque no me acuerdo de las fechas en que nacieron, el primero fue en 1929 y del segundo quedé enferma cuando lo llevaron al servicio militar en el tiempo de la batalla con el Perú'. Pero como la llamada guerra con el Perú comenzó con la invasión del 1º de septiembre de 1932, resulta entonces que al haber estado ella enferma para dicha época, debía serlo para el advenimiento de Lucía, que precisamente nació el 6 de abril de 1933, no para el de Roberto que, como luego se verá, nació en abril de 1931, por lo cual no serían ya dos sino tres los hijos de Ballesteros, y siete los de Fajardo.

"a) De 1925 a 1927, estuvo Carmen como sirvienta de Obdulia Fajardo, madre de Luis Jorge, en la casa de la Crinolina que aquélla tenía en el 'Retiro'. No hay dato alguno que permita conocer la vida sexual de la Poveda durante este tiempo;

"b) De 1927 a 1932, Carmen estuvo viviendo maritalmente con Heraclio Ballesteros, en el sitio de la 'Ferrería', en casa de Belarmina Díaz: 'Es cierto, dice Ballesteros, que yo hice vida marital con María del Carmen Poveda en Pacho, más o menos desde el año de 1927 hasta poco después del año de 1932. María del Carmen Poveda cuando se fue a vivir conmigo vivía en la 'Ferrería', ... en casa de Belarmina Díaz donde funcionaba una chichería. Yo terminé mis relaciones con María del Carmen Poveda porque la sorprendí con otro hombre de nombre Marcos y cuyo apellido no recuerdo... 'Es cierto que durante el tiempo que mantuve relaciones con María del Carmen Poveda, nacieron de ella dos muchachos llamados Jorge y Roberto' (f. 9 cd. Nº 5). Las partidas de origen eclesiástico que obran a folios 37 y 38 del c. Nº 4, establecen que éstos nacieron el 24 de agosto de 1929 y el 26 de abril de 1931. Ballesteros ignoraba pues que al dejar a Carmen, ella se encontraba embarazada por tercera vez.

"c) De 1933 a 1948 en que vivió, primero, en casa de Posidio Acuña, en el mismo sitio de la 'Ferrería', y luégo en el de 'La Vèguita', en la casa de inquilinato que tenía allí Uldarico Rojas. Es en esta última etapa que se sostiene concebidas y nacidas las demandantes.

"Véase pues lo que al respecto dicen los testigos, que podríamos llamar de cargo, o sean, Justo Ortiz Rodríguez, Rosa María Rubiano, José López Morales, Luis Jorge Díaz y Elvira León".

El Tribunal analiza luego cada una de estas declaraciones: desecha las dos primeras porque en su opinión no pueden aceptarse como prueba de las relaciones sexuales para el tiempo en que debió efectuarse la concepción de las demandantes, a causa de contradicciones y deficiencias legales que las inhabilitan como testimonios; y acoge las tres últimas como fundamento de la declaración de paternidad, diciendo en síntesis:

"Con los testimonios de Luis Jorge Díaz y de Elvira León, corroborados en lo fundamental con lo declarado por José López Morales, se llega al conocimiento cierto, de que en el lapso comprendido entre los años de 1934 a 1947, dentro del cual nacieron Luz Estela y Rosalba, Luis Jorge Fajardo tuvo relaciones sexuales estables y notorias con Carmen Poveda, por lo cual debe ser declarada la correspondiente paternidad natural".

Con relación a la causal quinta del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, expresa el fallador que aun cuando el estudio de ella carece de objeto en relación con las demandantes Luz Estela y Rosalba (cuya filiación declaró con base en la causal cuarta del mismo artículo), debía hacerse, sin embargo, a efecto de establecer si respecto de Lucía era posible el reconocimiento de su filiación, mediante dicha causal.

En este orden de ideas relaciona los elementos de juicio que obran en el proceso y concluye expresando: que el único trato de hijas que resulta dándoles Fajardo a las actoras, se relaciona con la expresión de "mijas" con que las llamaba, y los pequeños suministros que les hacía para sus dulces; y que a ninguno de los declarantes les consta que ese trato se hubiera revelado mediante provisiones para la educación y el sostenimiento, ni tampoco que se hubiera prolongado a través de diez años continuos por lo menos.

Del análisis probatorio realizado, concluye el Tribunal que no está probada la posesión notoria de estado de hijas naturales de las demandantes, "y más concretamente, de Lucía Poveda, en relación con el señor Luis Jorge Fajardo, por lo cual no procede la declaración de paternidad, con fundamento en dicha causal".

En razón de estas consideraciones el Tribunal reformó el fallo del juzgado a quo, en la forma expresada anteriormente.

— III —

LA IMPUGNACION DEL FALLO DEL TRIBUNAL

Recurrieron en casación contra la sentencia del Tribunal: la parte demandada en cuanto se hizo el reconocimiento de Luz Estela y Rosalba Poveda, como hijas naturales de Luis Jorge Fajardo; y la demandante Lucía Poveda por cuanto se denegó su reconocimiento como hija natural del mismo.

Separadamente se estudiarán los recursos propuestos.

Recurso de la Parte Demandada

Se acusa la sentencia recurrida por violación indirecta del artículo 4º, numeral 4º de la Ley 45 de 1936, a causa del error de derecho en que, según el impugnante, incurrió el Tribunal en la estimación del mérito probatorio de los testimonios rendidos por Luis Jorge Díaz, Elvira León y José López Morales, por haberles atribuído un valor demostrativo de plena prueba, que legalmente no les corresponde, conforme al artículo 697 del Código Judicial.

El recurrente expresa que las relaciones sexuales a que se refiere el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 citada, tienen que haber sido notorias, estables y exclusivas, para que puedan servir como base de la presunción de paternidad natural; y que "su demostración en juicio debe ser de tal manera completa y minuciosa que excluya toda duda", por lo cual el criterio que ha de imperar en las acciones de declaración judicial de la paternidad natural, debe ser severo y restricto.

Agrega la censura que tratándose de la demostración de las relaciones sexuales que sirven de fundamento a la hipótesis del numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, es indispensable que cada uno de los testigos se refiera no solamente al modo de adquisición del conocimiento, sino particularmente a hechos precisos y concretos de los cuales puedan deducirse las relaciones sexuales habidas entre el presunto padre y la madre, con sus características de notoriedad y permanencia, y dentro del lapso en que se presume la concepción. "Es esencial condición, continúa la censura, que cada testimonio ofrezca en sí, a base de enunciación de hechos y circunstancias concretas, la totalidad de las condiciones legales requeridas como base de la presunción de paternidad en el caso de que aquí se trata. Resulta absurdo y contrario a nociones triviales de derecho probatorio, a la lógica de las pruebas y a la regla legal, la posibilidad de integrar con tres declaraciones visiblemente incompletas e incongruentes una prueba testimonial".

Transcribe luego el recurrente el análisis que hizo el Tribunal de los testimonios de Luis Jorge Díaz, Elvira León y José López Morales, para expresar que el fallo "pone a la vista incuestionablemente un caso de evidente valoración hiperbólica e injustificable de prueba testimonial, integrada por tres declaraciones disímiles e incongruentes respecto de los puntos fundamentales que era preciso establecer inequívocamente, según la causal alegada como base para la declaración de paternidad natural invocada".

Concluye que es fundado el cargo de violación de la ley sustantiva (artículo 4º, numeral 4º de la Ley 45 citada), como consecuencia del error de derecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de los testimonios a que se refiere la acusación, y pide a la Corte que case la sentencia en la parte acusada y en su lugar exprese que no es el caso de declarar la paternidad natural de Luis Jorge Fajardo, respecto de las demandantes Luz Estela y Rosalba Poveda.

La Corte Considera:

Entre las causales que sirven de fundamento a una declaración de paternidad natural, está la del numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, referente a la hipótesis de relaciones sexuales estables, que haya existido de manera notoria entre el presunto padre y la madre, en la época en que, de conformidad con el artículo 92 del Código Civil, se presume la concepción.

La estabilidad está carecterizada por la frecuencia y regularidad en el trato, y puede resultar, como lo ha dicho la Corte, "de circuns-

tancias diversas, según sean las ocurrencias de la vida: convivencia del varón y la mujer bajo un mismo techo, a la manera matrimonial; o relaciones entre ellos, sin comunidad de habitación, pero inequívocamente indicativas de un frecuente y organizado comercio de los sexos, no interferido del lado de la mujer por la incidencia de relaciones carnales con otro hombre en la época en que pudo ocurrir la concepción, extremo este excepcional cuya prueba incumbe hacer al demandado" (T. CVII, pg. 184).

La notoriedad de las relaciones consiste en que sean ostensibles, porque lo notorio es lo opuesto a lo secreto u oculto. Así como la ley no contempla las uniones eventuales o transitorias como base de la presunción de paternidad, por razón de los abusos a que ello podría dar lugar, tampoco contempla las ocultas, por estables que sean.

Como lo advierte la Corte, "la notoriedad admite temperamentos, según sea la posibilidad de sus formas; en unos casos se tratará de uniones permanentes de evidencia general, como en el concubinato público; en otros, de relaciones discretamente mantenidas cuyo conocimiento no va más allá del círculo de parientes y amigos; y en otros, ese conocimiento estará reducido al ámbito de los vecinos del lugar en que las relaciones se desenvolvieron". (La misma cita anterior).

Pero no bastan, según la ley, las relaciones sexuales, estables y notorias, para que pueda hacerse la declaración de paternidad natural; es requisito indispensable, además, que el nacimiento del hijo se haya verificado después de 180 días contados desde cuando empezaron tales relaciones, o dentro de los 300 días siguientes a aquel en que cesaron. Es decir, las relaciones sexuales, estables y notorias, han de coincidir, en parte al menos, con el tiempo en que, de conformidad con el artículo 92 del Código Civil, se presume de derecho la concepción.

Por consiguiente, quien pretenda la declaración de su filiación natural con base en la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, debe demostrar plenamente la existencia entre el presunto padre y la madre, de las relaciones sexuales, estables y notorias, habidas entre ellos, con el requisito de la temporalidad que exige la ley.

Tales relaciones no son susceptibles, por regla general, de prueba directa, salvo que se hubiese sorprendido a los amantes en el momento mismo de la cohabitación, lo cual constituye una ocurrencia excepcional. Por eso la ley parte de la base de ciertos hechos y circunstancias que, establecidos plenamente, dan base para que el juzgador, mediante una inferencia lógica, deduzca la existencia de aquellas relaciones.

En el sub-lite el Tribunal analizó detenidamente el acervo probatorio aportado al juicio, y dedujo la existencia de las relaciones sexuales, con las características de estabilidad, notoriedad y temporalidad requeridas por la ley, de los testimonios de José López Morales, Luis Jorge Díaz y Elvira León, cuyas declaraciones transcribe, haciendo la correspondiente calificación de su mérito. Conviene reproducir aquí los apartes respectivos del fallo del Tribunal, para un mejor entendimiento del problema planteado. Expresa el sentenciador:

"**José López Morales** (fl. 12 y ss.ibid): '...me consta que Luis tuvo viviendo en la casa de Posidio Acuña en la 'Ferrería' a Carmen Poveda, yo sabía que tenía la patoja esa y la llenó de hijos, hasta se le murieron unos ...me consta que de la 'Ferrería' donde vivía anteriormente se pasó a vivir a la 'Veguita' a una pieza que le arrendó Uldarico Rojas, allí vivió por varios años, pero no recuerdo hasta qué año ...me consta que ellos tenían sus amores, dicho por él mismo, y Luis Jorge Fajardo le daba plata a Uldarico Rojas para que sostuviera todos esos chinos... cuando en la 'Ferrería' vivieron, allí tuvo dos hijas y en la 'Veguita' hubo el resto, ellos vivían descaradamente, hasta nosotros los estorbábamos porque era una infeliz patoja, él vivía allá con ella, allá dormía... me consta porque él me llevó y yo me quedaba hasta por la noche, por ahí hasta las seis o siete y él se quedaba ahí... no me consta haberlo visto salir por la mañana, pero sé como todos los vecinos de la 'Veguita' sabían y saben que él vivía con Carmen Poveda, allá se la pasaba... él entraba públicamente, nosotros nos consta, porque nos obligaban a vender carne en la 'Veguita' y lo veíamos pasar y entraba a la casa de Uldarico Rojas... no me consta qué tiempo duraron viviendo ni supe cuándo se separaron o no'.

"A través de esta declaración se establece que durante los años en que Carmen Poveda vivió en la 'Ferrería' y la 'Veguita', mantuvo relaciones sexuales públicas y notorias, con Luis Jorge Fajardo, y que de tales relaciones nacieron dos hijas en la 'Ferrería' y otros varios en la 'Veguita'. Pero no determina los años en

que el testigo conoció a los dos amantes habitando los parajes indicados, ni que la concepción de las demandantes se hubiera producido en tales lugares y en el tiempo de las expresadas relaciones.

"Luis Jorge Díaz dice: 'A Carmen Poveda la conocí de sirvienta en la casa del difunto Luis Jorge en la 'Crinolina', por ahí del año de 1932 en adelante... yo no recuerdo hasta qué año haya trabajado allá... después de 1936 me consta que Carmen Poveda vivió en la 'Veguita' en casa del difunto Uldarico Rojas... ella duró viviendo ahí harto tiempo, por lo menos diez años... cuando nosotros íbamos a la madrugada del día viernes o sábado a la casa donde vivía Carmen Poveda a sacar la carne, Luis Jorge Fajardo salía del dormitorio de donde ella y le pedía para el diario, debieron existir relaciones sexuales porque los chiquitos le decían papá, no sé desde que tiempo hayan principiado sus relaciones, esto lo ví fue cuando Carmen Poveda vivía en la 'Veguita' que fue donde se criaron... desde que se levantaba era porque debía haber llegado a quedarse, todos los inquilinos se daban cuenta, entre ellos Manuel Quiroga, que era un fiel testigo, lo mismo que Uldarico Rojas el dueño de la casa y un señor llamado Justo, que no recuerdo el apellido y en general todo el vecindario se daba cuenta que Luis Jorge Fajardo tenía relaciones con Carmen Poveda' (fls. 14 y v.ibid).

"Según este declarante, a Carmen Poveda la conoció viviendo en la 'Veguita', 'después de 1936', y por 'harto tiempo, por lo menos diez años'; y allí, en la madrugada de los viernes y sábados cuando iba a sacar la carne que le dejaban a guardar, veía salir del dormitorio a Luis Jorge, y 'todo el vecindario se daba cuenta que Luis Jorge Fajardo tenía relaciones con Carmen Poveda'. Luego nacidas las demandantes Luz Estela y Rosalba dentro del período a que el declarante refiere la existencia de tales relaciones, públicas y estables, entre la Poveda y el pretenso padre, debe aceptarse este testimonio como primer elemento de prueba de la causal que se considera.

"Elvira León, dice haber conocido a Carmen Poveda como desde 1929 en que la llamó para que le asistiera un parto; y a sus hijas Lucía, Luz Estela y Rosalba Poveda, desde sus respectivos nacimientos 'pues a todas yo las recibí e inclusive las mandé bautizar... Me consta directa y personalmente por las razones expuestas anteriormente, es decir que por mi profesión de enfermera tuve trato frecuente con Carmen Poveda, que ésta desde el año de 1931 hasta el de 1947 tuvo relaciones sexuales públicas y notorias, frecuentes y regulares con Luis Jorge Fajardo... por vivir yo en la del señor Primo Cárdenas situada en la calle de la 'Veguita' en Pacho, o sea, vecina de la casa de Uldarico Rojas, me consta directa y personalmente que cuando Carmen Poveda vivía en una pieza de la casa de inquilinato del citado Rojas en la 'Veguita', en el año de 1934 hasta el de 1947, Luis Jorge Fajardo entraba públicamente por las noches con regularidad y frecuencia a la pieza de habitación ocupada por Carmen Poveda, y se quedaba a dormir allí, saliendo al día siguiente por la mañana y otras veces los veía llegar ambos' (fl. 33v. y 34 ibid).

"Como se vé, esta declarante lleva su conocimiento de las relaciones sexuales públicas y estables de Fajardo con la Poveda, a un lapso mayor del que establece el anterior testimonio, como que lo inicia en el año de 1931, para comprobar así la filiación de Lucía, que, se ha dicho, nació en el año de 1933.

"Sin embargo, no puede aceptársele como prueba respecto de esta filiación, porque resulta ser testimonio único; porque no dá una razón satisfactoria del conocimiento de las relaciones sexuales Fajardo-Poveda en aquel tiempo; y porque según lo declaran Heraclio Ballesteros (fl.9,c. Nº 5), Roberto Rodríguez (fl. 38 ibid) y Luis Alberto Dávila (fl.13v. ibid) en el lapso corrido de 1925 a 1933 la Poveda también tuvo esas mismas relaciones con otros hombres entre quienes se cuentan el propio Ballesteros, Marcos Duque, Parmenio Yepes, Rubén Díaz y Vicente N.".

De aquí dedujo el Tribunal las relaciones sexuales, estables y notorias, habidas entre Luis Jorge Fajardo y Carmen Poveda, por la época en que se presume la concepción de las demandantes Luz Estela y Rosalba, por lo cual concluyó que debía hacerse la correspondiente declaración de paternidad natural.

El fallador analizó los testimonios y los valoró teniendo en cuenta los hechos por ellos relatados y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, deduciendo de allí la plena prueba de las relaciones sexuales, estables y notorias, por la época de la concepción de Luz Estela y Rosalba.

Esta apreciación del Tribunal es respetable para la Corte en casación, porque no aparece demostrado el error de derecho que el recurren-

te le imputa al sentenciador, en el análisis de los testimonios que ataca. Es sabido que los Tribunales gozan de autonomía en el enjuiciamiento de los hechos y, por ende, en la apreciación de las pruebas, y la Corte, con ocasión del recurso extraordinario de casación, no puede variar esa apreciación sino en la hipótesis de que, con ella, el fallador de segundo grado haya violado la ley, siendo necesario que el recurrente demuestre haberse incurrido por el sentenciador en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. La Corte no puede revisar el pleito en su integridad, porque el recurso de casación no es una tercera instancia, y en el caso presente cabe respetar la estimación que hizo el Tribunal en la valoración de los elementos de juicio a que se refiere la censura, comprendidos dentro del régimen de la prueba por presunciones.

En fallo de 18 de mayo de 1964, publicado en la Gaceta Judicial, Tomo CVII, Nº 2272, página 185, dijo la Corte:

"Cuando de los hechos afirmados por los testigos se quiere deducir, por la vía del razonamiento, otro hecho, que es el que en definitiva debe ser probado como causal del derecho cuyo reconocimiento se persigue, cual sucede en tratándose de acreditar las relaciones sexuales estables y notorias en orden al establecimiento de la filiación natural, es evidente que el proceso demostrativo deriva al campo de la prueba indiciaria. Entonces, los hechos sobre que los testigos declaran y que han sido objeto de sus directas percepciones, podrán venir a constituír los antecedentes o índices de la presunción a que se llegue, siendo el juzgador a quien compete sacar de esos hechos índices la conclusión del caso. De donde resulta que, si las declaraciones de los testigos sobre los hechos mismos por ellos directamente percibidos se sitúan dentro del sistema de valoración dispuesto por la ley para la prueba testimonial, en lo tocante con las deducciones que de esos hechos por tal medio establecidos haga el juzgador, la operación cae dentro del régimen de la prueba por presunción, campo en el cual señorea la autonomía del sentenciador, a cuya discreción o prudente arbitrio ha dejado la ley el poder de apreciar los hechos constitutivos de los indicios, la pluralidad de éstos, su gravedad, precisión y conexidad y en suma la procedencia de las conclusiones respectivas, sin otro límite que el de que éstas no obedezcan a contraevidencia o arbitrariedad manifiesta".

De lo expuesto se deduce que el cargo es improcedente.

Recurso de la Parte Demandante.

En un solo capítulo acusa el recurrente la sentencia del Tribunal por "errores de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas, de los cuales se siguió el quebrantamiento indirecto, defecto de aplicación de los artículos 1º, 4º, 8º, 20 de la Ley 45 de 1936 y 1321 y 1322 (961 y s. s.) del C. C.".

1.—La censura alega error de derecho respecto de las declaraciones de Heraclio Ballesteros, Roberto Rodríguez y Luis Alberto Dávila, y de la confesión de Carmen Poveda, practicadas en la segunda instancia del juicio, a solicitud de la parte demandada.

Expresa el recurrente que la asunción de estas pruebas fue rregular, contrariando lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nº 243 de 1951, porque se adujeron con el pretexto de acreditar hechos nuevos, y no se trataba de demostrar hecho nuevo alguno, ocurrido con posterioridad al término probatorio de la primera instancia.

Agrega el autor del recurso que la parte demandada obtuvo el decreto de esas pruebas "con razón reñida con la verdad y con la lealtad procesal"; y que el sentenciador asentó su raciocinio y sus conclusiones "en datos que no tienen carácter de pruebas, pues fueron irregular, fraudulentamente traídas al juicio". Considera, además, que aun cuando el Tribunal las decretó, "este antecedente no atribuye fuerza a lo que de suyo está viciado, toda vez que la procedencia y legitimidad de la prueba no es determinable sino dentro de la sentencia, que forzosamente ha de fundarse con exclusividad en los medios idóneos utilizados conforme al rito legal y sin desmedro de los principios tutelares del proceso".

Con relación a la confesión de Carmen Poveda el impugnante dice, además, que el Tribunal no ha debido tenerla en cuenta porque no es una verdadera confesión, toda vez que la nombrada Carmen no es parte en este juicio. "Las demantantes son Lucía, Luz Estela y Rosalba Poveda, y no la madre de ellas. Carmen Poveda aparece tan solo como representante legal de su hija natural menor Rosalba".

Concluye que erró de derecho el Tribunal "en cuanto que se atendió a pruebas ilegalmente aportadas y además, en cuanto a las posiciones

se refiere, porque se habilitó de confesión lo que no es ni puede ser jamás tal".

2.—El error de hecho invocado por el recurrente se relaciona con los testimonios de Justo Ortiz Rodríguez, José López Morales, Luis Jorge Díaz y Elvira León, testimonios con los cuales, según la censura, se acredita, tomándolos en conjunto, conforme a un adecuado criterio para la apreciación de la prueba en estas materias, que desde el año de 1931 Luis Jorge Fajardo y Carmen Poveda tuvieron relaciones sexuales, estables y notorias, de las cuales resultó engendrada la demandante Lucía Poveda; no obstante lo cual su filiación fue denegada por el Tribunal, contra la evidencia de lo que tales declaraciones expresan.

Observa también que el sentenciador no tuvo en cuenta las declaraciones de Ortiz y la León, rendidas dentro de la diligencia de inspección ocular practicada en la segunda instancia; que las ignoró por completo, no obstante su relevancia y precisión.

Concluye el autor del recurso diciendo que el Tribunal estuvo influído por apreciaciones y conjeturas derivadas de pruebas que él decretó "con desmedro de la parte actora" y que atendió "sin base alguna y contrariando las reglas que fijan la manera como se han de aportar las pruebas y el valor que así adquieren".

Se observa:

1.—Con relación a las pruebas que la censura estima irregularmente aportadas al juicio, el expediente da fé de que los apoderados de ambas partes pidieron la apertura a prueba en la segunda instancia, con fundamento en el Decreto Nº 243 de 1951. El Tribunal, en vista de la solicitud unánime de los interesados, abrió el negocio a prueba por auto de 13 de mayo de 1963, visible al folio 44 del cuaderno Nº 4. Posteriormente decretó las pedidas por los litigantes, según autos de 20 de junio del mismo año, visibles a los folios 3 y 2 de los cuadernos números 5 y 6 del expediente. El apoderado de la parte actora reclamó acerca del decreto de pruebas del demandado y el Tribunal, al decidir el recurso, mantuvo esa ordenación.

De toda la actuación relacionada con la producción de las pruebas en el segundo grado, se concluye que ninguna irregularidad se cometió en el trámite de aducción de las pruebas, y, por tanto, el sentenciador basó su fallo en elementos de juicio que fueron normalmente producidos en el debate probatorio. Por consiguiente, la sentencia acusada, en la parte en que lo ha sido, está fundada en el mérito de pruebas que se incorporaron regularmente al proceso dentro de los términos señalados al efecto y se practicaron antes de la citación para sentencia, razón por la cual el Tribunal no cometió el error de derecho que la censura le atribuye.

Además, cuando de error de derecho se trata, la técnica del recurso exige que el recurrente cite las normas de valoración probatoria que estima infringidas, para llegar por ese medio, vale decir, por vía indirecta, al quebranto de la ley sustancial que se considera violada por el sentenciador, cuyos textos también deben citarse.

En el caso en estudio el impugnante no cita las disposiciones sobre valoración probatoria que estima quebrantadas por el Tribunal, lo cual es suficiente para desechar el cargo, por este concepto. Hace referencia, solamente, al Decreto Nº 243 de 1951, por el cual se dictan normas encaminadas a hacer más rápida y eficaz la administración de justicia en lo civil, que es de naturaleza procedimental, sin indicar concretamente la disposición que se considera infringida.

2.—El Tribunal analizó los testimonios de Justo Ortiz Rodríguez, José López Morales, Luis Jorge Díaz y Elvira León, y si descartó el reconocimiento de la filiación natural de Lucía Poveda, fue porque encontró otros elementos de juicio referentes a que en el lapso corrido de 1925 a 1933, Carmen Poveda tuvo también relaciones sexuales con otros hombres, distintos de Luis Jorge Fajardo. Tales elementos de juicio no fueron materia de ataque y dan pie para mantener el fallo acusado.

Con relación a las declaraciones de Ortiz y la León, dice el recurrente que el Tribunal ignoró por completo lo que estos declarantes dijeron en la diligencia de inspección ocular practicada en el segundo grado del juicio.

Es evidente que en dicha diligencia se les recibió de nuevo testimonio, y expresaron entonces: Ortiz, que conoció a Carmen Poveda viviendo en una pieza de la casa de Posidio Acuña desde 1931 hasta 1947 aproximadamente, y que la única persona que vió entrar y salir fue a Luis Jorge Fajardo; y la León, que la nombrada Carmen vivió allí desde el año de 1930 hasta 1933

más o menos, lapso durante el cual entraba y salía el nombrado Luis Jorge.

En la sentencia acusada no se hace referencia a los testimonios rendidos por estos declarantes en la segunda instancia, pues sólo se analizan los que se recibieron en el primer grado del juicio, en donde los mismos testigos ya habían depuesto a solicitud de parte.

Esto no obstante, esa falta de estimación no incide en lo resolutivo del fallo, porque para no hacer la declaración de filiación natural respecto de Lucía Poveda, el Tribunal tuvo en cuenta otras pruebas que no han sido atacadas y que le dieron base para descartar la presunción de paternidad que se atribuye a Luis Jorge Fajardo.

No siempre que el sentenciador deja de apreciar pruebas incurre en error de hecho, pues es indispensable que por su falta de apreciación, llegue en el fallo a conclusiones contrarias a la legal.

Por este otro aspecto tampoco prospera el cargo.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha diez y siete de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro, en el juicio ordinario de Luz Estela Poveda de Flórez y otras contra la sucesión de Luis Jorge Fajardo.

Sin costas.

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.

CONTRATOS

Facultades interpretativas del Tribunal.

La interpretación que hace el Tribunal de las estipulaciones de un contrato, en puntos de hecho, compete a su autonomía, y la Corte en casación no puede variar esa interpretación sino en el caso de que el sentenciador incurra en un error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

Cuando el sentenciador al interpretar un contrato le asigna un sentido que no va contra la evidencia de lo que rezan sus mismas cláusulas, no puede decirse que cometa un error de hecho evidente.

Sobre el particular puede verse lo expuesto por la Corte en casación de 21 de abril de 1960, (G.J. T. XCII, página 435).

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

(Magistrado ponente: doctor Flavio Cabrera Dussán).

— I —

ANTECEDENTES

En el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué se declaró abierto y radicado el juicio de sucesión intestada de Roberto Campos Cadena, el 29 de octubre de 1960, quien había fallecido el 6 de los mismos.

Fueron reconocidos como herederos, en su condición de hijos legítimos, Carmelina Campos de Lozano, María o Blanca Nieves Campos de Lozano, Roberto Arturo, José Alejandro y María Dolores Campos, y en representación de su padre legítimo Apolonio Campos, hijo legítimo del causante, Dimas Roberto y Luz Nely Campos Grajales.

El 28 de abril de 1961 se llevó a término la diligencia de inventarios y avalúo de los bienes relictos, la cual fue aprobada por auto de 16 de octubre de 1963.

A solicitud de algunos de los interesados se decretó luego la partición de los bienes en providencia de 8 de noviembre del mismo año; y en vista de que los herederos se abstuvieron de designar el partidor, dentro de la oportunidad legal correspondiente, el juzgado nombró como tal al doctor Manuel A. Coronado quien, posesionado del cargo, presentó su trabajo con fecha 31 de enero de 1964.

La heredera Blanca Nieves o María Nieves Campos de Lozano objetó la partición, formulándole los siguientes reparos:

a)—**Falta de equidad en las adjudicaciones.**—Hace consistir esta objeción en que "no se procuró por el señor partidor al elaborar la adjudicación, que cada uno de los predios rústicos fuera adjudicado, en la debida proporción, a todos los interesados en la causa mortuoria, lo que ha venido a crear un desequilibrio económico en la cuota hereditaria de los sucesores del difunto.

"Es así como la finca 'La Alejandría' que, entre otras cosas, es el inmueble más valioso de la sucesión, por la bondad de sus tierras, por su ubicación, por su topografía y por otros factores que inciden poderosamente en su valorización, se adjudicó, por iguales partes, únicamente a tres herederos, como son las señoras María Dolores, Carmelina y María o Blanca Nieves Campos.

"El predio de 'La Colonia' fue adjudicado únicamente a cuatro herederos, en cuotas de diferentes cuantías, es decir, a Dimas R. y Luz N. Campos (que representan al heredero —sic— Apolonio Campos), Alejandro, María o Blanca Nieves y Roberto Arturo Campos.

"Finalmente la finca llamada 'El Pomarroso', se adjudicó únicamente a tres herederos, o sea,

a Alejandro, María o Blanca Nieves y Roberto Arturo Campos, en cuotas de diferentes cuantías".

La parte objetante considera que el partidor, para dar cumplimiento a las reglas del Título X, Libro 3º del C. Civil, sobre partición de los bienes sucesorales, y en particular al artículo 1394 de dicho código, el cual dispone en su regla séptima que en la partición de una herencia se ha de guardar la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, ha debido adjudicar "partes alícuotas a todos los herederos en la totalidad de los bienes sucesorales", porque, en su opinión, "todos los herederos tienen derecho a adjudicación en todos los bienes", norma que no fué tomada en cuenta por el partidor, por lo cual su trabajo es "inequitativo y violatorio de normas sustantivas de derecho de prevalente aplicación"; y

b)—**Error aritmético.**—El reparo se funda en que la hijuela de deudas quedó reducida a $ 7.175.10, porque la diferencia con el pasivo, el cual ascendió a $ 15.256.65, fue pagada con frutos y bienes de la misma sucesión; y que para cubrirla se destinaron bienes por valor de $ 7.296.665, cometiéndose un error equivalente a la suma de $ 121.555, "error que perjudica a los coasignatarios".

Dentro de este segundo reparo el apoderado de la parte objetante observa también que "de otro lado, a mi representada María o Blanca Nieves Campos de Lozano no se le adjudicó la totalidad de la cuota herencial que le correspondía, tomando en consideración que es titular de dos derechos, el suyo propio y el que adquirió por compra a Roberto Arturo Campos".

El juez del conocimiento, tramitó el incidente de objeciones en legal forma y lo decidió por sentencia de 13 de mayo de 1964, en la cual resolvió:

"1º—Decláranse no probadas las objeciones a la partición de los bienes sucesorales del señor Roberto Campos Cadena, propuestas por el doctor Alfonso Vargas Solórzano, en representación de la señora María Nieves o Blanca Nieves Campos de Lozano;

"2º—Apruébase en todas sus partes el trabajo de partición y adjudicación de los bienes pertenecientes a la herencia del señor Roberto Campos Cadena, trabajo ejecutado por el doctor Manuel A. Coronado;

"3º—Inscríbase dicho trabajo de partición y adjudicación, y esta sentencia que lo aprueba, en los libros respectivos de la oficina de registro de este circuito, lugar de ubicación de los inmuebles adjudicados;

"4º—Protocolícese el expediente en una de las notarías de esta ciudad, de preferencia en la que designen los interesados;

"5º—Antes de pasar al registro, vuelva el juicio al jefe del Grupo de Sucesiones y Donaciones, para los efectos de la revisión de que trata el artículo 56 de la Ley 63 de 1936; y

"6º—Condénase a la señora María Nieves o Blanca Nieves Campos de Lozano, al pago de las costas del incidente de objeciones".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué al decidir la apelación interpuesta por el apoderado de la heredera objetante, en fallo de 17 de septiembre de 1964, confirmó la sentencia del juzgado, aprobatoria de la partición, en todas sus partes.

— II —

LA SENTENCIA ACUSADA

Estudia el Tribunal las objeciones a la partición expresando, en lo esencial, lo que se anota en seguida:

Acerca de la falta de equidad en las adjudicaciones, el fallador recuerda quiénes fueron reconocidos como herederos, cuáles fueron los bienes inventariados y cuáles sus avalúos; recuerda también que por escritura número 2424 de 22 de noviembre de 1962, de la Notaría Segunda de Ibagué, Roberto Arturo Campos vendió a María o Blanca Nieves Campos sus derechos hereditarios vinculados o radicados "única y exclusivamente en la finca denominada 'La Alejandría' "; y advierte que por su cuota hereditaria y por la compra que hizo a Roberto Arturo, a María o Blanca Nieves "se le adjudicaron los siguientes derechos: $ 23.365.55 en la finca 'Alejandría', $ 17.451.67 en la finca 'La Colonia', y $ 2.500.00 en la finca 'El Pomarroso' ".

Agrega la sentencia que no está comprobada la falta de equidad en las adjudicaciones, en primer lugar porque las hijuelas o adjudicaciones de los herederos en particular están ceñidos a los avalúos hechos en el inventario, avalúos sobre los cuales se tiene que basar la partición (artículo 1392 C. C.); en segundo lugar porque el avalúo hecho por los peritos en el incidente

de objeciones no presta mérito alguno, por no haberse corrido traslado de él, y no haber pagado los honorarios de quienes lo llevaron a cabo (artículo 719 inc. 1º C. Judicial y 60 inc. 3º Ley 63/36).

Continúa diciendo el Tribunal que "para probar la falta de equidad en las adjudicaciones debía el objetante hacer avaluar las hijuelas de todos los herederos, para hacer la comparación"; y que "la pretensión del articulante de que se adjudiquen partes alícuotas a todos los herederos en la totalidad de los bienes sucesorales, está contra la regla 3ª del artículo 1394 del C. Civil que dispone que las porciones de uno o más fundos que se adjudiquen a un solo individuo serán, si posible fuere, continuas".

También advierte que a la objetante se le hicieron adjudicaciones en todos los fundos, y una cuota mayor que a los demás herederos en la finca de "Alejandría".

Respecto de la segunda objeción, por error aritmético, dice el sentenciador que hubo, en verdad, un pequeño exceso en la destinación para el pago de las deudas, pero que este error afecta a la objetante en una mínima parte solamente, "que no es tanto como para ordenar se rehaga un trabajo de partición", y agrega: "Además el partidor dispuso que rematados los bienes y pagadas las deudas, el sobrante deberá repartirse entre los seis herederos".

En lo referente al reparo por no habérsele adjudicado a la objetante todos los derechos hereditarios que correspondían a su cedente, dice la sentencia acusada:

"Aunque la objetante compró a Roberto Arturo sus derechos hereditarios vinculados exclusivamente en la finca 'Alejandría', ello sólo la facultaba para gestionar lo conducente a que en la partición se le hiciere la correspondiente adjudicación, lo cual era un suceso contingente.

"No obstante el partidor le reconoció el valor vendido en la finca 'Alejandría', por la suma de $ 20.000.00 que pagó. Y no aparece claro que Roberto Arturo hubiera enajenado sus derechos en los demás bienes, por lo cual el partidor tenía que atenerse al texto de la escritura de compraventa".

— III —

EL RECURSO DE CASACION

Contra la sentencia del Tribunal interpuso casación el apoderado de María o Blanca Nieves Campos de Lozano, el cual es ahora materia de decisión por la Corte.

Con apoyo en la causal primera del artículo 52 del Decreto Nº 528 de 1964, se acusa el fallo "por error de hecho manifiesto en la apreciación de las cláusulas contractuales contenidas en la escritura pública Nº 2424 de 22 de noviembre de 1960, de la Notaría Segunda de Ibagué, lo cual trajo como consecuencia la violación indirecta de los artículos 1967 del C. Civil y artículo 18 de la Ley 45 de 1936".

Sostiene la censura que la interpretación dada por el partidor y prohijada por el Tribunal en su fallo, al contrato de cesión de derechos hereditarios por parte de Roberto Arturo Campos a la recurrente María o Blanca Nieves Campos de Lozano, es "notoria y ostensiblemente errada"; que en la cláusula primera de tal contrato se lee que Roberto Arturo transfiere a título de venta y enajenación perpetua a favor de María o Blanca Nieves Campos de Lozano, todos los derechos reales, acciones personales y obligaciones hereditarias transmisibles, que al exponente le correspondan o puedan corresponder en la sucesión intestada de su difunto padre, lo cual lleva a la conclusión de que el heredero vendedor hizo cesión, a título oneroso, de su derecho real de herencia, "a pesar de que se diga que esos derechos se radicaban en el inmueble 'Alejandría' ".

Continúa diciendo el autor del recurso que si bien es cierto que el partidor adjudicó a la cesionaria parte del derecho cedido, es evidente que interpretó erradamente el contrato pues concluyó, lo mismo que el Tribunal, "que la venta no era la totalidad del derecho sino lo correspondiente a la suma que se pagó por tal venta"; que si el propósito del vendedor hubiese sido el de ceder una cuota del total de su derecho hereditario, así se habría consignado en la escritura correspondiente; pero que nada se dijo sobre el particular y que del contenido de las cláusulas del contrato, se concluye "que el objeto de la venta fue el derecho real de herencia en su totalidad, no en una parte", como quiera que el vendedor dice ceder "la totalidad de sus derechos reales, acciones personales y obligaciones hereditarias transmisibles".

Agrega el recurrente que cuando un asignatario cede su derecho en una sucesión, nada queda correspondiéndole en ella, porque tal derecho pasa al cesionario, el cual queda con el carácter de asignatario, con "derecho a todos los emolumentos que dependen de este carácter y

debe soportar todas las cargas anexas a él"; que el Tribunal al negar las objeciones formuladas a la partición, al impartir su aprobación al trabajo presentado por el partidor y al aceptar, por consiguiente, la distribución que hizo del derecho herencial cedido por Roberto Arturo Campos, incurrió en un grave y notorio error en la interpretación del contrato contenido en la escritura número 2424 de 22 de noviembre de 1962, de la Notaría Segunda de Ibagué, que lo llevó a infringir, de manera indirecta, el artículo 18 citado de la Ley 45 de 1936.

"La violación de esta disposición —concluye el recurrente— consistió, por tanto, en que a la cesionaria María o Blanca Nieves Campos de Lozano no se le adjudicó la totalidad del derecho herencial que correspondía al cedente heredero Roberto Arturo, sino que simplemente se le reconoció una cuota o parte del total de ese derecho".

En consecuencia, solicita que se case la sentencia recurrida y se disponga que el partidor rehaga la partición en los términos que convengan.

La Corte Considera:

Del monto del valor de los bienes inventariados, que constituye el activo bruto de la sucesión, equivalente a la suma de $ 155 160.00 moneda corriente, dedujo el partidor el pasivo sucesoral, que alcanzó a la cantidad de $ 15.256.65, y obtuvo así un activo líquido de $ 139.903.35, que dividió por seis (6), número de hijos legítimos concurrentes (cinco en su propio nombre y uno representado por sus dos hijos legítimos reconocidos en el juicio). Sacó así la suma de $ 23.317.225, que representa el valor de la cuota de cada hijo legítimo en la sucesión del causante.

Sobre estas bases procedió el partidor a la distribución de los bienes inventariados, formándole hijuela a María Nieves o Blanca Nieves Campos de Lozano por la suma de $ 43.317.225, "cantidad a que ascienden su legítima efectiva en la sucesión de Roberto Campos Cadena ($ 23.317.225) y los derechos que como cesionaria de Roberto Arturo Campos, al tenor de la escritura pública 2424 de 22 de noviembre de 1962, corrida en la Notaría Segunda del Circuito de Ibagué, debidamente registrada, le corresponden en la finca 'La Alejandría', los cuales valen veinte mil pesos ($ 20.000.00)".

A Roberto Arturo Campos, cedente de María o Blanca Nieves Campos, el partidor le adjudicó bienes por valor de $ 3.317.22.

El recurrente considera que a la cesionaria ha debido adjudicarle el partidor la totalidad de su cuota más la totalidad de la cuota de su cedente, por razón de la compra del derecho de éste, según la escritura pública número 2424, citada.

Para el autor del recurso, hubo un error de hecho por parte del Tribunal, al acoger la partición tal como fue presentada, sin fijarse en que la cesión del derecho hereditario de Roberto Arturo Campos, según la escritura en que consta el negocio jurídico, se refiere a la totalidad del mismo y no solamente a una parte de él.

En la cláusula primera de la referida escritura, Roberto Arturo Campos manifestó: que transfería a título de venta, a favor de María Nieves o Blanca Nieves Campos de Lozano, "todos los derechos reales, acciones personales y obligaciones hereditarias transmisibles que al exponente le correspondan o puedan corresponder en la sucesión intestada y ya liquidada (sic) de su fallecido padre señor Roberto Campos Cadena, a título de heredero de este causante en su condición de hijo legítimo, hallándose vinculados o radicados los mencionados derechos y acciones única y exclusivamente en la finca denominada 'La Alejandría'...". En la cláusula segunda se advirtió que los derechos hereditarios materia de la venta, estaban vinculados en la mencionada finca; y en la tercera dijo el vendedor que hacía la venta de los derechos hereditarios materia de la negociación "que se vinculan en el demarcado inmueble" por la suma de $ 20.000.00 moneda legal.

El Tribunal al decidir, sobre las objeciones formuladas al trabajo de partición, advirtió que la objetante compró a Roberto Arturo Campos sus derechos "vinculados en la finca de "Alejandría"; y que no aparece claro que el vendedor hubiera enajenado sus derechos en los demás bienes.

Es decir, para el Tribunal la enajenación no fue de la totalidad de los derechos del cedente, sino apenas de aquellos que le correspondieran en el fundo de "La Alejandría".

Esta interpretación no constituye un error de hecho que aparezca de modo manifiesto, porque la escritura de cesión de derechos hereditarios

de que se trata, bien puede entenderse, según sus cláusulas, en la forma en que la entendió el fallador.

La interpretación que hace el Tribunal de las estipulaciones de un contrato, en puntos de hecho, compete a su autonomía, y la Corte en casación no puede variar esa interpretación sino en el caso de que el sentenciador incurra en un error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

No encuentra la Corte que el Tribunal al interpretar el contrato, le haya hecho decir lo que no expresa, o que no haya visto lo que en él se dice, ni tampoco que sea absurda la conclusión a que llegó.

Cuando se trata de que el sentenciador interpreta un contrato en un sentido que él le asigna sin ir contra la evidencia de lo que rezan sus mismas cláusulas, no puede decirse que cometa un error de hecho evidente.

Sobre el particular tiene dicho la doctrina de la Corte que de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, correspondiente hoy al artículo 52 del Decreto Nº 528 de 1964, "la interpretación, en el aspecto fáctico, de un contrato por el Tribunal de instancia, es cuestión confiada a su autonomía de criterio o discrecionalidad, por lo cual esa interpretación prevalece, aunque pudiese haber otras aceptables, salvo que incurra en error evidente de hecho, error éste que sólo cabría, o bien cuando el sentenciador supone estipulaciones que no existen, o niega o ignora las que existen, o sacrifica su sentido con deducciones absurdas por opuestas a la lógica elemental o al sentido común". (T. XCII, pg. 435).

Lo dicho es suficiente para poner de manifiesto que el cargo no prospera.

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 diez y siete de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el juicio de sucesión intestada de Roberto Campos Cadena.

Sin costas porque no se causaron.

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.

CAUSAL 1ª DE CASACION

Requisitos que deben llenarse en la formulación del cargo. - Se reitera la doctrina sentada respecto a la responsabilidad de las entid ades públicas por culpa extra-contractual.

No basta para proponer técnicamente un cargo en casación, con base en la primera de las causales del artículo 520 del C. J., hoy el 52 del Decreto 528 de 1964, expresar que se formula por infracción de numerosas disposiciones legales, si al propio tiempo no se indica concretamente, y no de un modo general, cuál es la norma violada y el concepto en que lo ha sido, si por falta de aplicación, o por aplicación indebida, o por interpretación errónea. El deber que tiene el impugnante de indicar con precisión las disposiciones legales que pretende fueron violadas por el sentenciador, no se cumple haciendo enunciaciones generales, como es la cita que el recurso contiene de numerosos artículos del Código Civil. Tal forma de acusación es inoperante, "en cuanto ciertamente le cae la tacha de imprecisión en la cita de los textos legales", ... "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 vulneradas". (Corte, Sala de Casación Civil, Francisco Eladio Ramírez contra Luis E. Quintana A., abril 15/1966).

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

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Se deciden los recursos de casación interpuestos por la parte actora y por la contraparte respecto de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 25 de septiembre de 1964, en el juicio ordinario de Elru Newball contra el Municipio de Bogotá.

EL LITIGIO

La demanda pide que la entidad distrital sea condenada a cubrir al demandante las siguientes prestaciones:

"a) La suma de $ 7.423.00 por concepto de los perjuicios causados por el desmantelamiento de los vehículos a que se hizo referencia;

"b) La suma de $ 14.950.00 por concepto del deterioro que sufrieron los automotores por estar abandonados y expuestos a la intemperie;

"c) La suma de $ 40.300.00 por concepto del usufructo por el Municipio de tres vehículos durante 26 meses y 26 días;

"d) La suma de $ 1.450.80 como valor de 17 llantas de repuesto que fueron retenidas y no devueltas;

"e) La suma de $ 98.063.00 por concepto de lucro cesante de los 7 vehículos inmovilizados durante 26 meses y 26 días".

Subsidiariamente, "la suma que se fije dentro del juicio por concepto de los perjuicios sufridos por el señor Newball, al haber afirmado la entidad distrital que los vehículos eran de su pertenencia, lo que ocasionó que se le dejaran en calidad de secuestro, y haber impedido de esta forma que mi poderdante cancelara oportunamente la obligación contraída con el señor Tapias y haber designado un secuestre de su entera confianza, que éste, sí, hubiera respondido por los bienes depositados a su cuidado".

La demanda hace las siguientes afirmaciones:

"Primero.—El 14 de noviembre de 1952, el señor Fernando Tapias presentó demanda ejecutiva contra mi poderdante basándose en que éste había incumplido la cancelación de unas letras de cambio giradas a favor del señor Tapias, y denunció como bienes de propiedad del señor Newball varios vehículos que se hallaban en el inmueble señalado con el número 12-27 de

la carrera 32 de esta ciudad y cuyas características son las siguientes:

"Un automóvil BUICK, modelo 1940, motor Nº 53932676.

"Un automóvil CHEVROLET, modelo 1941, motor Nº AA432587.

"Un automóvil PACKARD, modelo 1941, motor Nº 0500516-4.

"Un automóvil BUICK, modelo 1940, motor Nº 53897172.

"Un automóvil PACKARD, modelo 1941, motor Nº 30346.

"Un automóvil PACKARD, modelo 1946, motor Nº F51236.

"Un jeep WILLYS, modelo 1946, motor Nº CJ2418295.

"Un jeep WILLYS, modelo 1946, motor Nº CJ2418075.

"Un jeep WILLYS, modelo 1946, motor Nº CJ2419583.

"Un jeep WILLYS, modelo 1946, motor Nº CJ2424107.

"Un jeep WILLYS, modelo 1946, motor Nº CJ2418990".

Aceptada que fue la acción el señor Juez Cuarto Civil del Circuito decretó el embargo y secuestro de los mencionados vehículos.

"Segundo.—Se señaló como fecha para dar comienzo al secuestro la del 10 de noviembre de 1952. Al iniciarse la diligencia se presentó dentro de ella el señor Personero Municipal de Bogotá y entregó al señor juez un poder especial en el cual delegaba en el doctor Jaime Villaveces, la representación del Municipio de Bogotá para que interviniera en la diligencia. El señor juez aceptó el poder y el doctor Villaveces manifestó que en nombre del Municipio se oponía a la diligencia del secuestro.

"Tercero.—Como el apoderado del ejecutante insistiera en el secuestro el señor juez procedió a dejar los bienes materia de la traba en poder del opositor, doctor Villaveces, a nombre del Municipio de Bogotá. Posteriormente, el señor Personero Municipal, revocó toda delegación de funciones hecha en la persona del doctor Villaveces y en su lugar designó al señor Juan B. Nieto M. como secuestre.

"Cuarto.—El ejecutado probó que estaba en posesión de los bienes objeto de la litis y el juez falló en su favor el incidente de oposición, ordenando la práctica de la diligencia de secuestro. El Municipio apeló para ante el Honorable Tribunal y éste, en auto de fecha 17 de noviembre de 1954, confirmó la providencia apelada en la que se declaraba no probada la oposición y ordenaba llevar a efecto el secuestro.

"Al momento de la práctica de este secuestro efectivo, el depositario designado hizo ver el estado de deterioro, abandono y desmantelamiento en que se encontraban los vehículos secuestrados y depositados bajo el cuidado del Municipio de Bogotá.

"Igualmente, el Municipio no devolvió llantas de repuesto (17) ni 3 capotas para jeep, objetos que fueron también retenidos.

"En idéntica forma la entidad Municipal tuvo en uso 3 vehículos, de los retenidos, durante 26 días, gozando y usufructuando su servicio, con el natural desgaste y consiguiente perjuicio para mi cliente.

"Quinto.—El señor Newball, como propietario de los automotores deteriorados y arruinados, promovió, entonces, un incidente de rendición de cuentas contra el Municipio. Ante la negativa de éste de aceptar su calidad de depositario, tanto el Juzgado Cuarto Civil del Circuito y el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, dijeron que "fué al Municipio de Bogotá a quien se dejaron los bienes materia del secuestro y quien continúa con el carácter de opositor con la tenencia de bienes", y que ni Villaveces ni Nieto, secuestres designados por el Municipio obraron en su propio nombre sino como mandatarios del Municipio de Bogotá. El Honorable Tribunal fue enfático al decidir definitivamente que el Municipio sí tuvo la calidad de secuestre y que debió rendir las cuentas. No sobra advertir que la entidad municipal rindió cuentas que fueron improbadas tanto por el juzgado como por el Honorable Tribunal Superior.

"Sexto.—Existiendo una relación de causalidad entre el perjuicio patrimonial sufrido por el señor Newball con el deterioro de sus vehículos, y la acción culposa del Municipio de Bogotá, al oponerse primero a la diligencia de secuestro, y después a no velar por los bienes puestos a su cuidado con el cuidado propio de un buen padre de familia como lo establece la ley civil, el Municipio se hizo responsable de los daños y deterioros que sufrieron los vehículos depositados bajo su custodia, máxime cuando fue la misma entidad municipal la que solicitó se dejaran en su poder los automotores, objeto del litigio. Estos perjuicios fueron tasados den-

tro de la articulación por peritos, en una suma superior a los $ 100.000.00.

"Séptimo.—En idéntica forma, el Municipio de Bogotá, se hizo responsable de los perjuicios ocasionados al señor Newball con la oposición al secuestro por cuanto éste había podido designar un secuestre de su confianza, que hubiera cumplido cabalmente sus funciones. Además, el señor Newball denunció para el pago de la obligación a la que se contraía la demanda ejecutiva, los vehículos a que nos hemos referido en estos hechos, no pudiendo disponer de aquellos por la oposición arbitraria del Municipio; de esta manera se hizo también responsable de los perjuicios causados a mi poderdante por no haber podido cubrir la obligación en tiempo oportuno".

Como fundamento de derecho invoca el libelo "las disposiciones consignadas en el Título 34 del Código Civil sobre 'Responsabilidad común de los delitos y las culpas', ya se aprecie como responsabilidad directa según el artículo 2341 del estatuto citado, ya como responsabilidad indirecta con fundamento en el artículo 2347 del mismo". Y agrega que "esta petición tiene apoyo en las disposiciones del Título 31 del mismo Código, especialmente de los artículos 2247 y 2273 y siguientes".

El juez del conocimiento falló así la primera instancia del juicio:

"Por lo expuesto, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Falla: 1º—No están probadas las excepciones.

2º—Se condena al Municipio de Bogotá, Distrito Especial a pagar al señor Elru Newball, mayor de edad y vecino de San Andrés, el valor de los perjuicios solicitados en la demanda de 10 de mayo de 1960, que se indicaron por el actor bajo los ordinales a), b), c), d) y e), los cuales se determinarán por el procedimiento del artículo 553 del C. Judicial.

3º—No se hace la condenación solicitada finalmente, por concepto de perjuicios que el actor hace consistir en haber impedido que el demandante cancelara oportunamente la obligación que se le cobraba en el juicio ejecutivo de Fernando Tapias contra Elru Newball.

4º—Sin costas".

Al resolver el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la apelación correspondiente, decidió:

"Primero.—Confírmase lo resuelto por el señor Juez Quinto Civil del Circuito de Bogotá, en el numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, proferida el diez y siete de septiembre de mil novecientos sesenta y dos.

"Segundo.—Refórmase lo dispuesto en la misma providencia en el ordinal 2º de su parte resolutiva, en el sentido de condenar, como en efecto se condena al Municipio de Bogotá (hoy Distrito Especial) al pago de la suma de VEINTIOCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS ($ 28.350.00) como indemnización de perjuicios por el uso no autorizado de tres vehículos de propiedad del demandante, durante el término de veintiséis (26) meses y veintiséis (26) días, perjuicios causados por el Municipio demandado en su calidad de secuestre de los mismos bienes; y al pago de la suma de UN MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS CON OCHENTA CENTAVOS ($ 1.450 80) valor de las llantas secuestradas en poder del mismo demandado y que no restituyó a la finalización de su sentencia (sic).

"Tercero.—Revócase la condena contenida en la misma disposición de la sentencia recurrida y que se refirió a las demás pretensiones indemnizatorias de la demanda, pretensiones que se niegan.

"Cuarto.—Confírmanse los ordinales 3º y 4º de la sentencia recurrida.

"No hay lugar a condenación en costas de la segunda instancia".

LA SENTENCIA ACUSADA

Anota que el petitum de la demanda es claro en el sentido de que por él se intenta la acción de indemnización de daños y perjuicios por hechos y omisiones imputables al Municipio de Bogotá, que generan su responsabilidad, directa, como lo establece el artículo 2341 del C. C., o indirecta según el 2347 del mismo Código; que la acción claramente instaurada es la indemnizatoria por culpa civil extracontractual, que se deriva de hechos u omisiones culposos que causan daño, imputables al demandado, directa o indirectamente. Que los supuestos en que la acción se funda emanan de la calidad de secuestre que asumió el Municipio de Bo-

gotá. Que el secuestro judicial originó la tenencia bajo cuya vigencia ocurrieron los hechos y las omisiones de que se pretende deducir la responsabilidad civil del demandado.

Expresa que el secuestro judicial es una especie que se configura conforme al artículo 2276 del C. C. Y que el secuestro es una forma especial del depósito, como lo establecen los artículos 2239 y 2273 de dicho Código. Agrega que el depósito es una figura contractual que conduce al secuestro convencional. Pero que cuando la controversia sobre la cosa disputada se plantea ante las autoridades judiciales, la tenencia de aquélla puede ser confiada a un tercero por disposición del juez y el secuestro, entonces, se denomina "judicial", a diferencia del convencional, primeramente mencionado. Que el secuestro convencional se origina en la autonomía de la voluntad de las partes, y el judicial, en la determinación del juez.

Dice la sentencia acusada en casación que el depósito impone al depositario o secuestre obligaciones mínimas como la de conservar la cosa depositada si su naturaleza no impone enajenarla; administrarla diligente y cuidadosamente si fuere productiva, restituírla a la finalización del contrato en su esencia original o en la transformación que haya sufrido según su naturaleza. Este conjunto y variedad de situaciones configuran la unidad del contrato, el cual se incumple si no se ejercita cualquiera de las operaciones que lo integran. El incumplimiento de los extremos que producen obligaciones de las partes acarrea perjuicios que deben resarcirse. Es decir, que el incumplimiento da lugar a responsabilidad contractual. "Pero el mismo incumplimiento cuando se trata del secuestro judicial, si bien está disciplinado en forma análoga, no origina esa clase de responsabilidad".

Sobre el estudio de las varias peticiones de la demanda, el fallo recurrido hace las siguientes apreciaciones:

"2.—El actor señaló en el petitum varias indemnizaciones provenientes de distintas situaciones de hecho, como puede apreciarse en la transcripción inicial de la demanda, en lo pertinente.

"En el punto a) pretende la indemnización por el desmantelamiento de los vehículos objeto del secuestro. Se refiere a los elementos faltantes que se señalaron en la diligencia de restitución de la tenencia practicada por el juzgado que conocía del juicio ejecutivo en que el secuestro y la oposición tuvieron lugar, con mediación del Municipio demandado a quien los bienes embargados se entregaron en calidad de secuestro. Esta diligencia tuvo lugar en los días 16 y 18 de febrero de 1955 y aparece de las copias que obran a los folios 17, 18 y 20 del cuaderno principal.—"A este propósito vale anotar que en el secuestro llevado a cabo el 19 de noviembre de 1952 y cuya copia obra a los folios 2 vto. y 3 del mismo cuaderno, no se describieron los elementos que en la entrega se anotan como faltantes. De la comparación entre estas dos diligencias no surge, como debiera surgir, lo reclamado por el actor. En ninguna otra prueba de las que obran en autos se establece que en el momento del secuestro existieran los elementos echados de menos a la restitución".

"Desde otro punto de vista, es deber legal del secuestre restituír las cosas en el mismo estado que las recibió, salvo el deterioro natural (a. 2253 C. C.), de manera que su responsabilidad es clara para el caso de daño imputable a su culpa o negligencia, pero es preciso demostrar cuál fue el bien entregado y en qué condiciones se hallaba al constituírse el secuestro.

"En el ordinal b) demanda los perjuicios por el deterioro que sufrieron los automotores secuestrados por abandono y descuido del secuestre. Sobre el particular se anota que militan las mismas circunstancias, que impiden la verdad de los hechos básicos de este incumplimiento de los deberes del secuestre. En efecto, la ausencia de los datos de la diligencia de secuestro de los cuales pudiera establecerse el estado de los vehículos y la ausencia de prueba sobre el mismo estado que salvara los efectos de la omisión cometida en la diligencia, impiden determinar la verdad de los hechos violatorios que generan la responsabilidad por este concepto.

"En el punto c) se demanda la indemnización que corresponde al uso que el Municipio demandado hizo de tres vehículos secuestrados en su poder, durante 26 meses y 26 días.

"Según el artículo 2245 del C. C., por el mero depósito, y hay que entender que por el mero secuestro judicial también, no se confiere al depositario o secuestre la facultad de usar los bienes objeto del contrato o la medida judicial. Se requiere, pues, que exista una especial y expresa autorización para el uso, la cual no se presume sino cuando median especiales relaciones de amistad y confianza entre las partes y cuando la cosa no suele desmerecer por el uso. En

tratándose de secuestro judicial no cabe considerar las relaciones personales entre el secuestre y el futuro adjudicatario, por su propia naturaleza y por la forma de producirse forzosamente esta medida cautelar. Además, en el caso de autos el secuestre no tuvo relación con el ejecutado sino que aparecen en posiciones antagónicas, y, además, los vehículos son bienes que se afectan por el uso. Luego no cabe suponer autorización para éste en favor del secuestre. Las declaraciones de los señores Jorge Amador Barriga, José Joaquín Pinzón y Augusto N. Fonseca R., demuestran el uso que el Municipio hizo de los tres carros mencionados: un jeep, y dos automóviles de marcas Buick y Chevrolet. Los peritos aprecian el valor del uso mencionado de estos vehículos en el tiempo indicado, en forma acorde, en la cantidad de $ 28.350.00, con fundamentos aceptables que confieren suficiente valor probatorio.

En el literal d) pide el demandante la indemnización por el valor de unas llantas secuestradas que el secuestre no restituyó. La confrontación de las diligencias de secuestro y de restitución acusan la falta de 9 llantas nuevas (Icollantas de 650 x 15 de 6 lonas) y 8 llantas usadas, que se relacionaron en la primera y que no se hallaron en la segunda, según testimonio del juez en el acta correspondiente a la diligencia del 16 de febrero de 1955. Los peritos, en el dictamen ya considerado, dan a estos elementos un valor de $ 1.450.80 de conformidad con los precios del comercio que, como es de conocimiento general, se hallan unificados por la empresa fabricante. El perjuicio por la pérdida resulta obviamente igual al valor de los objetos perdidos.

"En el ordinal e) petitorio el demandante solicita indemnización por los perjuicios que se le ocasionaron al omitir (sic) el secuestre la explotación económica de los bienes secuestrados en su poder. A este propósito, el artículo 2279 del C. C. dispone que en el secuestro de bienes inmuebles se supone la administración y el secuestre tiene las facultades y deberes de un mandatario, debiendo rendir cuentas al futuro adjudicatario. Se deduce, en consecuencia, que cuando se trata de bienes muebles, no existe naturalmente la administración y es necesario que ella se pueda deducir de los fines a que se hallan destinados los bienes en el momento de ser secuestrados. El artículo 287 del C. Judicial da a entender que cuando los bienes muebles objeto de un secuestro están cumpliendo una finalidad industrial o comercial de explotación, ésta no se interrumpe por la medida y el secuestre queda en calidad de interventor o administrador. No aparece en parte alguna del proceso acreditado que los vehículos secuestrados estuvieran destinados a una explotación económica, ni ello se hizo notar al practicar el secuestro. La misma observación de que había vehículos inservibles o dañados, que en otra ocasión se hizo, conduce a suponer que no eran susceptibles de tal explotación. En estas circunstancias, por fuerza de la disposición contenida en el artículo 2279 del C. C. atrás citado, es necesario concluir, a contrario sensu, que como se trataba de bienes muebles el secuestre no tenía facultades y deberes de administrador. Pero si en gracia de discusión se supone que sí las tuvo, la acción que el artículo citado indica es la especial de rendición de cuentas y no la de indemnización de perjuicios que ha ejercido en el presente juicio.

"En síntesis, admitido que la demanda se dirige a obtener el resarcimiento del daño por incumplimiento de los deberes del demandado definidos en la ley no aparece visible la indemnización sino para reparar el daño causado por el uso no autorizado de tres vehículos de los secuestrados, y por la pérdida de las llantas secuestradas en su poder y no restituídas a la finalidad del secuestro.

"Visto que la acción es admisible, procede el estudio de la excepción de prescripción invocada por la parte demandada y que hizo consistir en que tratándose, como se trata según su opinión, de culpa o responsabilidad por terceras personas, la acción prescribe en plazo especial que a la iniciación del juicio se hallaba ya vencida. El señor juez de la primera instancia hace un acertado estudio de este tema para concluír que la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho público es directa y no derivada y que aún dentro de la teoría más benigna, se trata de la actividad de un funcionario público que procede en representación del Municipio con capacidad y autonomía suficiente y no como mero subalterno que cumple órdenes. El Tribunal participa de la tesis en la sentencia apelada sobre este particular y omite repetir aquí sus fundamentos y conclusiones por estimar suficientes los que dicha providencia contiene. En consecuencia, desecha igualmente la excepción porque la acción incoada prescribe según el régimen general y en este punto confirmará lo resuelto por el juzgado de instancia.

"Como la sentencia recurrida decretó una condena a cargo del demandado por todos los as-

pectos incluídos en la demanda y el Tribunal, según lo expuesto precedentemente no llega a la misma conclusión, reformará el aludido fallo para concretar la condena a los puntos deducidos positivamente y lo revocará en los restantes".

DEMANDA DE CASACION DE ELRU NEWBALL

Dos cargos se formulan en ella, así:

"1)—Ser la sentencia recurrida violatoria de la ley sustantiva por infracción directa y concretamente de los artículos 1494, 2273, 2274, 2276, 2245, 2247 num. 2º i.f., 2248, 2253, 2341, 2443, 2347 del Código Civil; y 287 del C. J.

"2)—Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por error de hecho en la apreciación de la prueba consistente en el acta de la diligencia de entrega, que aparece en copias auténticas y en fechas sucesivas desde el folio 17 hasta el 20 del cuaderno primero, en acervo probatorio entregado junto con la demanda original el día 10 de mayo de 1960 (fl. 55 ibídem). Asimismo, por error de hecho en la apreciación de las pruebas consistentes en las copias auténticas de los autos de enero 17 de 1958 del Juzgado 4º Civil del Circuito y de abril 13 de 1959 del H. Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó el anterior, y que figuran desde el folio 27 v. hasta el 30 del mismo cuaderno principal.

"Las disposiciones sustantivas violadas según esta segunda causal propuesta son las mismas indicadas en la primera, pero teniendo en cuenta que esta última causal evidencia tal violación como generada en la apreciación errónea de la calidad del secuestro a que se ha hecho referencia a lo largo del juicio como fundamento de la acción aquiliana que se ha sostenido por la parte demandante, ya que desde luego aquellas actas de la diligencia de entrega de folios 17 a 20 señalados, patentizan que fue aquél naturalmente un secuestro remunerado; y como generada también en el error de hecho que consistió en la falta de apreciación por el juzgador de segunda instancia de los incidentes de rendición de cuentas que fueron oportunamente promovidos por el señor Elru Newball en la oportunidad correspondiente, única señalada por el artículo 296 del C. J., en las respectivas diligencias de medidas preventivas y no, como pretende el fallo hoy recurrido, según la tramitación de los artículos 1.120 y ss. del C. J.".

Se expresa además, en orden a fundar el recurso, que el sentenciador olvidó que de acuerdo con el artículo 1495 del Código Civil, la ley también es origen de obligaciones al disponer en el artículo 2274 del C. C. que "las reglas del secuestro son las mismas que las del depósito propiamente dicho, salvo las disposiciones que se expresan en los siguientes artículos y en las leyes de procedimiento"; y en parte alguna de esos siguientes artículos y de las leyes de procedimiento se dispone que el secuestro judicial exonera al secuestre o depositario de su obligación de guardar y conservar la cosa entregada en custodia y de restituírla con sus accesorios y frutos; que las violaciones sustantivas denunciadas en la causal primera se han producido por el desconocimiento de la bilateralidad jurídica y legal del secuestro judicial, en cuanto hace a los cuidados, atención, custodia y devolución oportuna e íntegra de los bienes confiados, "con que debió cumplir su encargo el Municipio de Bogotá (hoy D. E. de Bogotá), a favor del señor Elru Newball, y todo según las pruebas y documentos operantes adecuadamente en el expediente"; y que es lo cierto que los vehículos, implementos y automotores objeto del secuestro eran antes y continúan siendo bienes fungibles, a los cuales se aplica el mandato del inciso 3º del artículo 287 del C. J.

Para sustentar el segundo cargo, basado en los mismos documentos que el primero, se dice que no se puede pretextar inconducencia de la acción, afirmándose como lo hace el fallo recurrido, que ha debido ser la de rendición de cuentas, "ya que esta especie de reclamación dentro del juicio ejecutivo que en su tiempo afrontó según autos el señor Elru Newball, debió plantearse y tramitarse, y así se hizo, de acuerdo con el artículo 296 del C. J., y estos últimos documentos establecen indeclinablamente que tales cuentas fueron exigidas, rendidas luego por el secuestre, y a continuación improbadas tanto por el Juzgado del conocimiento, que lo era el 4º Civil del Circuito de Bogotá, como por el H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial. En esta forma considero deben adicionarse a las normas enunciadas como violadas por esta causal segunda, las contenidas en los artículos 593 y 632 del C. J., en su adecuada y puntual acepción al presente".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

PRIMER CARGO

a) Se acusa el fallo como violatorio de ley sustantiva por infracción directa de los artículos 1494, 2273, 2274, 2276, 2245, 2247 num. 2º, i.f.,

2248, 2253, 2341, 2343 y 2347 del Código Civil, y 287 del C. J.

No basta para proponer técnicamente un cargo en casación, con base en la primera de las causales del artículo 520 del C. J., hoy el 52 del Decreto 528 de 1964, expresar que se formula por infracción de numerosas disposiciones legales, si al propio tiempo no se indica concretamente, y no de un modo general, cuál es la norma violada y el concepto en que lo ha sido, si por falta de aplicación, o por aplicación indebida, o por interpretación errónea. El deber que tiene el impugnante de indicar con precisión las disposiciones legales que pretende fueron violadas por el sentenciador, no se cumple haciendo enunciaciones generales, como es la cita que el recurso contiene de numerosos artículos del Código Civil. Tal forma de acusación es inoperante, "en cuanto ciertamente le cae la tacha de imprecisión en la cita de los textos legales", ..."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 vulneradas". (Corte, Sala de Casación Civil, Francisco Eladio Ramírez contra Luis E. Quintana A., abril 15/1966, no publicado aún en la **Gaceta Judicial**).

SEGUNDO CARGO

b) El error de hecho en la apreciación de la prueba no se plantea con claridad, para ir por ese medio al quebranto de disposiciones sustanciales, que como ya se anota en la letra a), tampoco se determinan como lo exige el recurso. Se afirma haberse incurrido en error de hecho en la apreciación de una diligencia de entrega de vehículos y en la de copias de autos proferidos por el Juzgado y por el Tribunal. No se explica en qué consiste ese error. Se hace también alusión a los artículos 296 del C. J. y 1120 "y siguientes del C. J.". Igualmente se mencionan el artículo 2274 del C. C. y el 287 del C. J., para terminar citando los artículos 593 y 632 del C. J., pero sin configurar concretamente un cargo como se requiere en casación.

"La violación de la ley se produce en forma indirecta —ha dicho la Corte— cuando la sentencia incurre en un error de hecho o en un error de derecho en la apreciación de las pruebas y a consecuencia de tal yerro deja de aplicar al caso del pleito la norma que lo regula o le aplica una disposición extraña. Esta infracción indirecta es el resultado de un error de hecho o de un error de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a los hechos que generan la litis. El error de derecho en la apreciación de las pruebas consiste en que la sentencia le haya reconocido a una prueba un mérito demostrativo que la ley no le atribuye, o por el contrario, el que el fallo le desconozca a una prueba la fuerza de convicción que la ley le asigna. Este error constituye por sí mismo un quebranto de las normas legales que regulan la producción de los distintos medios de prueba o que les fijan a estos medios el valor demostrativo que tienen dentro de la tarifa legal de pruebas. Cuando se alega violación indirecta de ley sustancial a causa de un error de esta especie, la técnica del recurso exige que se señale en concepto la prueba mal apreciada, que se individualice el precepto de carácter probatorio que se haya quebrantado al valorar tal prueba y la disposición sustancial infringida a consecuencia de ese yerro, indicando si esta última infracción consiste en falta de aplicación o en aplicación indebida. En esta materia de la causal primera de casación el error de hecho 'consiste en que el juzgador haya tenido como probado un hecho, 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' (Cas., marzo 23 de 1954 LXXVII-2138, 119). En el caso presente el recurso no se ciñó a estas reglas, pues que habla con insistencia de violación directa del artículo 1930 del C. Civil para expresar luego que ese supuesto quebranto se produjo por causa de un error de derecho y en subsidio de hecho en la apreciación de las posiciones absueltas por el demandado, confundiendo así la infracción directa con la indirecta". (Corte, Sala de Casación Civil, Emiliano Navarrete Cárdenas contra Clodomiro Martínez, noviembre 25 de 1965, aún no publicado en la **Gaceta Judicial**).

En el asunto que ahora se estudia, el juzgador de segunda instancia no ignoró y sí tuvo en cuenta los medios de prueba que señala el recurrente. Y la demanda de casación no demuestra que el fallo impugnado incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba, con las características exigidas por la ley, de aparecer de modo manifiesto en los autos.

Además, dice el recurso que "las disposiciones sustantivas violadas según esta segunda causal propuesta son las mismas indicadas en la primera"; y ya se observó cómo es inadmisible en casación alegar como infringidas nume-

rosas disposiciones legales, como se hizo, sin señalar específicamente la norma que se dice infringida e indicar el motivo o forma de la violación. Así, a las razones antes expuestas respecto de este cargo, se agrega la de que si en hipótesis fuera operante, que no lo es, el recurso fracasa por articular la tacha que se hace a la sentencia acusada, en el campo del error de hecho, con un planteamiento basado en disposiciones de derecho sustancial, citadas genéricamente, y que la Corte ha desechado por no ajustarse a la técnica del recurso extraordinario.

Se deduce de lo expuesto que los dos cargos propuestos, expresamente vinculados entre sí, no se hicieron en forma técnica ni eficaz, lo que impone declararlos no probados, ya que el carácter formalista y dispositivo de este recurso no le permite a la Corte enmendar las fallas en que se incurrió al formularlos.

DEMANDA DE CASACION DEL DISTRITO ESPECIAL

Se propone, en un cargo único, por la Procuraduría General de la Nación a través de la Procuraduría Delegada en lo Civil, en representación del Municipio de Bogotá, D. E., "por la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por infracción directa de las normas probatorias de los artículos 593, 594, 597, 601, 721, del mentado código, debida a error de derecho en la estimación de las pruebas de que se hablará al exponer los motivos o razones. Y a causa de tal infracción directa de las disposiciones citadas, es indirectamente violatoria la sentencia de los artículos 2253, 2248, 2773 (posiblemente quiso citarse el artículo 2273) del Código Civil por aplicación indebida; y de los artículos 2347, 2349 y 2358 del mismo código por falta de aplicación".

Como razones o motivos expresa el libelo, en síntesis:

a) De los términos del fallo del Tribunal se desprende que para llegar a la misma conclusión que el a-quo en este punto concreto, tuvo en cuenta las pruebas aducidas al proceso, consistentes en: las copias de la diligencia de secuestro inicial, con los documentos que lo complementa, del secuestro efectivo una vez decidido el incidente provocado por la oposición del apoderado del Personero Municipal; las declaraciones de los testigos Efraín Guerrero, Domingo Jaramillo, Joaquín Sopó, Clímaco Díaz, José Amador Barriga, Augusto N. Fonseca; el dictamen o los dictámenes separados de los peritos que actuaron en esa diligencia del juicio ordinario. (V. fls. 81v.84 fte. y vto., 87 vto. a 90 fte. C. Nº 1º; fls. 34 vt., 35 fte. y vto. 36 fte. y vto. C. Nº 3).

El Tribunal al estimar los medios probatorios aducidos cometió error de derecho que aparece de manifiesto en los autos, pues le dio a esas pruebas un valor que no es el que tienen dentro de la reglamentación legal probatoria. El acta de la diligencia de secuestro practicada el 19 de noviembre de 1952 revela que si en verdad se presentó a oponerse a él en nombre del Municipio de Bogotá el señor personero, dio poder al doctor Jaime Enrique Villaveces para actuar, éste formuló la oposición, y ante la insistencia del ejecutante se le dejaron los vehículos y las llantas como depositario, y este apoderado, si obró en representación del Municipio, no era ni fue nunca empleado vinculado por relaciones de derecho público administrativo con el Municipio de Bogotá. En el memorial elevado por el personero al juez de ejecución (fls. 6v. y 7v. C. Nº 1) designó secuestre en reemplazo del doctor Villaveces al señor Juan Bautista Nieto Martínez, no vinculado tampoco como empleado al servicio del Municipio, y el juez lo admitió como secuestre y le hizo entrega de los bienes secuestrados, según auto de fecha 9 de junio de 1963. El Tribunal consideró equivocadamente que el depositario directo o secuestre simbólico de esos vehículos automotores y llantas, que los recibió y tuvo en su poder, fue el Municipio de Bogotá, cometiendo grave error en esta apreciación de las pruebas documentales mencionadas, que aparece de modo manifiesto en los autos. "Si hubiera dado a esa prueba documental el valor debido, la hubiera estimado en su contenido por medio de sana apreciación, habría hallado fácilmente que si bien esos bienes se entregaron en secuestro simbólico a virtud de la oposición formulada, y ésta a nombre del Municipio, en interés de éste del punto de vista jurídico y aun material, éste no tuvo en su poder directamente esos bienes, sino a su turno cada depositario o secuestre simbólico".

b) También cometió error de derecho manifiesto en la apreciación del acta de la diligencia de entrega al secuestre efectivo practicada por el juez de la ejecución en los días 16 y 18 de febrero de 1955; pues si hubiera apreciado en su contenido cabal esa acta el sentenciador, habría hallado que aquellos bienes no estuvie-

ron materialmente en poder del Municipio de Bogotá, ni de éste pasaron al secuestre efectivo, aunque en su interés y a su nombre se hubiera formulado la oposición y realizado el depósito provisional o simbólico, como lo prescribe el artículo 1021 del C. Judicial; y que si el secuestro o depósito provisional o simbólico se dejó en poder de personas indicadas por el personero o por su delegado, la tenencia de esos bienes por parte de esa entidad pública no fue **directa** sino **indirecta**, a través de las personas que los recibieron materialmente. El error del Tribunal consistió en considerar, a través de la estimación de esa prueba documental, que la tenencia fue directa por parte del Municipio, por haberse formulado la oposición a su nombre y en su interés, y en estimar igualmente que los perjuicios que alegó el demandante en el juicio ordinario ocasionados con el uso de tres vehículos y la pérdida de las llantas secuestradas, se debe a hechos u omisiones cumplidos directamente por el Municipio y no indirectamente, debidos a hechos u omisiones de las personas que real y verdaderamente recibieron y tuvieron en su poder esos objetos; de donde dedujo erradamente responsabilidad civil por culpa directa, no indirecta, del Municipio.

Que a causa del error de derecho en la apreciación de la prueba documental indicada, el Tribunal quebrantó estas disposiciones: el artículo 593 del C. J. que establece el principio de que en materia probatoria civil las decisiones se han de fundar en los hechos conducentes de la demanda y la defensa; el artículo 594 ibídem, que consagra el valor de la prueba plena en materia civil y establece que deben ser precisas y en conexión con el hecho averiguado, principio que quebró el Tribunal, pues debió tener en cuenta su valor real, o sea que la tenencia como secuestre de los bienes estuvo en manos de personas distintas al Municipio de Bogotá; el 601 de la misma obra, porque no hizo estimación de la prueba documental sino que le dio un significado y dedujo de ella consecuencias contrarias a lo que la misma establece como hecho en el proceso; el artículo 632 ibídem, pues el Tribunal debió deducir que el Municipio de Bogotá no tuvo la tenencia material directa de esos bienes y que cualquier perjuicio derivado de tal tenencia fue causado directamente por quienes tuvieron como secuestres en su poder aquellos bienes e indirectamente por el Municipio.

e) El Tribunal cometió error al apreciar las declaraciones de Jorge Amador Barriga, José Joaquín Sopó Pinzón y Augusto N. Fonseca R., al decir que "los peritos aprecian el valor del uso mencionado de estos vehículos en el tiempo indicado, en forma acorde, en la cantidad de $ 28 350.00 con fundamentos aceptables que le confieren suficiente valor probatorio". O sea que de esos testimonios deduce que fue el Municipio directamente el que hizo uso de los tres carros mencionados. El testigo Sopó Pinzón se ratificó en una declaración en forma antiprocesal puesto que se limitó a decir que se ratificaba en la declaración rendida, pero sin señalar ante qué funcionario y con motivo de qué asunto, ni sobre qué hechos había expuesto. En la declaración inicial dijo: "Yo ví unas dos veces trabajando por cuenta del Municipio de Bogotá, un Chevrolet azul", sin que recuerde cuál era el motor, "ví también un jeep", sin que recuerde el motor, "no ví ninguno más". Esta prueba carece de valor como sumaria, y sin embargo el Tribunal le da valor y la estima, violando los artículos 593, 594, 597 numerales 1º y 3º, 693 del C. Judicial. El testimonio de Amador Barriga carecía de valor como prueba sumaria. El Tribunal se lo concedió junto con otros testimonios, y por este error de derecho infringió directamente las mismas disposiciones que se indican en el caso precedente. "El señor Jorge Amador Barriga declara haber manejado como 'cotizador de los talleres del Municipio' el jeep de que hace mención. Esto es, la utilización del vehículo fue directa por él, y si el municipio tuvo que ver en esta tal utilización por él sería de manera indirecta, por intermedio de un empleado u obrero a su servicio, que no representaba su voluntad, no tenía funciones directivas, sino subalternas". El testigo Augusto N. Fonseca R. declara que es verdad que los carros Willis, de 1946, el Chevrolet de 1941 y Buick de 1940 los usó el Municipio de Bogotá para su servicio "y yo muchas veces manejé el Chevrolet para ir a almorzar y el Buick se lo prestaba por orden de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio a varios ingenieros; las fechas sí no las puedo precisar porque yo tenía entonces como doscientos carros a mi cargo del Municipio" (fs. 33 vto. a 35 c. Nº 1º). Al ratificarse el testigo se limita a decir que "bajo la gravedad del juramento que tengo prestado, me ratifico en todas y cada una de sus partes, en la declaración que el día 14 de marzo de 1956 rendí ante el señor Juez Cuarto Civil de este Circuito, en virtud de ser la verdad lo que allí expresé". El Tribunal le da valor de prueba sumaria, la que reunida con las otras estima que tienen valor de prueba plena sobre el hecho del pretendido uso por el

Municipio de Bogotá de los vehículos automotores secuestrados, con lo cual cometió el Tribunal error de derecho manifiesto al estimar como prueba un medio que no reúne los requisitos exigidos por las normas probatorias citadas. "Al dar valor o admitir fuerza probatoria del valor de los perjuicios ocasionados por el uso de los vehículos al avalúo que hicieron los peritos en la suma de $ 28.350.00, sin existir prueba plena o concreta de que hubiera ocurrido ese uso, según acaba de verse... ese avalúo o justiprecio al que a su vez le dio o reconoció valor de plena prueba respecto de la cuantía de los perjuicios irrogados al demandante, no puede tener la validez que le dio o reconoció el Tribunal, sin cometer éste error de derecho. Este error lo condujo a quebrantar directamente las disposiciones de los artículos 593, 594, 597 numerales 1º y 3º, y el artículo 721 del Código Judicial, pues en virtud de lo prescrito en esta última disposición que hay que armonizar con aquéllas, el dictamen o avalúo pericial para que tenga valor legal de plena prueba necesita, amén de ser uniforme y explicado, ser 'debidamente fundamentado', esto es, cimentarse en bases probatorias legalmente establecidas en el proceso. Lo que no ocurrió en el caso del juicio, según se ha visto atrás".

Sobre violación indirecta de la ley sustantiva, la demanda de casación dice:

"4.—La infracción directa de las disposiciones propias que se dejan apuntadas en los apartes procedentes, cometida por el Tribunal Superior en su sentencia, a causa del error de derecho en la estimación de esas pruebas, lo llevó a violar indirectamente y por los motivos que se expresarán, las siguientes disposiciones de la ley sustantiva: a) Los artículos 2253, 2248 y 2773 (sic) del Código Civil, por aplicación indebida. Puesto que si la primera de las normas citadas establece que 'el depositario es obligado a restituír la cosa que se le ha entregado o confiado en depósito', y esa restitución debe hacerse con todas sus accesiones y frutos, esto hace entender que lógicamente la cosa que debe restituír debe conservarla mientras está en su poder con el cuidado y diligencia señalada en el artículo 2248 ibídem, así como en relación con lo que prescribe el artículo 2773 (sic) ibídem. La obligación de entregar la cosa, correlativa a la de conservarla mientras dura el secuestro, corre a cargo del depositario, lógicamente. Si se condena por motivo de daños ocasionados al demandante con ocasión del depósito judicial o secuestro, a la persona que no ha tenido la cosa directamente en carácter de tal, se aplican estas normas sustantivas a un caso no previsto por ellas. Que fue lo que hizo el Tribunal en su fallo. Violación indirecta por indebida aplicación. b) Los artículos 2347 y 2349 del mismo Código Civil, puesto que debido al error de derecho cometido por el Tribunal en la estimación de los medios probatorios que se dejan enumerados, y la consiguiente violación directa de las disposiciones sobre prueba anotadas, tomó el Tribunal al Municipio de Bogotá como el directamente depositario de los vehículos automotores y de las llantas secuestradas, aunque apenas ocurrió que en su interés se formulara la oposición al secuestro dentro del juicio ejecutivo, y que fueran personas físicas distintas a tal entidad las que hubieran recibido y tenido en su poder esos objetos. Violó así indirectamente las normas citadas, por falta de aplicación, ya que eran las aplicables al caso de la comisión de culpa de que derivaron perjuicios para el demandante, por el uso indebido de los vehículos y la pérdida de las llantas. Culpa imputable al Municipio (hoy Distrito Especial) de Bogotá, porque no ejerció el control o vigilancia sobre las personas que tuvieron esos objetos en secuestro, decretado para su interés y por la oposición formulada a su nombre. Culpa in vigilando et in eligendo. De haber valorado el Tribunal debidamente las pruebas aducidas legalmente al proceso civil sobre los hechos, actos, negligencia culpable, o dolo, que dieron origen a los perjuicios ocasionados al demandante, habría hallado que la culpa del Municipio es indirecta, no directa, y en consecuencia habría aplicado las disposiciones sustantivas citadas, las cuales dejó de aplicar. Violación indirecta por falta de aplicación. Y violó asimismo la disposición del artículo 2358 del mismo Código Civil, por falta de aplicación. Si no hubiera cometido el error de derecho en la apreciación de las pruebas de que se ha dado cuenta, y por causa de este error cometido el quebranto directo de las disposiciones probatorias antes apuntadas, habría deducido que la culpa imputable al Municipio de Bogotá en la ocurrencia de los daños o perjuicios sufridos por el demandante en este juicio, y que alega y reclama sobre su resarcimiento, tuvieron origen en culpa indirecta del mismo Municipio, no directa. Y en este caso, habría hallado que era forzosa la aplicación del artículo 2358 del Código Civil, declarando en consecuencia la prescripción de la acción de dicho demandante, alegada dentro del juicio como ex-

cepción perentoria por el Personero Distrital o su apoderado. No hizo la declaración de esta prescripción, dejando de aplicar la norma que regula este fenómeno específicamente. Y así le desconoció al Distrito Especial demandado el derecho a que si cabía la condena impetrada por dicho demandante, su acción se enerva a causa de la prescripción. Violación indirecta por falta de aplicación".

LA CORTE CONSIDERA:

El quebranto al derecho sustancial alegado por el recurrente se apoya, en forma reiterada, en distintos pasajes de su exposición, esencialmente en el argumento de que el Tribunal le dió un valor errado a las pruebas aducidas porque consideró equivocadamente que el depositario directo o secuestre que llama "simbólico" de los vehículos automotores y las llantas objeto del secuestro, fue el Municipio de Bogotá y no las personas en quienes se cumplió tal secuestro; que esta entidad pública no tuvo en su poder directamente los bienes secue trados, sino "cada depositario o secuestre simbólico"; que tal error del sentenciador operó en la apreciación del acta de la diligencia de entrega al secuestre, pues si hubiera estimado en su contenido cabal dicha acta, habría hallado que aquellos bienes no estuvieron materialmente en poder del Municipio de Bogotá, aunque en su interés y a su nombre se hubiese formulado la oposición y realizado el depósito; que si no hubiera cometido aquél error de derecho en la apreciación de las pruebas, habría hallado que era forzosa la aplicación del artículo 2358 del Código Civil, declarando en consecuencia la prescripción de la acción del demandante. Además se refiere el recurrente a la prueba pericial que estimó el valor de uso de los vehículos por parte del Municipio en la cantidad de $ 28.350.00, y formula algunos reparos al modo como fueron aportados al juicio varios testimonios.

Respecto a la responsabilidad de las entidades públicas por culpa extracontractual, no fue uniforme la doctrina. Sin embargo, la Corte, Sala de Casación Civil, en sentencia proferida el 30 de junio de 1962, no publicada aún en la Gaceta Judicial en el juicio de Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells contra el Municipio de Bogotá D. E., fijó su criterio después de analizar cuidadosa y detenidamente la materia y numerosas sentencias anteriores. En lo pertinente al asunto que ahora se estudia dijo entonces la Corte:

"30.—La persona natural obra por sí y en razón de sí misma; goza no sólo de entendimiento y voluntad, sino también de los medios u órganos físicos para ejecutar sus decisiones. La persona moral, no; su personalidad no decide ni actúa por sí misma, sino a través del vehículo forzoso de sus agentes, sin los cuales no pasaría de ser una abstracción. Por eso se ha dicho que su voluntad es la voluntad de sus agentes. Entonces, sin la coexistencia de la entidad creada y de sus agentes, a través de la 'incorporación' de éstos en aquélla —apelando a un vocablo en uso— constituye un todo indivisible, que no admite tal discriminación.

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

"31.—De lo anteriormente expuesto fluye la inaplicabilidad de la tesis de la responsabilidad indirecta, por 'el hecho ajeno", y del mismo modo, la organicista, construída sobre tan improcedente discriminación".

"En cambio, el problema se desata en forma satisfactoria, desde el ángulo de la persona jurídica privada, mediante la tesis de la responsabilidad directa, en una palabra, por ser los actos de los agentes, sus propios actos, tesis cuyos caracteres quedaron determinados en el número 15 de esta providencia.

"34.—La tesis de 'las fallas del servicio público' se encuentra sintetizada en el número 19 de la presente sentencia. La Corte considera conveniente precisar la materia a que se refiere el punto g), acerca de la prescripción de las acciones, tomando en cuenta lo que en algunos fallos tiene resuelto:

"a) La acción por el daño, contra la Administración, trátese de fallas imputables al hecho delictual o cuasidelictual de un agente determinado, o de fallas orgánicas, funcionales o anónimas, prescribe con arreglo al derecho común, en veinte años.

"El Estado, como entidad jurídica que es, no puede incurrir en ilícito penal, y por ello no le es aplicable el artículo 2358 del C. C., fuera de que el sentido y trascendencia de los servicios públicos y la función estatal que ellos representan, no justificarían que tal medio extintivo de la responsabilidad del Estado se sometiera a reglas de excepción como son las que trae el citado precepto; por el contrario, son las generales, en ausencia de un ordenamiento especial, las que mejor consultan el interés social de reparar el daño infringido a otro.

"b) La acción de reparación contra el agente determinado, si por culpas civiles, se extingue en el mismo término, ya que tampoco hay norma de excepción al respecto; y sí de hechos punibles, en el mismo lapso de prescripción de la pena, según el inciso primero del indicado artículo 2358. De lo cual se colige que la prescripción de tres años de que trata el inciso segundo de esta disposición, solamente obra en los casos de responsabilidad indirecta, de conformidad con el artículo 2347; esto es, en favor de las personas bajo cuyo cuidado o dependencia se encuentran las causantes del daño proveniente de ilícito penal".

La doctrina de la Corte antes transcrita ilustra principalmente el punto de la prescripción de la acción propuesta en el juicio, pero sirve también para basar la decisión de la Corte en cuanto al cargo único de la impugnación, como se verá más adelante.

Es evidente, a la luz de la doctrina expuesta, que la responsabilidad del Municipio de Bogotá, D. E., se configura como responsabilidad directa de la entidad pública, no indirecta. Siendo así, también es obvio que la acción intentada en este juicio no se hallaba prescrita cuando se propuso, pues el actor podía intentarla dentro del lapso de 20 años, señalado para la prescripción general, y no únicamente dentro de los 3 años establecidos para los casos de responsabilidad indirecta.

No es pertinente en el recurso extraordinario considerar si el Municipio demandado ejerció control o vigilancia sobre las personas que de modo inmediato recibieron y ejercieron el secuestro, porque la culpa de la entidad pública, si la hubiera, sería directa y no indirecta. No puede negarse que en principio es evidente la responsabilidad civil del Municipio de Bogotá, D. E., "por haberse formulado la oposición a su nombre y en su interés", como así lo reconoce la demanda; y porque no es jurídicamente aceptable distinguir, como se pretende, entre la responsabilidad del secuestre, persona física, y la del Municipio, pues si el secuestro se hizo en manos de quien obraba por cuenta y en representación de la entidad pública, ésta responde por el secuestro, y no la persona natural que lo desempeñaba a nombre de aquél.

No es por tanto necesario hacer el análisis de las observaciones que el demandante formula respecto al valor probatorio de los testimonios aducidos sobre la conducta de las personas naturales que recibieron y ejecutaron el secuestro.

La demanda ataca la sentencia únicamente en lo desfavorable al Municipio de Bogotá, D. E., o sea a la condena que allí se hace al pago de la cantidad de $ 28.350.00 como indemnización de perjuicios por el uso de tres vehículos de propiedad del demandante, y a la de $ 1.450.80, valor de las llantas secuestradas. El sentenciador de segunda instancia encuentra probado el hecho del uso de los vehículos y de la pérdida o falta de las llantas de que se trata. La apreciación que sobre este punto hace el Tribunal cabe dentro de la autonomía que le corresponde para calificar la prueba. La Corte no puede por tanto modificar tal estimación. Y no violó el fallo acusado las disposiciones de los artículos 2247 y 2349 del C. C., por error de derecho al apreciar los medios probatorios, como se sostiene en el cargo, por haber considerado al Municipio de Bogotá, D. E., como depositario, y no a las "personas físicas distintas a tal entidad... que hubieran recibido y tenido en su poder esos objetos". Claro es que los vehículos y las llantas debían ser recibidos y conservados por el Distrito a través de personas naturales. Pero estas últimas no los recibieron y tuvieron en su poder para ellas, sino a nombre del Municipio y para éste.

No prosperan, por consiguiente, los puntos de acusación contenidos en el cargo único de la demanda del Distrito Especial.

No hay lugar a condenar en las costas del recurso al demandante, de acuerdo con la ley.

RESOLUCION

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el

Tribunal Superior de Bogotá, el 25 de septiembre de 1964, en el juicio ordinario de Elru Newball contra el Municipio de Bogotá.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

DIVISION DE BIENES COMUNES

Objeciones a la partición. - Formulación de diversos cargos por infracción directa derivada de error manifiesto de hecho en la valoración de determinadas pruebas.

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

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

Por la escritura Nº 30, otorgada en la Notaría de Cereté el 13 de marzo de 1934, los cónyuges Julio Navarro Patrón y Francisca Sáez de Navarro, sus menores hijos Rafael, César, Sixta Tulia, Julio César, Luis Felipe, Clemente, Armanda y Remberto Antonio Navarro Sáez y el señor Marcos Ramos Lora, hicieron las declaraciones siguientes: primera, que los exponentes son dueños en común de la nuda propiedad sobre un predio rústico llamado "El Ubérrimo", ubicado en el Municipio de San Carlos y alindado como se expresa en dicho instrumento; segunda, que el fundo nombrado consta de cuarenta y cinco fanegadas de extensión superficial, aproximadamente, de las cuales corresponden veinticinco al exponente Marcos Ramos Lora, y que los otros comuneros tienen allí estas cuotas: Julio Navarro Patrón, cuatro y media fanegadas; Francisca Sáez de Navarro, cuatro y media fanegadas, y los ocho menores Navarro Sáez, once fanegadas; tercera, que los exponentes han convenido en partir materialmente y que en efecto dividen la finca de "El Ubérrimo" en dos porciones, una de veinticinco fanegadas para el comunero Marcos Ramos Lora y otra de veinte fanegadas para los cónyuges Julio Navarro Patrón y Francisca Sáez de Navarro y sus ocho hijos Navarro Sáez, quienes continúan así en comunidad; cuarto, que en algunas de las escrituras por las cuales adquirieron sus derechos varios comuneros se habla de décimas partes y "que para los efectos de esta división se ha considerado y admitido que cada décima parte equivale a cuatro y media fanegadas de terreno".

En septiembre de 1958 los señores Francisca Sáez viuda de Navarro, César, Noris y Armanda Navarro Sáez demandaron a Fabio, Sixta Tulia y Remberto Navarro Sáez ante el Juez Civil del Circuito de Montería para que se decretara la división material y en subsidio la venta del fundo llamado "El Ubérrimo", constante de ciento veintinueve (129) hectáreas y seis mil metros cuadrados (6.000 mts.2.), ubicado en el Corregimiento de El Sabanal, jurisdicción de la misma ciudad de Montería, y alindado así: "Por el Norte, Caño de Hormiga en medio, con propiedades de Víctor Negrete, Pedro P. Caucil (sucesores), Miguel Mercado, Miguel García y sucesores de Rosendo Mestra; por el Sur, con propiedades de Marcos Ramos (parte que perteneció a 'El Ubérrimo' y se le segregó), comunidad 'La Margarita' o 'La Estación' de Francisca Sáez viuda de Navarro y otros; por el Este, con propiedades de sucesores de Rosendo Mestra, Emilio Salgado, Adela Mestra y Andrea Contreras, y por el Oeste, con propiedad 'Comunidad Las Margaritas o La Estación' de Francisca Sáez viuda de Navarro".

En los hechos de la demanda se dice que los actores y los demandados son los actuales propietarios del predio de "El Ubérrimo"; que este inmueble se componía antes de cuarenta y cinco (45) fanegadas; que de esta cabida se segregaron veinticinco (25) fanegadas para Marcos Ramos Lora; que así el fundo común quedó reducido a veinte (20) fanegadas y que, teniendo en cuenta que cada hanega tiene un área superficial de 64.800 metros cuadrados, las veinte fanegadas de "El Ubérrimo" equivalen a 129 hectáreas con 6.000 metros cuadrados; que los derechos de los demandantes representan más de

la mitad del inmueble, y que la comunidad ofrece situaciones difíciles y no conviene prolongarla. En la misma demanda se especifican los derechos que corresponden a cada uno de los comuneros, calculados en acciones sobre la comunidad, en hanegas y en hectáreas de tierra.

Los tres demandados contestaron el libelo manifestando que no se oponían a la división material del predio "El Ubérrimo", pero sí a su venta, y que aceptaban que en los títulos este inmueble figuraba con una cabida de veinte (20) fanegadas, pero que, cualquiera que fuera la base que se adoptara para convertir las hanegas en hectáreas, la superficie del fundo era mayor que la señalada por los demandantes, o sea que esa superficie tenía ciento cuarenta y seis (146) hectáreas, debiendo distribuírse el excedente de las veinte hanegas entre todos los comuneros en proporción a sus cuotas respectivas. Agregaron los mismos demandados que ellos "sólo admiten que se les adjudique un solo globo para los tres".

Por auto de 20 de noviembre de 1959 el juez del conocimiento decretó la partición material del referido fundo de "El Ubérrimo".

El partidor designado por el juez procedió a realizar su trabajo, halló que las veinte hanegas equivalen a 133 hectáreas con 7.803 metros cuadrados y dividió el inmueble en dos porciones, una de 85 hectáreas con 2.850 metros cuadrados para los demandantes en común y otra de 48 hectáreas con 4.950 metros cuadrados para los tres demandados, también en común.

Oportunamente los demandados formularon contra el trabajo de partición varias objeciones, así:

"a) El señor partidor hà incurrido en el error de dividir sólo veinte (20) fanegadas, o sean 133 hectáreas, 7.803 metros cuadrados, cuando en realidad la finca 'El Ubérrimo' tiene una extensión superficiaria mucho mayor.

"b) Ha estimado el señor partidor que lo que ha habido ha sido una confusión en cuanto a las apreciaciones de las partes en relación a la superficie de la finca en comunidad, circunstancia que, dice él, es explicable. pero que en realidad no es cierta. En todo caso, señor juez, es el mismo partidor quien afirma existir una confusión en cuanto a la cabida o superficie se trata. Para obviar esta confusión lo más indicado es medir la finca 'El Ubérrimo', actualmente en comunidad, para saber a ciencia cierta cuál es su superficie.

"c) Se basó el señor partidor para afirmar lo dicho en que la parte demandante dijo que se divida la comunidad de 'El Ubérrimo', que consta de 129 hectáreas, y que los demandados afirman tener 146 hectáreas. Cree el partidor solucionar el problema reduciendo las 20 fanegadas a hectáreas, produciéndole una superficie de 133 hectáreas, 7.803 metros cuadrados. La operación matemática no la refuto, pero lo que no es exacto y por ello mi oposición, es que esa sea la superficie de la comunidad.

"d) Otro error del señor partidor consistió en medir sólo 20 fanegadas. El debió medir la totalidad de la finca 'El Ubérrimo' y luego, basado en esa realidad, proceder a la partición.

"Señor juez, la comunidad o finca 'El Ubérrimo' tiene sus linderos claramente especificados y alinderados (sic) con cercas de alambre desde hace más de veinte (20) años y sólo el globo de terreno encerrado en esos linderos es el que hay que considerar como bienes de la comunidad.

"e) Otro error grande del señor partidor fue el de medir sólo 20 fanegadas, reducirlas a hectáreas y hacer una división. Eso no fue lo ordenado. Lo decretado por el juzgado fue proceder a la partición de la finca 'El Ubérrimo', actualmente en comunidad. La división que se haga no teniendo en cuenta la medida exacta de la finca 'El Ubérrimo', es inexacta por incurrir en un grande error de superficie.

"f) La línea divisoria que hizo el partidor por el lado que colinda con la comunidad de Las Margaritas o Estación, es imaginaria o arbitraria y bajo esa línea imaginaria o arbitraria no se puede aceptar una partición, sobre todo en el caso sub-judice, donde existen mojones definidos en sus colindancias (sic).

"El hecho, señor juez, de que los comuneros hayan aceptado, en vía de un arreglo amigable, que una décima (1/10) parte equivaliera a cuatro y media hectáreas, no da derecho para tomar esa medida como la única a que tienen derecho esos comuneros. Ya se ha dicho desde un principio que las medidas vienen diciendo 'aproximadamente', 'más o menos', con lo cual se quiere afirmar que las medidas ahí consignadas, se deben tomar como una base, pero no como cuerpo cierto o concreto. Señor juez, desde el año de 1934, según consta en la escritura pública número 30, se vienen especificando claramente los linderos de la comunidad de 'El Ubérrimo' y estos son los mismos en la actua-

lidad. Sólo han variado los actuales dueños de los predios colindantes, pero no sus linderos reales...

"g) También cometió el partidor el error de comenzar la medición de la comunidad por el Norte, con propiedad del Señor José Molina, cuando en realidad comienza con propiedad del señor Heliodoro Gómez, hoy de Hernán Piñeres".

Con apoyo en las objeciones anteriores, los demandados pidieron que se ordenara rehacer la partición y alegaron además la excepción de la prescripción adquisitiva de dominio, fundada en que "la comunidad de 'El Ubérrimo', desde hace más de veinte (20) años, viene poseyendo, con ánimo de señora y dueña, todos los terrenos comprendidos entre los linderos antes descritos".

Los demandantes contradijeron las objeciones y, surtido el incidente del caso, en auto de 13 de marzo de 1962 se declararon fundadas dichas objeciones y se ordenó al partidor rehacer su trabajo en conformidad con las observaciones allí mismo expuestas. Apelado ese auto por los demandantes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería lo confirmó mediante providencia de doce de julio de 1962.

Los mismos demandantes le solicitaron al Tribunal reposición del aludido auto confirmatorio y dicha Corporación, mediante sentencia de nueve de octubre de 1962, repuso ese proveído, revocó el de primera instancia y en su lugar dispuso aprobar el trabajo de partición, inscribir tal partición y la misma sentencia y protocolizar el expediente, todo ello con el voto disidente de uno de los magistrados.

La motivación de la sentencia expresa que en realidad carece de valor el reparo, oficiosamente formulado contra el trabajo de partición, de que en éste sólo se dividió "El Ubérrimo" en dos porciones y no en tantas cuantos son los comuneros, porque los tres demandados pidieron que se les señalase a ellos un solo globo de terreno, porque el mismo trabajo de partición no fue objetado por haber sacado esas dos hazas únicamente y porque el ordinal 3º del artículo 2338 del C. Civil autoriza la adjudicación de las suertes en globos comunes cuando así lo solicitan varios de los copartícipes.

Acerca de la objeción consistente en que el partidor no dividió sino veinte hanegas, equivalentes a 133 hectáreas con 7.803 metros cuadrados, cuando "El Ubérrimo" tiene 146 hectáreas, según los objetantes, anota la sentencia que en la escritura Nº 30, de 13 de marzo de 1934, se dijo por los comuneros que el primitivo fundo de "El Ubérrimo" constaba de 45 fanegadas "aproximadamente", pero que en el mismo instrumento se lo dividió en dos porciones, una de 25 fanegadas para Marcos Ramos Lora y otra de 20 hanegas para los demás comuneros, de modo que el inmueble que ahora se trata de partir quedó desde entonces integrado por veinte fanegas, habiéndose convenido también que cada décima parte equivalía a cuatro y media fanegas. Según el fallo, estas declaraciones y convenios de los comuneros tienen valor respecto de los mismos copartícipes y deben ser acatados y respetados, de acuerdo con lo prescrito por los artículos 1602 del C. Civil y 630 del C. Judicial. En seguida añade la sentencia:

"Aceptado por los contratantes en la escritura Nº 34 (sic) que la cabida de la antigua comunidad era de 45 fanegas aproximadamente, para lo cual acordaron o pactaron, en la cláusula quinta, que cada décima parte equivalía a cuatro y media fanegas, y que la porción que fue adjudicada a los actuales litigantes era de veinte fanegas, así tiene que ser aceptado por la Sala mientras dicho título no sea invalidado legalmente, lo que no ha ocurrido hasta la fecha, o mientras no se presente una prueba sobre el particular capaz de desvirtuar y prevalecer sobre el título, lo que tampoco ha acontecido, porque los testimonios recibidos durante el incidente de objeciones y la inspección ocular practicada por el juez, no pueden primar ni prevalecer sobre el contenido de la escritura pública".

Después de recordar una doctrina de la Corte sobre que las declaraciones hechas en escrituras públicas hacen fe respecto de sus autores, la sentencia concluye así el examen de la objeción mencionada:

"De manera que la decisión del partidor, cuando se remitió a los títulos para sacar las veinte (20) fanegas a que éstos hacían referencia, con el fin de repartirlas entre los actuales comuneros, es aceptada y jurídicamente fundada, ya que en casos como el que se estudia y a falta de mejores elementos de juicio, son los títulos respectivos los que dan razón del derecho de cada comunero y sirven de orientación y guía al partidor para cumplir su cometido".

En relación con el reparo de que el trabajo de partición había dejado una faja de terreno

anexada a la finca de "La Estación" o "Las Margaritas", dice el fallo:

"Respecto de la zona o faja de terreno que la Sala consideró en la providencia recurrida, había sido agregada o anexada a la comunidad de 'Las Margaritas' con perjuicio de 'El Ubérrimo', citado el partidor... que explicase verbalmente a la Sala y con vista en el plano, el hecho de carácter técnico, manifestó que no hubo tal anexión, porque la faja o zona que allí aparece, es una línea poligonal que acostumbran hacer los ingenieros para facilitar la mensura del predio, cuando, como acontece en el caso de autos, el lote o predio por medir no tiene sus linderos en línea recta, y que el mismo fenómeno se opera respecto de otras colindancias (sic), esto es, que también fueron sacadas otras fajas en otros linderos de 'El Ubérrimo', sin que pueda decirse que a los respectivos co lindantes se les arrebató terreno, como puede fácilmente observarse en el plano, lo que es cierto y así fue constatado por la Sala".

LA IMPUGNACION

Los comuneros objetantes del trabajo de partición recurrieron en casación y han formulado contra la sentencia aprobatoria de ese trabajo tres cargos que la Corte procede a examinar, advirtiendo que la parte opositora replicó oportunamente la demanda respectiva.

Primer cargo.—Aparece enunciado así por el recurso: "Violación del artículo 2338 del C. C., en armonía con el 1134 del C. J., que es de carácter sustancial en cuanto establece el derecho a pedir la división de la comunidad, por infracción directa derivada de error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba de inspección ocular efectuada el 18 de diciembre de 1961 y de las declaraciones de José Molina López, Rafael Royo Mestra y Sixto Tirado".

El recurso desarrolla este motivo recordando en primer término algunas de las explicaciones dadas por el partidor y los factores que éste tuvo en cuenta para realizar su trabajo. Alude al concepto del mismo partidor de que la discrepancia entre las partes sobre la cabida de "El Ubérrimo" obedece a un error sobre la base para convertir las fanegas en hectáreas y de que esa reducción sólo da una superficie de 133 hectáreas con 7.803 metros cuadrados. También anota los linderos de "El Ubérrimo" que el partidor señaló, la división de ese fundo en dos porciones y la observación de que tal inmueble se halla cercado por todos sus linderos, con excepción de la parte en que colinda con la finca de "La Estación" o "Las Margaritas", circunstancia ésta que lo hizo decir: "Ante ese hecho me sometí a los títulos de propiedad hasta obtener la cabida declarada de 20 fanegadas, que no es motivo de discrepancia entre las partes". Luego agrega el mismo recurso:

"Ya se vio que las objeciones fueron al respecto: que el partidor dividió sólo veinte fanegadas, o sean 133 hectáreas y 7.803 mts., siendo así que la finca tiene una extensión mayor, y la equivocación consistió en no medir el parti- y precisar las veinte fanegadas de que hablan los títulos, cuando el auto que decretó la divi- dor la totalidad de la cosa común, sino atenerse sión expresó que la materia de ella era toda la comunidad 'El Ubérrimo', por los linderos y especificaciones dichos en la parte motiva y no exclusivamente veinte fanegadas. Que existiendo linderos determinados por cercas, inclusive en la colindancia con la finca 'La Estación' o 'Las Margaritas', la línea que siguió la partición en tal sector es imaginaria y por ende arbitraria, cuando ha debido contemplar tales cercas. Que las medidas de los títulos y la extensión no corresponden a la realidad, pues las primeras se incluyeron con aproximación y no con exactitud y la segunda a fin de llegar a un acuerdo para proceder a la primera división del terreno mayor, como consta en el título. Y que el partidor erró al principiar la medición con la finca de Joaquín Molina, cuando ha debido comenzar con la de Hernán Piñeres en la parte pertinente".

En la inspección ocular que practicó el juez de la causa el 18 de diciembre de 1961, se identificaron los linderos de "El Ubérrimo" y se observó que esos linderos tienen cercas de alambre; que por el lado que el predio linda con la finca de "La Estación" o "Las Margaritas" las cercas están señaladas por postes de árboles "Jobo" y Matarratón, de vieja data, en los cuales hay vestigios de alambre, y que en la parte cenegosa no existen esos árboles, sino estacas. Fuera de la prueba anterior, los testigos José Molina López, Rafael Royo Mestra y Sixto Tirado declaran que desde hace más de veinte años "El Ubérrimo" tiene los mismos linderos y cercas de ahora. De aquí que el juez, al resolver el incidente de objeciones, hubiere advertido la contradicción que se observa entre lo dicho por el partidor sobre la ausencia de cercas en el lindero de "El Ubérrimo" con "La Es-

tación" y lo anotado por el propio juez en la inspección ocular.

Después de argüir que, de acuerdo con lo que demuestran las dos pruebas mencionadas, no existe confusión alguna en el lindero de los dos predios mentados, el recurso concluye así la exposición de este cargo:

"Luego es evidente que el partidor y por tanto el Tribunal, al aprobar la partición, no tuvieron en cuenta, ignoraron, la inspección ocular y las declaraciones de los testigos citados, de las cuales se deduce la veracidad de la objeción, o sea que sí existen cercas que precisan los linderos con la finca de 'Las Margaritas'. Y como en vez de considerar tales linderos, el partidor ideó una línea imaginaria en este punto a fin de completar las 20 fanegadas de que hablan los títulos, sin atenerse a la realidad, aparece el error manifiesto de hecho en la apreciación de tales probanzas, las cuales acreditan, separada y conjuntamente, los linderos reales de 'El Ubérrimo' con el predio 'Las Margaritas'. Al no apreciar tales pruebas plenas violó por inaplicación el artículo 2338 del C. C., en cuanto presupone la división de un terreno común, vale decir de la totalidad de él, en relación con el 1134 del C. J., que establece la acción divisoria de la cosa común, o sea de toda ella, porque al no precisar primero la extensión total de la comunidad no dividió o distribuyó su verdadera extensión.

"Además, violó por igual concepto el citado artículo 2338 del C. C., porque no dio cumplimiento a lo preceptuado en la regla primera, que en lo pertinente reza: 'El valor de cada suerte de terreno se calculará por su utilidad y no por su extensión; no habiendo por tanto necesidad de ocurrir a la mensura sino cuando ésta puede servir de dato para calcular mejor el valor'. Siendo así que la finca no se avaluó, era indispensable acudir a la mensura por orden de tal norma, la cual no aplicó el partidor y por lo mismo el Tribunal, no obstante que el partidor admite que 'me sometí a los títulos de propiedad hasta obtener la cabida declarada de 20 fanegadas', de manera que no se cercioró de la verdadera superficie de la cosa común".

Segundo cargo.—El recurso lo formula así: "Violación, por infracción directa, de los artículos 2338 del C. C. y del 1134 del C. J., ocasionada por error de hecho en la apreciación del dicho o explicación del partidor sobre la trascendencia de la línea divisoria de las fincas 'El Ubérrimo' y 'Las Margaritas', que figura en el plano anexo a la partición, pues tal explicación no obra en autos, de modo que las partes no la conocieron".

El recurso transcribe el párrafo ya reproducido de la sentencia en que se alude a una explicación dada por el partidor al Tribunal y afirma que, como tal explicación hizo variar el concepto sobre que la partición había dejado anexada a "Las Margaritas" una zona o faja de tierra de "El Ubérrimo", resulta que el fallo incurrió en un error manifiesto de hecho al considerar probada con esa explicación la verdadera línea divisoria entre los dos predios, pues esa prueba de la explicación no figura en el proceso ni fue conocida de las partes. "Este error manifiesto de hecho —dice el recurso— llevó al sentenciador a violar por infracción directa, por no haberlos aplicado, los artículos 2338 del C. C., que prescribe la división de la totalidad del bien común y no una porción de él, y 1134 del C. J., que establece la acción divisoria de la cosa común, o sea de toda ella, pues no se precisó la comunidad antes de dividirla, de modo que se distribuyó extensión diversa.

"En suma, lo que hizo variar el criterio del Tribunal en la apreciación del plano aludido, del cual dedujo anteriormente que quedó parte del inmueble sin adjudicar, pues de tal pieza resulta una faja que se segregó de 'El Ubérrimo' y se agregó a 'Las Margaritas', fue una explicación o complemento oral de la partición que no figura en los autos y que las partes desconocieron al no recibir traslado de ella, lo cual implica error de hecho, por basarse en prueba inexistente, con la consecuente infracción de las normas sustanciales señaladas".

Tercer cargo.—Versa sobre el quebranto de los Arts. 2338 del C. Civil, 1134 y 473 del C. Judicial, a consecuencia de un error de hecho en la apreciación de la Escritura Nº 30, extendida en la Notaría de Cereté el 13 de marzo de 1934.

El recurso funda este motivo diciendo que, según lo expuesto en la escritura Nº 30, el primitivo fundo de "El Ubérrimo" tenía una extensión de 45 fanegadas "aproximadamente" y que ese inmueble se dividió entonces en dos porciones, una de 25 fanegadas para Marcos Ramos Lora y otra de 20 fanegadas para los demás comuneros. Siendo, pues, aproximada la cabida de 45 fanegadas, es obvio que a los condueños de "El Ubérrico" no se les adjudicó una extensión

exacta de 20 fanegadas, sino también aproximada. La sentencia incurrió por tanto en un error manifiesto de hecho al interpretar la escritura expresada, que no habla de cabida exacta, sino aproximada de la porción indivisa que ahora se trata de partir, y al aprobar que el partidor se hubiera contraído a dividir 20 fanegadas y que no hubiese medido y distribuído todo el bien común.

"Si la extensión total inicial —expresa el recurso— fue aproximada, era indispensable precisar ahora la real extensión de 'El Ubérrimo'. Y si el partidor se limitó a precisar veinte fanegadas, es obvio que por error de interpretación literal, por pasar por alto que la escritura expresa que la extensión es aproximada, violó el artículo 2338 del C. C., en cuanto dispone la división de la totalidad del bien común y en cuanto no cumplió la regla primera que dispone la mensura a falta de avalúo, el cual no se hizo, así como el 1134 del C. J., que consagra la acción de división de la cosa común, vale decir de toda ella y no de parte de la misma, por no haberlos aplicado".

Por otra parte, en el auto que decretó la partición de "El Ubérrimo" se dispuso dividir todo ese inmueble entre los comuneros, pero como así no se hizo y la sentencia aprobó la participación realizada, sucede que de este modo dicho fallo violó por inaplicación el artículo 473 del C. Judicial, que es sustancial y que le imprime el sello de cosa juzgada al proveído que ordena una partición de bienes, aunque no tenga la categoría formal de sentencia. El recurso cita en respaldo de esta tesis una doctrina de la Corte sobre un caso similar y pone así término a la exposición de este tercer motivo:

"Es así que el juzgado, tal cual quedó copiado en su lugar, ordenó la división de 'El Ubérrimo', especificado por linderos, en providencia que hizo tránsito a cosa juzgada, y que el partidor se limitó a precisar 20 fanegadas, sin medir la extensión del inmueble, como consecuencia del error de apreciación de la escritura en que se constituyó la comunidad, que habla de extensión aproximada del terreno de la cual emanó, luego desobedeció tal decreto judicial y violó indirectamente el artículo 473 del C. J.".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I)—En su trabajo de partición expresó el partidor que el fundo de "El Ubérrimo" se encuentra "cercado por todas las colindancias, con excepción del lote Las Margaritas o El Encanto, de propiedad de Francisca Sáez viuda de Navarro. Ante ese hecho me sometí a los títulos de propiedad, hasta obtener la cabida declarada de veinte (20) fanegas, que no es motivo de discrepancia entre las partes".

Los demandados objetaron la partición porque, al limitarse ella a dividir veinte fanegas, o sean 133 hectáreas con 7.803 metros cuadrados, no se distribuyó la totalidad del predio de "El Ubérrimo", cuya cabida es superior, esto es, de 146 hectáreas, según lo dijeron los propios objetantes al contestar la demanda inicial de este juicio. Según los mismos objetantes, el partidor cometió un error al contraerse a dividir aquellas 20 hanegas, a consecuencia de no haber identificado y tenido en cuenta el lindero con la finca de "La Estación" o "Las Margaritas" ni medido la cabida real de "El Ubérrimo", o sea la superificie que está comprendida dentro de todos sus linderos, incluso el que lo separa de la sobredicha finca de "La Estación".

La sentencia homologó la partición con el argumento central de que ella estaba ceñida al área de veinte fanegas que el título de la comunidad le fija al predio de "El Ubérrimo" y de que en consecuencia el partidor había obrado legalmente al dividir esas veinte hanegas entre todos los comuneros.

La primera censura le imputa al mismo fallo el quebranto, por falta de aplicación, de los artículos 2338 del C. Civil y 1134 del C. Judicial, a causa de un error de hecho en la apreciación de las pruebas. Sostiene el recurso que, al aprobar la partición, la sentencia incurrió en un yerro manifiesto de hecho, consistente en no haber visto ni apreciado las pruebas que demuestran que el lindero de "El Ubérrimo" con el fundo "La Estación" está perfectamente definido y que el partidor no tuvo en cuenta todos los linderos de aquel inmueble para el efecto de medir su cabida real y dividirlo en su totalidad.

Las pruebas que, según el recurso, omitió apreciar la sentencia son la inspección ocular practicada por el juez de la causa y los testimonios de José Molina, Rafael Royo y Sixto Tirado. La inspección ocular demuestra que "El Ubérrimo" tiene cercas de alambre por todos sus linderos, incluso por el lindero con la finca "La Estación" o "Las Margaritas". Y los tres declarantes nombrados afirman que el dicho inmueble tiene hoy los mismos colindantes de hace veinte o más años. El impugnante afirma que el fallo no tuvo en cuenta estas dos pruebas

y que por ello aprobó una partición que no abarca la cabida real del predio por todos sus linderos, sino que se limitó a dividir veinte fanegas, dejando de partir por tanto todo el inmueble.

Como queda dicho, la sentencia aprobó la partición por encontrarla ajustada a la cabida de veinte fanegas que al predio de "El Ubérrimo" le fija el título constitutivo de la comunidad, o sea la escritura Nº 30, de 13 de marzo de 1934. Expresó el fallo que, si en este instrumento se dijo que el fundo primitivo constaba de 45 fanegadas "aproximadamente", allí mismo se lo dividió en dos porciones, una de 25 hanegas y otra de 20 hanegas, sin expresar que estas últimas cabidas fueran aproximadas. Estas áreas, así determinadas, tienen valor entre los condueños de "El Ubérrimo" y deben ser aceptadas y respetadas mientras no se invalide el título mencionado o mientras no se presente una prueba que desvirtúe esas cabidas o que acredite que éstas son mayores. De manera expresa añade la sentencia que aquí no se adujo tal prueba y que los testimonios recibidos en el incidente de objeciones y la inspección ocular practicada por el juez, no prevalecen en este caso sobre el contenido de la escritura pública. Este razonamiento pone en claro que el fallo no olvidó considerar las probanzas que el recurso tiene por omitidas. Lo que la sentencia sostiene es que, entre los condueños de "El Ubérrimo", el título constitutivo de la comunidad hace plena prueba respecto de la cabida de veinte hanegas y que las declaraciones y la inspección ocular referidas no desvanecen esa prueba ni priman sobre dicho título. De suerte que el fallo sí tuvo en cuenta y apreció los elementos de juicio a que se alude y que si, con relación a dichas pruebas, pudiera atribuírse algún error de apreciación a la misma sentencia, tal yerro no sería de hecho, como lo plantea el recurso, sino de derecho, por una supuesta falsa valoración tanto del título de la comunidad como de la inspección ocular y de los testimonios sobredichos. Cumple anotar además que el principal fundamento probatorio del fallo descansa sobre la escritura Nº 30 de 1934; que el recurso no impugnó la misma sentencia por haberle atribuído a ese instrumento el valor de plena prueba respecto de la extensión superficial de "El Ubérrimo", y que en consecuencia dicho fallo permanece incólume y firme por este aspecto.

Y aun cabría agregar de modo expreso algo más que va implícito en el concepto de la sentencia de que la inspección ocular y las declaraciones mentadas no informan en este caso lo expuesto en el título de la comunidad, es a saber: Primero, que ni esa inspección ni tales testimonios demuestran, separadamente ni en conjunto, que los linderos de "El Ubérrimo", mencionados en dichas pruebas, comprendan una cabida superior a veinte hanegas de terreno; segundo, que las mismas pruebas tampoco acreditan que la partición hubiera dejado de distribuír entre los comuneros alguna parte o zona de aquel inmueble, es decir, que no hubiese dividido toda la superficie de ese fundo. De modo que, aun en el supuesto de que estuviese probado que el fallo hubiera cometido el error de hecho que se le imputa, no tendría ese yerro trascendencia en la decisión, porque las pruebas aludidas no establecen que "El Ubérrimo" tenga una cabida mayor de veinte hanegas y que la partición sólo dividiera una parte del mismo fundo.

II)—En el segundo cargo se le atribuye a la sentencia el quebranto, por falta de aplicación, de los artículos 2338 del C. Civil y 1134 del C. Judicial, a causa de un error de hecho que se hace consistir en haber tenido por comprobado, con la explicación oral dada por el partidor al Tribunal, el lindero real de "El Ubérrimo" con la finca "La Estación" y considerado en consecuencia que la partición no había en realidad segregado del primer predio ninguna faja de terreno para anexarla al segundo.

Ya se ha recordado que por auto de 13 de marzo de 1962 el juez de la causa declaró fundadas las objeciones propuestas contra la partición y dispuso rehacer ésta. Apelado ese proveído por los demandantes, el Tribunal lo confirmó por auto de doce de julio del mismo año. Una de las razones en que se apoyó esta última providencia consistió en que, sin medir la cabida de "El Ubérrimo", el partidor se había limitado a partir veinte fanegas, dejando por fuera, como se observaba en el plano levantado por el propio partidor, una zona de terreno que de hecho quedó anexada al fundo colindante de "La Estación", o "Las Margaritas". Solicitada la reposición de ese auto, el Tribunal lo repuso en efecto y profirió en su lugar la sentencia aprobatoria de la partición. Se expresa en el fallo que, requerido el partidor por el mismo Tribunal para que explicara verbalmente sobre el plano el sentido de la línea que revelaba la segregación de la referida faja de terreno, el nombrado partidor manifestó que no hubo tal separación ni la anexión correlativa y que la línea

que aparentaba denotar lo contrario no era la señal de un lindero, sino una raya poligonal que se acostumbra trazar para facilitar la mensura de predios de contornos irregulares. El sentenciador examinó de nuevo el plano y concluyó que en realidad no se había segregado ninguna porción de terreno de "El Ubérrimo" para dejarla anexada a "Las Margaritas".

Cierto es que la explicación del partidor no fue una prueba pedida ni decretada y que no figura en los autos, pero también es verdad que ella no fue acogida por la sentencia como tal prueba, esto es, con valor propio. En un principio entendió el fallador que una línea poligonal que el partidor había trazado sobre el plano, señalaba el lindero entre los fundos de "El Ubérrimo" y "La Estación" y denunciaba que la partición había separado una faja de la primera finca para anexarla a la segunda. Recibida la explicación del partidor, el Tribunal estudió una vez más el plano y llegó a cerciorarse de que ninguna zona de "El Ubérrimo" había quedado agregada al predio de "La Estación". Por donde se ve que la prueba realmente apreciada por el fallo fue la del plano y que no se acogió la explicación del partidor como prueba del lindero mencionado y de la no segregación de la mentada zona de terreno. Lo que vale decir que la sentencia tuvo por comprobada la línea divisoria entre "El Ubérrimo" y "La Estación", no con la explicación del partidor, sino con el plano, rectamente entendido. Esto demuestra que el fallo no dio por establecido el lindero dicho con una prueba inexistente ni incurrió en el error de hecho que se le imputa en el segundo cargo, como tampoco en las violaciones de ley sustancial que allí mismo se formulan.

III)—En el tercer motivo se le atribuye a la sentencia la violación, por falta de aplicación, de los artículos 2338 del C. Civil, 1134 y 473 del C. Judicial, a consecuencia de un error de hecho en la apreciación de la escritura Nº 30, de 13 de marzo de 1934. Dice el recurso que en este instrumento se dijo que el primitivo fundo de "El Ubérrimo" constaba de 45 fanegadas "aproximadamente"; que allí mismo se lo dividió en dos porciones, una de 25 fanegas y otra de 20; que, siendo aproximada aquella cabida total, también lo son estas otras superficies parciales, y que la sentencia incurrió en un error manifiesto de hecho al no ver la prueba que así lo demuestra y al estimar exacta la cabida de 20 fanegadas que se fijó al predio "El Ubérrimo" que ahora se busca partir.

Atrás se vio cómo la sentencia se refirió de modo expreso y concreto al hecho de que en la escritura Nº 30 de 1934 se dijo que el primitivo fundo de "El Ubérrimo" constaba de 45 fanegadas "aproximadamente" y de que, no obstante, se lo dividió allí mismo en dos porciones de 25 y 20 fanegas, respectivamente, sin expresar que estas últimas cabidas fueran también aproximadas. El fallo le asignó al instrumento mencionado el valor de plena prueba y estimó que lo declarado en él hacía fe entre los comuneros y que en consecuencia debía aceptarse que el actual predio de "El Ubérrimo" sólo tiene veinte fanegas, ya que no se adujo prueba de que la extensión del inmueble fuera mayor. Esta consideración de la sentencia deja ver que ella sí apreció la citada escritura Nº 30 y lo expuesto allí sobre la cabida del fundo que es materia de este juicio de partición. No incurrió pues, el fallo en el error de hecho que aquí se le atribuye.

El Juzgado del conocimiento dispuso dividir todo el predio de "El Ubérrimo" entre sus condueños; al ejecutar su trabajo halló el partidor que, según el título constitutivo de la comunidad, aquel fundo constaba de veinte fanegas de terreno, redujo estas fanegas a hectáreas y las partió en las dos porciones mencionadas. Como no se adujo prueba de que la superficie del inmueble sea mayor de las referidas veinte hanegas, tampoco hay base para admitir que el partidor no hubiera dividido todo ese predio y que la sentencia cometiera el error de hecho de no ver que se había desobedecido la providencia que ordenó partir la totalidad del mismo fundo. Al aprobar el trabajo de partición de "El Ubérrimo", no olvidó ni desatendió el fallo lo dispuesto por el auto que decretó la división total de ese fundo, porque no se ha establecido que aquella partición sea simplemente parcial, es decir, que no comprenda toda la superficie de aquel inmueble que se ordenó partir, ni quebrantó por ese motivo el artículo 473 del C. Judicial.

Estas consideraciones permiten concluír que los cargos no son fundados.

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 nueve de octubre de mil novecientos sesenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en este juicio

sobre división de bienes comunes propuesto por Franc'sca Sáez viuda de Navarro, César, Noris y Armanda Navarro Sáez frente a Fabio, Sixta Tulia y Remberto Navarro Sáez.

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.

DEMANDA DE CASACION

Objeto de la calificación previa. - Sentido y alcance de las exigencias del artículo 63 del Decreto-Ley 528 de 1964. - Deber de expresar las causales. - Tratándose de la causal 1ª de casación, necesidad de indicar el modo de violación de la ley sustancial y el carácter de esta infracción. - Violación indirecta de la misma ley. - Configuración de los cargos por errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas. - Carácter de los artículos 209, 330, 333, 343 y 344 del Código Judicial.

1.—Es verdad averiguada 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.).

2.—Preceptúa el artículo 63 del Decreto-ley 528 de 1964 que "La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas. Si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una".

La exigencia de que se exprese la causal que se aduzca es obvia, en cuanto la Corte debe ser colocada por el recurrente en el campo exacto en que se reclama su intervención y al cual ha de circunscribirse su conocimiento.

La exigencia de que se indiquen en forma clara y precisa los fundamentos de la causal invocada, con la determinación de las normas sustanciales que se estimen infringidas, y que es una proyección de la primera, obedece al principio de que lo que se juzga en el ámbito del recurso extraordinario no es el litigio como thema decidendum, sino la sentencia del tribunal ad quem como thema decisum, que llega amparada por la presunción de acierto. Así que la Corte no puede entrar a juzgar de esa sentencia, sino a la luz de las acusaciones que en el libelo de casación se le hayan hecho, en la forma definida y concreta que exige la ley del recurso.

Y el último de tales requisitos, que se inspira en el mismo criterio determinante de los anteriores, es un imperativo de orden en la técnica de la acusación, siendo lógico que a causales distintas han de corresponder capítulos de impugnación separados, con sus respectivos fundamentos.

Ahora bien: la PRECISION que la norma exige en el fundamento de las causales, implica necesariamente, cuando de la causal primera se trata, que se satisfagan condiciones tales como estas:

a) Que, al formular la acusación, se fije con exactitud el modo de la violación de ley sustancial que pretenda imputarse al sentenciador. Es decir, que se determine claramente si la ley de este orden fue infringida de manera directa o sea sin deberse su vulneración a yerro alguno de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas, o si lo fue por vía indirecta, a causa de haber incurrido en error de una de éstas dos clases en la apreciación probatoria;

b) Que, si el ataque fuere por violación directa de la ley sustancial, se concrete el sentido en que hubo de ocurrir su quebranto, el que tendría que ser por uno de estos tres motivos, distintos en su índole, a saber: "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 (artículo 52, ord. 1º, dect. cit.)" (prov. 15 abril 1966, juicio de Francisco Eladio Ramírez contra Luis E. Quintana A.). Pero es entendido que, si la censura se propusiera por violación indirecta de la misma ley, no habrá entonces margen al motivo de interpretación errónea, reduciéndose así el campo de la impugnación a los otros dos primeramente citados: falta de aplicación o aplicación indebida.

Por lo mismo, no basta para proponer formalmente un cargo en casación por la causal primera, expresar que se interpone por infracción de numerosas disposiciones de derecho sustancial, si al propio tiempo no se indica concretamente, y no de un modo general, cuál es la norma violada y el concepto en que lo ha sido, si por omisión, o por aplicación indebida, o por interpretación errónea.

c) Que si el punto inicial de la acusación fuere el error de hecho en la apreciación de una prueba trascendente, se alegue sobre ello por el impugnante, individualizando el medio mal apreciado y demostrando el error mismo, el cual para asumir entidad en casación tiene que consistir: o bien en que el sentenciador no haya visto la prueba que obra en el juicio; o bien, haya supuesto la que no existe en él, hipótesis ésta en que cabe el caso de haber desfigurado la prueba, haciéndole decir lo que ella no expresa, lo que lógicamente implica el suponer un medio de convicción que no existe;

d) Que si la base de la censura fuere el error de derecho en la valoración de un medio probatorio, además de singularizar éste, 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 el punto de partida 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" (providencia de 16 de junio de 1966, en juicio del menor Juan Carrillo contra la sucesión de Juan Pabón).

Y como consecuencia de los imperativos contemplados en los dos últimos ordinales de la enumeración que antecede, la doctrina enseña:

Que, en principio, no es dable en el recurso extraordinario configurar un cargo por error de hecho y de derecho conjuntos en la estimación de una misma prueba; y

Que no procede acusar a través del planteamiento global del problema probatorio, en busca de que la Corte se forme una evidencia diferente a la que el juzgador de instancia se formó.

3.—La enumeración de las normas legales que el recurrente relaciona como violadas no sirve por sí sola a los propósitos de la acusación. Pues, las que se citan del Código Judicial (artículos 209, 330, 333, 343 y 344) no van más allá de ser disposiciones ordinativas o reguladoras de la actividad in procedendo, cuyo desconocimiento por sí solo no serviría para estructurar un cargo en casación, mientras no se demostrase su repercusión en el quebranto del derecho sustancial, extremo éste que debidamente propuesto y sustentado sería lo que diese integración y, por lo mismo, entidad impugnativa a la censura. Y porque, cuanto a las normas del Código Civil que el recurso relaciona, no precisa, en lo tocante con el contenido sustancial de cada una de las que entrañen un precepto completo, o de las que complementándose entre sí por razón de su materia constituyan una regla compleja, cuáles fueron las infracciones cometidas por el Tribunal. Como se dijo atrás en este fallo, no basta al respecto citar numerosas disposiciones como infringidas, si al propio tiempo no se indica concretamente la norma violada y el concepto en que lo haya sido.

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

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Contra la sentencia de segunda instancia de fecha 3 de septiembre de 1965, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tun-

ja, en este juicio ordinario seguido por Napoleón Castillo Corredor frente a Evangelino Hernández y Eufrosina Franco de Corredor, interpuso la parte actora recurso de casación, el que le fue concedido por el Tribunal.

Admitido el recurso por la Corte para su tramitación, se ordenó dar traslado del proceso a la parte recurrente, cuyo apoderado presentó con fecha 9 de agosto último la demanda de casación que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65 del Decreto-ley Nº 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 según el cual la controversia se inició con la demanda de Napoleón Castillo Corredor contra Evangelino Hernández, para que se declarasen "simulados y por consiguiente sin valor ni efecto algunos" las ventas que figuran en las escrituras números 1779 de 10 de diciembre de 1948 y 977 de 30 de junio de 1949, ambas de la Notaría Segunda de Tunja, otorgadas la primera por Misael Rojas a favor de María del Carmen Malaver de Farfán, y la segunda por ésta a favor de Eufrosina Franco de Corredor, y subsidiariamente se condenase al demandado como poseedor de mala fe a restituir a la sucesión de Misael Corredor el terreno denominado "Punta Larga", ubicado en jurisdicción de Cómbita, con sus frutos naturales y civiles. Esta demanda —dice el recurso— fue aclarada y enmendada por otra, dirigida contra el mismo Evangelino Hernández y contra Eufrosina Franco de Corredor, para que se declarase: que el mencionado terreno con sus ganados y anexidades pertenece a la sociedad conyugal que se formó por el matrimonio de Misael Corredor y Sixta Peña y a sus sucesiones conjuntas; que es simulada y por consiguiente "sin valor ni efecto alguno" la venta que reza la escritura Nº 977 de 30 de junio de 1949 de la Notaría Segunda de Tunja, otorgada por María del Carmen Malaver de Farfán a favor de Eufrosina Franco de Corredor; que, consecuencialmente, "es nulo de nulidad absoluta o en subsidio relativa" el contrato de venta contenido en la escritura Nº 999 de 4 de julio de 1949, de la misma notaría, otorgada por Eufrosina Franco de Corredor a favor de Evangelino Hernández; y se condenase a Hernández a restituír a las referidas sucesiones el mismo terreno con sus ganados y anexidades, y también sus frutos naturales y civiles, considerando a Hernández como poseedor de mala fe, y se condenase, además, a la demandada Eufrosina Franco de Corredor a pagar a las mismas sucesiones de Misael Corredor y Sixta Peña los perjuicios causados por la enajenación dolosa hecha a Evangelino Hernández.

Como lo nota el recurrente, por el fallo del juez a quo se declaró probada la excepción de prescripción y se absolvió a los demandados; y apelado este proveído, fue reformado por el Tribunal Superior de Tunja en sentencia de 3 de septiembre de 1965, por la cual se proveyó así: 1º—No hacer la declaración de ser simulado el contrato recogido en la escritura Nº 1779 de 10 de diciembre de 1948, de la Notaría Segunda de Tunja, por cuanto "sobre tal petición se produjo decisión judicial con autoridad de cosa juzgada"; 2º—Declarar probada la excepción de petición de modo indebido en lo atinente a la súplica de ser simulado el contrato que reza la escritura Nº 977 de 30 de junio de 1949, otorgada por María del Carmen Malaver de Farfán a favor de Eufrosina Franco de Corredor; 3º—No ser nulo, ni absoluta ni relativamente, el contrato que se contiene en la escritura Nº 999 de 4 de julio de 1949, de la Notaría Segunda de Tunja, celebrado entre Evangelino Hernández y Eufrosina Franco de Corredor, "en consecuencia de lo cual se le absuelve de todos los cargos encarados en la demanda".

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

"Fundamento la solicitud de casación que muy respetuosamente hago ante la H. Corte de la sentencia de fecha tres de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco del H. Tribunal de Tunja dictada en el juicio ordinario promovido por Napoleón Castillo Corredor contra Evangelino Hernández y Eufrosina Franco v. de Corredor, la cual es materia del presente recurso por los siguientes motivos: porque la referida sentencia es violatoria de ley sustantiva, por no aplicación de ella, o por violación directa, o por aplicación indebida, o por errónea interpretación; por haber incurrido el fallador en errores de hecho y de derecho dejando de apreciar pruebas o dándoles un valor probatorio que no tenían, dando por lo tanto lugar al recurso de casación al tenor del artículo 520 del C. J. y 52 del Decreto Nº 528 de 1964 sobre organización judicial y competencia. Trataré de puntualizar las causales en los apartes siguientes:

"Violación de los artículos 333, 343, 344 del C. J. y de los artículos 1766, 1502, 1857, 740, 756 del C. C.; 209 del C. J. y de las demás disposiciones legales que citaré como violadas.

"El terreno denominado Punta Larga fue adquirido por el señor Misael Corredor Rojas, durante su sociedad conyugal con la señora Sixta Peña por medio de la escritura Nº 428 de 28 de junio de 1912 pasada en la Notaría 1ª de Tunja. Después de la muerte de la señora Sixta Peña. el cónyuge supérstite Misael Corredor continuó teniendo dicho bien a nombre de la sucesión. En 1948, por medio de escritura Nº 1779 de 10 de diciembre pasada en la Notaría 2ª de Tunja Misael Corredor hizo escritura simulada del inmueble Punta Larga a la señora María del Carmen Malaver de Farfán. Esta simulación fue declarada judicialmente en sentencia que pasó en autoridad de cosa juzgada y se hizo la cancelación del registro de dicha escritura. El inmueble nunca le fue entregado a la testaferro señora Malaver de Farfán, ni siquiera lo conoció. La testaferro señora María del Carmen Malaver de Farfán le transfirió el inmueble Punta Larga a la segunda esposa de don Misael Corredor Rojas señora Eufrosina Franco de Corredor por medio de la escritura Nº 977 de la Notaría 2ª de Tunja de fecha 30 de junio de 1949, con el fin de hacerle el traspaso a que obedecía la simulación, como quedó establecido en las posiciones que obran en el expediente. Cuatro días después de otorgada esta escritura y mucho antes de su registro se otorgó la escritura Nº 999 de 4 de julio de 1949 por la cual Eufrosina Franco de Corredor traspasó el inmueble Punta Larga a Evangelino Hernández quien lo detenta actualmente. El hijo de Evangelino Hernández, Humberto, está casado con la hija de Eufrosina Franco. Así se completa, en familia, la historia de este fraude por medio del cual los demandados Evangelino Hernández y Eufrosina Franco, que a su vez son compadres entre sí, tratan de apropiarse en forma dolosa del inmueble Punta Larga perteneciente a la sucesión de Misael Corredor Rojas y de su primera esposa señora Sixta Peña de Corredor.

"Afortunadamente, para el restablecimiento de la justicia, toda esta cadena de fraudes quedó rota al declararse por sentencia de fecha dos de mayo de 1961 dictada por el señor Juez 2º Civil del Circuito de Tunja, debidamente ejecutoriada '1º—Que es simulada la escritura Nº 1.779 de fecha 10 de diciembre de 1948, corrida en la Notaría 2ª del Circuito de Tunja, por el señor Misael Corredor Rojas a favor de María del Carmen Malaver de Farfán. 2º—Por oficios librados a los señores Notario 2º del Circuito de Tunja, y Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este mismo Circuito, ordénase cancelar la citada escritura y los correspondientes registros'. (págs. 28 a 33 vuelto del cuaderno de pruebas del demandante; y constancia de la cancelación del registro al folio 14 vuelto del mismo cuaderno de pruebas del demandante, cancelación que se hizo con fecha 17 de agosto de 1961, registro que se había hecho con fecha 20 de diciembre de 1948).

"La anterior sentencia dejó plenamente establecidos dos hechos básicos y fundamentales en la presente controversia: 1º) Que el inmueble era y seguía siendo de propiedad de la sucesión ilíquida de Misael Corredor Rojas y Sixta Peña de Corredor, y 2º) Que todos los traspasos de propiedad del inmueble Punta Larga posteriores a la primitiva adquisición de él por el matrimonio Corredor-Peña fueron nulos por carencia de objeto y causa por tratarse de un inmueble ajeno, y las escrituras y registros atinentes a tales contratos quedaron afectos de contener contratos afectos de simulación-nulidad, o más radicalmente de nulidad absoluta.

"Eso por consiguiente, palpable, el error en que incurrió, la sentencia recurrida en esta casación, violando las disposiciones de derecho sustantivo señaladas como violadas al inicio de este capítulo, al aceptar la excepción de petición de modo indebido por no haber figurado como demandada en el juicio actual la señora María del Carmen Malaver de Farfán, siendo así que su calidad de testaferro en la simulación-nulidad estaba establecida de manera irrefragable por sentencia ejecutoriada, y que la situación del inmueble como de propiedad de la sucesión ilíquida Corredor-Peña estaba reconocida y establecida de manera inmodificable. Bastaba, pues al recurrente, como lo aceptó el señor juez a quo, hacer declarar la simulación-nulidad por falta de objeto y causa, por tratarse de la enajenación de un inmueble ajeno, cuya propiedad no podía trasmitirse demandando la nulidad de la adquisición de Evangelino Hernández y reivindicando de éste como último detentor del inmueble.

"Este es el planteamiento, ceñido estrictamente al derecho, que ha hecho el recurrente en el presente juicio. La sentencia del H. Tribunal de Tunja que es objeto del presente recurso desvió la realidad del juicio valiéndose de un

subterfugio que al adquirir firmeza jurídica llevaría a un resultado francamente inmoral: que la falta de notificación a persona completamente inútil en el juicio y cuya situación está definida por sentencia ejecutoriada, servía para que un inmueble ajeno se trasladara por artes fraudulentas, mediante un contrato afecto de nulidad absoluta, o mejor inexistente, del poder de sus legítimos dueños a detentores fraudulentos. Esta anomalía que trató de establecer la sentencia recurrida es la que ha de corregir la H. Corte Suprema de Justicia.

"Es cierto que en nuestro derecho es válida la compraventa de cosa ajena, pero ésto, como todo iniciado en derecho lo sabe, es completamente distinto a la transferencia de la propiedad. Es pues muy distinto el juego que hacen en derecho la simulación-prevalencia, y la simulación-nulidad absoluta por falta de objeto y causa en el contrato que es el caso de la transferencia de propiedad que por medio de la escritura pública Nº 999 antes citada trató de hacer Eufrosina Franco a Evangelino Hernández. Ese traspaso es nulo o mejor inexistente jurídicamente por carecer el contrato de objeto y causa y el juzgador no sólo debe reconocerlo sino que está obligado a declararlo de oficio. Qué distinta es esta verdad jurídica a la absurda tesis de la excepción perentoria de petición de modo indebido que fundamentó el fallo de la sentencia recurrida. Esta acción de inexistencia que entre nosotros es la misma de nulidad absoluta ya que la primera no existe por separado en nuestro derecho estuvo muy bien designada por el demandante con el nombre de simulación nulidad. A este respecto nuestra H. Corte ha desechado en múltiples sentencias todo formulismo. Recordamos algunas de estas jurisprudencias:

"Dice nuestro alto Tribunal: 'No vale distinguir entre nulidad absoluta o inexistencia, porque las diferencias que doctrinariamente quepa anotar entre las dos, no tienen traducción práctica en nuestra ley; de suerte que, como es sabido, y siempre sucede, ha de acudirse a las disposiciones sobre nulidad absoluta tanto cuando en efecto de ella se trata, como cuando se trata de inexistencia, en fuerza de que para ésta no ha creado nuestro sistema legal una casilla peculiar y separada'. (Casación de 6 de octubre de 1942. Tomo LVI., pág. 147).

" 'De otro lado, conviene no pasar por alto el interés de orden social que hay en que la verdad brille y las ficciones y simulaciones no prosperen. No es dado al juzgador restringir en su interpretación las palabras o preceptos legales en forma que de ello se derive el éxito de aquello mismo de que la ley abomina y que marca con el calificativo de nulo, de absolutamente nulo' (Casación de 28 de mayo de 1935. G. J. Nº 1897, pág. 25).

" 'Ahora en el supuesto de que se tratara de nulidad absoluta, no estaría quebrantando el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, porque según él, esta clase de nulidad se declara oficiosamente por el juez cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato'. (Casación de diciembre 13 de 1934. G. J. Nº 1895 C., pág. 79).

"Por lo hasta aquí expuesto espero haber establecido debidamente que la sentencia recurrida en la presente demanda, debe casarse, como atentamente lo solicito de la H. Corte Suprema de Justicia, por violación directa e indirecta de ley sustantiva y adjetiva como son las disposiciones contenidas en los artículos 330, 333, 343 y 209 del C. J. y los artículos 1766, 1502, 1508, 1517, 1521, 1857, 740, 747 y 756 del C. C.

"La sentencia recurrida no entró a considerar la excepción de prescripción declarada probada en la sentencia del señor juez **a-quo**.

"Conviene advertir que aun cuando no se dan los hechos del justo título ni de la buena fe a favor del demandado como se halla probado hasta la evidencia en el expediente, tampoco ha transcurrido en su favor el término de los diez años, ya que el registro de la escritura 999, se hizo el día 26 de abril de 1950, y la notificación de la demanda de este juicio ordinario se le notificó personalmente el día diez y siete de julio de 1959".

SE CONSIDERA:

1.—Es verdad averiguada 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 definir-

lo.—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 ibídem, 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., aún no publicada en la Gaceta Judicial).

2.—Preceptúa el artículo 63 del decreto sobredicho que "La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas.—Si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una".

La exigencia de que se exprese la causal que se aduzca es obvia, en cuanto la Corte debe ser colocada por el recurrente en el campo exacto en que se reclama su intervención y al cual ha de circunscribirse su conocimiento.

La exigencia de que se indiquen en forma clara y precisa los fundamentos de la causal invocada, con la determinación de las normas sustanciales que se estimen infringidas, y que es una proyección de la primera, obedece al principio de que lo que se juzga en el ámbito del recurso extraordinario no es el litigio como thema decidendum, sino la sentencia del tribunal ad quem como thema decisum, que llega amparada por la presunción de acierto. Así que la Corte no puede entrar a juzgar de esa sentencia, sino a la luz de las acusaciones que en el libelo de casación se le hayan hecho, en la forma definida y concreta que exige la ley del recurso.

Y el último de tales requisitos, que se inspira en el mismo criterio determinante de los anteriores, es un imperativo de orden en la técnica de la acusación, siendo lógico que a causales distintas han de corresponder capítulos de impugnación separados, con sus respectivos fundamentos.

3.—Ahora bien: la PRECISION que la norma exige en el fundamento de las causales, implica necesariamente, cuando de la causal primera se trata, que se satisfagan condiciones tales como éstas:

a) Que, al formular la acusación, se fije con exactitud el modo de la violación de ley sustancial que pretenda imputarse al sentenciador. Es decir, que se determine claramente si la ley de este orden fue infringida de manera directa, o sea sin deberse su vulneración a yerro alguno de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas, o si lo fue por vía indirecta, a causa de haber incurrido en error de una de éstas dos clases en la apreciación probatoria;

b) Que, si el ataque fuere por violación directa de la ley sustancial, se concrete el sentido en que hubo de ocurrir su quebranto, el que tendría que ser por uno de estos tres motivos, distintos en su índole, a saber: "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 (artículo 52, ord .1º, dect. cit.)" - prov. 15 abril 1966 cit. Pero es entendido que, si la censura se propusiere por violación indirecta de la misma ley, no habrá entonces margen al motivo de interpretación errónea, reduciéndose así el campo de la impugnación a los otros dos primeramente citados: falta de aplicación o aplicación indebida.

Por lo mismo, no basta para proponer formalmente un cargo en casación por la causal primera, expresar que se interpone por infracción de numerosas disposiciones de derecho sustancial, si al propio tiempo no se indica concretamente, y no de un modo general, cuál es la norma violada y el concepto en que lo ha sido, si por omisión, o por aplicación indebida, o por interpretación errónea. "El deber que tiene el impugnante de indicar con precisión las disposiciones legales que pretende fueron violadas por el sentenciador, no se cumple haciendo enunciaciones generales, como es la cita que el recurso contiene de numerosos artículos del Código Civil. Tal forma de acusación es inoperante, 'en cuanto ciertamente le cae la tacha de imprecisión en la cita de los textos legales' ". (Cas. de fecha de ayer, en juicio de Elru Newball contra el Municipio de Bogotá).

c) Que si el punto inicial de la acusación fuere el error de hecho en la apreciación de una

prueba trascendente, se alegue sobre ello por el impugnante, individualizando el medio mal apreciado y demostrando el error mismo, el cual para asumir entidad en casación tiene que consistir: o bien en que el sentenciador no haya visto la prueba que obra en el juicio; o bien, haya supuesto la que no existe en él, hipótesis ésta en que cabe el caso de haber desfigurado la prueba, haciéndole decir lo que ella no expresa, lo que lógicamente implica el suponer un medio de convicción que no existe;

d) Que si la base de la censura fuere el error de derecho en la valoración de un medio probatorio, además de singularizar éste, 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 el punto de partida 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" (providencia de 16 de junio 1966, en juicio del menor Juan Carrillo contra la sucesión de Juan Pabón, aún no publicada en la **Gaceta Judicial**).

4.—Y como consecuencia de los imperativos contemplados en los dos últimos ordinales de la enumeración que antecede, la doctrina enseña:

Que, en principio, no es dable en el recurso extraordinario configurar un cargo por error de hecho y de derecho conjuntos en la estimación de una misma prueba; y

Que no procede acusar a través del planteamiento global del problema probatorio, en busca de que la Corte se forma una evidencia diferente a la que el juzgador de instancia se formó.

5.—Examinado el libelo de casación de que aquí se trata, a la luz de la preceptiva expuesta, se le notan las siguientes deficiencias:

a) No expresa las causales en que se hubiera pensado sustentar el recurso y en el ámbito de las cuales pudiera éste recibir el tratamiento correspondiente;

b) No concreta el modo de la violación de los preceptos a que se refiere, en cuanto se reduce a afirmar, en la proposición de la censura, que "la referida sentencia es violatoria de ley sustantiva por no aplicación de ella, o por violación directa, o por aplicación indebida, o por errónea interpretación", agregando hacia el final que el pronunciamiento acusado debe casarse "por violación directa e indirecta de ley sustantiva y adjetiva", como son las disposiciones que cita.

Por lo demás, el desarrollo que intentó darle a la acusación así propuesta es apenas —como puede verse de la transcripción hecha al principio—, una crítica de carácter general a los planteamientos del fallo recurrido, crítica en que ciertamente no se precisa cuál fuera el sentido en que se violó cada una de las disposiciones sustanciales incluídas en el conjunto de textos sustantivos y adjetivos que el acusamiento enuncia, o cuáles de aquéllas lo fueron por un determinado concepto y cuáles por otro.

No es de recibo la forma de alternación con que el recurso se presenta, valiéndose de una sucesión de disyuntiva para sugerir la índole de las infracciones que supone se cometieron del derecho sustancial, porque la Corte no puede ocuparse oficiosamente de averiguar la naturaleza de esas violaciones, para desatar el recurso, sino que ello es tarea que compete al recurrente, quien ha de ser preciso y terminante en la proposición y fundamento de los cargos.

c) Tampoco determina, individualizándolas, las pruebas en cuya apreciación el juzgador hubiera cometido los errores de hecho y de derecho a que en forma abstracta alude la censura. No se plantean, pues, cual lo exige la técnica del recurso, ni errores de hecho, que tendrían que ser referidos a la objetividad misma de los medios, según ya se expresó, ni errores de derecho cuya comprobación impone, por otra parte, como también se dijo, la cita de los preceptos de valoración que hubieran sido infringidos, preceptos que en parte alguna señala el impugnante, pues los que menciona del Código Judicial nada tienen que hacer con el régimen de las pruebas.

d) La enumeración de las normas legales que relaciona como violadas no sirve por sí sola a los propósitos de la acusación. Pues, las que se citan del Código Judicial (artículos 209, 330, 333, 343 y 344) no van más allá de ser disposiciones ordinativas o reguladoras de la actividad in procedendo, cuyo desconocimiento por sí solo no serviría para estructurar un cargo en casación, mientras no se demostrase su repercusión en el quebranto del derecho sustancial, extremo éste que debidamente propuesto y sustentado sería lo que diese integración y, por lo mismo, entidad impugnativa a la censura. Y porque, cuanto a las normas del Código Civil que el recurso relaciona, no precisa, en lo tocante con el contenido sustancial de cada una de las que entrañen un precepto completo, o de las que complementándose entre sí por razón de su materia constituyan una regla compleja, cuáles fueron las infracciones cometidas por el Tribunal. Como se dijo atrás, no basta al respecto citar numerosas disposiciones como infringidas, si al propio tiempo no se indica concretamente la norma violada y el concepto en que lo haya sido;

e) Por último, no habiendo el impugnante especificado las causales del recurso, se hace incierto si la referencia a la no consideración por el tribunal de la excepción de prescripción traduce el intento de un reparo por la causal de inconsonancia, que no solo no fue formalmente invocada, sino que tal referencia deriva a un razonamiento que correspondería, no obstante sus deficiencias, al campo de la causal primera. Mas, por encima de todo ello, la impropiedad formal de este último aspecto de la censura, se pone de manifiesto al considerar que, si la sentencia del tribunal desestimó directamente las acciones deducidas por el actor, no tenía por qué entrar a considerar la excepción de prescripción invocada por la parte demandada, y que en la hipótesis ab absurdo de que hubiera incongruencia por el motivo dicho, sería esta parte, y no el actor, la investida de interés jurídico para acusar con base en tal motivo.

6.—Todo lo cual importa el afirmar que el libelo con el cual ha pretendido fundarse este recurso carece de la forma indispensable que pudiera permitirle más tarde a la Corte entrar a fondo en su estudio.

RESOLUCION

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, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65 del Decreto-ley número 528 de 1964, declara DESIERTO el recurso de que se trata.

Costas a cargo del recurrente.

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 Ramírez L., Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SUSPENSION Y RESTITUCION DE UN TERMINO

Su diferencia . - Sala que debe proferir el auto que resuelve el incidente sobre restitución de términos.

1.—La diferencia entre la suspensión y la restitución de un término estriba en que la primera toca con el que está corriendo, y la segunda, con el que ha ya vencido. Sobre el particular puede verse lo expuesto por la Corte en providencia de 18 de febrero de 1938, G. J. T. 46, págs. 54-55.

2.—Como el memorialista estima que el auto que resuelve el incidente sobre restitución de términos debiera proferirlo toda la Sala de Casación y no la Sala Unitaria, se le observa que en la tramitación del recurso de casación todos los autos de sustanciación e interlocutorios los dicta el ponente por sí solo y bajo su responsabilidad (artículo 46 C. J.), excepto aquellos que por disposición legal debe proferir toda la Sala, entre los cuales no figura el que es objeto del presente reclamo.

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

(Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada).

El apoderado de la parte recurrente pidió se restituyera la parte del término del traslado que le fue corrido para sustentar el recurso de casación, correspondiente a los días corridos del 9 al 18 de mayo último, fecha esta en que venció el plazo del traslado y el adicional que autoriza el artículo 374 del C. J.

Tramitada la articulación correspondiente, por auto de quince de septiembre pasado, la Corte, Sala de Casación Civil, resolvió restituír a la recurrente "nueve días hábiles del término del traslado que se le dió para formular la demanda de casación, los cuales se empezarán a contar desde el día siguiente al de la notificación de esta providencia".

El procurador de los opositores Ernesto y Enrique Ribaldo, impugnó la providencia aludida con el recurso de súplica que se procede a resolver:

Las razones con que se pretende sustentar el recurso son, en resumen:

El 25 de marzo del año en curso quedaron los autos a disposición del recurrente, pues los devolvió el 25 de mayo siguiente con la nota final en que expresa: "No sobra decir que he hecho uso del término adicional que autoriza el artículo 374 del C. J.". Esta nota revela que la parte recurrente tuvo todas las garantías procesales ya que aprovechó hasta el término adicional.

Si el auto reclamado queda en firme, se llegaría al extremo absurdo de contar con dos demandas y el opositor no sabría a cuál atenerse.

Estima el impugnante que la restitución del término ha debido pedirse y concederse antes de presentar la demanda de casación, pues, entregada como ha sido a la Secretaría, se llega al extremo de que la oposición se encuentra ante dos demandas, situación que no tiene antecedentes en la historia judicial colombiana.

Materia tan delicada como la que se debate debía tener su poder decisorio en toda la Sala de Casación, y no en la Unitaria, pese a la rectitud y sabiduría del señor Magistrado sustanciador, "el cual no está exento de error, que es patrimonio de la humanidad". Otra cosa es la restitución que se busca con el reclamo formulado en oportunidad procesal.

LA CORTE CONSIDERA:

Ninguna objeción le hace el suplicante a la demostración que halló la providencia reclamada de que al apoderado de la recurrente se le presentó un caso de fuerza mayor que le im-

pidió hacer uso de una parte del término concedido para formular la demanda de casación, fuerza mayor que consistió en que el 9 y el 20 o 21 de mayo de este año dicho apoderado estuvo reducido al lecho a causa de una insuficiencia cardíaca de carácter grave que lo imposibilitó para atender a sus labores profesionales.

La observación de que por haber tenido el demandante en el recurso extraordinario los autos a su disposición del 25 de marzo al 25 de mayo del año en curso, en que los devolvió con la nota de que hizo uso del término adicional, no es valedera, si se tiene en cuenta que, según informó la Secretaría, el término del traslado se venció el 18 de mayo y que la demanda fue presentada el 25 del mismo mes, es decir, después de vencido el término legal. Y con la restitución solicitada lo que busca precisamente es que el libelo quede formulado en término para que el recurso produzca sus efectos. La razón del recurrente no se opone a la restitución del término sino que explica el fundamento para pedirla. Tampoco es motivo legal para reponer el auto que, al quedar en firme, se tendrían dos demandas, y el opositor no sabría a cuál de ellas atender, porque se ignora si el recurrente va a presentar otra demanda, o si solo busca adicionarla o conseguir que la presentada quede dentro del término señalado por el artículo 64 del Decreto 528 de 1964.

Lo primero plantearía una situación por resolver en otra oportunidad procesal no en la decisión de este recurso de súplica; lo segundo y lo tercero son derechos que asisten al interesado con la restitución de términos los que, lejos de oponerse a ella, la justifican.

Que la restitución del término ha debido pedirse antes de presentar la demanda, no tiene base legal ante los términos del artículo 372 del C. Judicial, que autoriza pedir la restitución del término de que no se ha hecho uso siempre que el negocio no haya sido resuelto en definitiva. Y el demandante que no ha presentado la demanda o el que la presentó después de vencer el término, no han hecho uso del término, el primero en su totalidad, y el segundo, en parte. Precisamente la diferencia entre la suspensión y la restitución de un término estriba en que la primera toca con el que está corriendo, y la segunda, con el que ya ha vencido. (G. J. T. 46 págs. 54-55).

Finalmente, como el memorialista estima que el auto que resuelve el incidente sobre restitución de términos debiera proferirlo toda la Sala de Casación y no la Sala Unitaria, se le observa que en la tramitación del recurso de Casación todos los autos de sustanciación e interlocutorios los dicta el ponente por sí sólo y bajo su responsabilidad (artículo 46 C. J.), excepto aquellos que por disposición legal debe proferir toda la Sala, entre los cuales no figura el que es objeto del presente reclamo.

No siendo legales las razones expuestas por el interesado para sustentar la súplica del auto, por el cual se le restituyen a la parte recurrente nueve días hábiles del término que tiene para formular la demanda, debe negársele.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, NIEGA el recurso de súplica interpuesto contra el auto de quince de septiembre último.

Notifíquese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RECONVENCION

Requisitos para que pueda extenderse la casación no sólo a la acción principal que se ejerce sino también a la acumulada por reconvención.

"Cuando a la acción principal que se ejerce se acumula una por reconvención, es indispensable, para que sea admisible el recurso de casación, respecto de ambas, que concurran en la una y en la otra los requisitos que la ley exige para todo recurso. De lo contrario, sólo prospera aquél que los reúne, pues la circunstancia de la acumulación no es bastante por sí sola para que el recurso se surta respecto de todas las acciones acumuladas, dado su carácter especial. Pero la casación puede extenderse a todas las acciones acumuladas cuando tienen tal conexión que el fallo que recaiga a la una comprenda, o modifique, o afecte a las otras, aunque respecto de una falten los requisitos que la ley exige" (G. J. t. LXXXII, pág. 76).

Si atendiendo a la acción principal y a la de reconvención, tomadas independientemente la una de la otra, debería negarse el recurso en cuanto a la demanda principal por no haber llegado su cuantía a la cantidad de cien mil pesos ($ 100.000.00), y concederse por lo que mira a la demanda de reconvención, que sí asciende a esa suma, sin embargo en el presente caso la casación debe extenderse a ambas acciones, porque el fallo que recaiga sobre la una puede comprender, modificar o afectar de algún modo el objeto de la otra, por la conexión existente entre ellas.

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

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

En el juicio ordinario de Carlos Eduardo Arenas y Berta Arciniegas de Arenas contra la sucesión de Roque Jacinto Cleves y la sociedad conyugal ilíquida de éste y Mercedes Guzmán, se solicitó se declare pertenecen en dominio pleno y absoluto a Eduardo Arenas y Berta Arciniegas de Arenas, vecinos de Prado, Tolima, dos lotes de terreno que forman parte de la hacienda "El Horizonte", ubicados en el Municipio de Suárez, de aquel Departamento, y que corresponden a los marcados con las letras "B" y "G" en el plano de la partición de la antigua hacienda de Chiriló...; que como consecuencia de tal declaración, se condene al demandado o sea la sucesión ilíquida e intestada de Roque Jacinto Cleves y a la sociedad conyugal disuelta pero ilíquida formada por el causante Roque Jacinto Cleves y la cónyuge sobreviviente, Mercedes Guzmán v. de Cleves, a restituír a los actores los mencionados lotes de terreno de la finca denominada El Horizonte; al pago de los frutos civiles y naturales del inmueble, y a la restitución de las mejoras existentes en él.

En reconvención los demandados piden que se declare:

"a) Que la sucesión de Roque J. Cleves, la sociedad conyugal de éste y Mercedes Guzmán y personalmente la misma Guzmán, Rómulo Raúl, María Emma, María Elvia Cleves Guzmán son dueños y poseedores de las mejoras, de casa de habitación con cocina, platanales, cachacales, pastos artificiales, cercos de alambre y otras que probatoriamente se determinarán, fundadas por esa sucesión, sociedad y personas naturales, a ciencia y paciencia y con consentimiento de su dueño de entonces señor Félix A. Cleves y desde el año de 1940 en adelante, en las tierras, predios o inmuebles que la demanda de Arenas y los Arciniegas relacionan y que hacen objeto de la reivindicación que ellos intentan.

"b) Que los aludidos contraquerellados paguen el valor de tales mejoras a los nombrados contrademandantes, el que se fija en cien mil pesos ($ 100.000.00) M/cte., valor que cubrirán ejecutoriada la decisión que les condene a cancelarlo".

El Juzgado del Circuito Civil de Espinal cerró la primera instancia con fallo de 10 de marzo de 1965 por el cual declaró que pertenecen en dominio pleno a Carlos Eduardo Arenas Bonilla y Berta Arciniegas de Arenas los lotes de terreno marcados con las letras B y G de la hacienda El Horizonte; condenó al demandado, o sea, la sucesión ilíquida de Roque Jacinto Cleves y a la sociedad conyugal disuelta pero ilíquida formada por Roque Jacinto Cleves y la cónyuge sobreviviente Mercedes Guzmán de Cleves, a restituír a los demandantes Carlos Eduardo Arenas Bonilla y Berta Arciniegas de Arenas, los lotes de terreno relacionados de la finca El Horizonte; condenó a los demandados a pagar a los demandantes el valor de los frutos civiles y naturales del inmueble, desde el 21 de septiembre de 1956 hasta la fecha en que se haga su entrega; y dispuso que en la restitución de los lotes se comprenderán las mejoras existentes, la casa de habitación y demás anexidades. Absolvió a la parte demandante de todos los cargos formulados en el libelo de reconvención.

El Tribunal Superior de Espinal, en sentencia de 14 de febrero de 1966, confirma en todas sus partes la de primer grado.

Contra la sentencia del Tribunal propuso recurso de casación la parte demandada.

Por auto de fecha 18 de julio de 1966, el Tribunal dispuso lo siguiente:

"Primero: NEGAR el recurso de casación interpuesto por los demandados, en lo que hace relación a la demanda principal.

Segundo: OTORGAR para ante la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el recurso de casación, oportunamente interpuesto, por los reconvinientes, contra la sentencia de segunda instancia, fechada el catorce de febrero del año en curso.

Tercero: Remítase el proceso a la Corte, previa citación de las partes".

Pedida la reposición de la providencia antes transcrita en su parte resolutiva, el Tribunal, en auto de ocho de agosto siguiente la denegó, y ordenó expedir las copias solicitadas para interponer el recurso de hecho.

Respecto al interés para recurrir en casación, el auto de 18 de julio expresa:

"Como la cuantía del dicho interés era dudosa cuando el recurso se interpuso, el Tribunal ordenó su avalúo y posteriormente ordenó ampliar los puntos del primer dictamen, en el deseo de tener a su disposición los mayores elementos de juicio.

"El perito señor Francisco Escobar Motta avaluó 'el interés económico de este pleito hoy, es decir, el valor de los terrenos disputados en la actualidad' en la cantidad de NOVENTA Y UN MIL PESOS (Fl. 244 Cd. Nº 1); y posteriormente, avaluó los frutos civiles y naturales en el tiempo comprendido entre el 21 de septiembre de 1956 hasta el 15 de julio de 1958, en $ 1.000.00 y de esta última fecha hasta el 24 de mayo de 1966 (recuérdese que el fallo de segunda instancia está fechado el 14 de febrero del presente año) en $ 6.400.00. En síntesis: El señor perito único avaluó el terreno y los frutos en la cantidad total de $ 98.400.00 (Fls 244 vt. y 254 del Cd. Nº 1).

"De manera que, aun prescindiendo del momento en el cual se trabó la relación jurídico procesal (momento al cual también se refiere el señor perito en el folio 254 del Cd. Nº 1) y aun incluyendo el valor de los frutos hasta la época en que se dictó la sentencia de segunda instancia, es evidente que la cuantía del interés para recurrir, en cuanto a la demanda principal se refiere, es inferior a $ 1000.000.00. Esta inferioridad resultará (sic) más clara si se aplicara el sistema que ha sido consagrado por la jurisprudencia, o sea, el de no tener en cuenta los aumentos de valor ocurridos durante el juicio, vale decir, el aumento de valor que haya tenido la cosa después de trabado el litigio.

"En la demanda de reconvención solicitaron los reconvinientes que se condene a los contraquerellados a pagarles el valor de cien mil pesos ($ 100.000.00) moneda corriente, por concepto de mejoras (Fl. 1 del Cd. Nº 10).

"En estas condiciones lo procedente es negar el recurso de casación en lo que a la demanda principal respecta y otorgarlo en relación a la de reconvención, como lo dijo la H. Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia citada por el doctor Hernando Morales M. (Técnica de Casación Civil, pág. 96)".

Al examinar el Tribunal, en el auto que niega la reposición, algunos puntos propuestos a su estudio y decisión, dice:

"En cuanto a que el auto reclamado ha dividido la sentencia, vuelve la Sala a recordar la jurisprudencia de la H. Corte citada por el doc-

tor Hernando Morales M., (Fl. 256 Cd. cit.), y se limita ahora a anotar, con Devis Echandía, que en estos casos cada demanda es 'independiente en cuanto a su contenido y valor, y por ello para efectos de la competencia inicial del juicio, lo mismo que de la casación, se aprecian sus cuantías por separado, sin que sea pertinente sumarlas' y por esto el Tribunal debe otorgar el recurso 'solo para las que aisladamente gocen' de ese medio de impugnación, al contrario de lo que ocurre cuando se trata de acumulación de pretensiones en una misma demanda (Tratado de Derecho Procesal Civil, Parte General, Tomo IV, págs. 83 y 84)".

LA CORTE CONSIDERA:

Hay conexidad estrecha entre la demanda principal y la de reconvención, en cuanto en ambas se impetra una declaración sobre la propiedad de las mejoras existentes en el predio objeto del litigio. Al fallarse la demanda principal se declara que pertenecen a los demandados los lotes de terreno que se intenta reivindicar, y se ordena que en la restitución de ellos se comprendan las mejoras existentes en los mismos. La demanda de reconvención pide que se declare que la sucesión demandada y la sociedad conyugal ilíquida de Roque J. Cleves y Mercedes Guzmán "son dueños y poseedores de las mejoras, de casa de habitación con cocina, platanales, cachacales, pastos artificiales, cercos de alambre y otras que probatoriamente se determinarán, fundadas por esa sucesión, sociedad y personas naturales, a ciencia y paciencia y con consentimiento de su dueño de entonces señor. Félix A. Cleves". Esta última petición la niega el propio fallo.

La decisión del Tribunal se refiere a una misma materia: la propiedad de las mejoras hechas en el predio que se pretende reivindicar. Al resolver respecto al recurso de casación no puede prescindirse de tal conexidad, proveniente de la controversia acerca de las mejoras.

La Corte ha dicho: "Cuando a la acción principal que se ejerce se acumula una por reconvención, es indispensable, para que sea admisible el recurso de casación, respecto de ambas, que concurran en la una y en la otra los requisitos que la ley exige para todo recurso. De lo contrario, sólo prospera aquel que los reúne, pues la circunstancia de la acumulación no es bastante por sí sola para que el recurso se surta respecto de todas las acciones acumuladas, dado su carácter especial: **Pero la casación puede extenderse a todas las acciones acumuladas, cuando tienen tal conexión que el fallo que recaiga a la una comprenda, o modifique, o afecte a las otras. aunque respecto de una falten los requisitos que la ley exige".** (G. J., t. LXXXII, pág. 76).

Si atendiendo a la acción principal y a la de reconvención, tomadas independientemente la una de la otra, debería negarse el recurso en cuanto a la demanda principal por no haber llegado su cuantía a la cantidad de cien mil pesos ($ 100.000.00), y concederse por lo que mira a la demanda de reconvención, que sí asciende a esa suma, sin embargo en el presente caso la casación debe extenderse a ambas acciones, porque el fallo que recaiga sobre la una puede comprender, modificar o afectar de algún modo el objeto de la otra, por la conexión existente entre ellas.

Debe por tanto reformarse el auto del Tribunal proferido el 18 de julio anterior, en el sentido de otorgar también a la parte demandada, respecto de la acción principal, el recurso de casación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, REFORMA la providencia dictada el 18 de julio de 1966 por el Tribunal Superior de Espinal, a que se refiere el présente recurso de hecho, en el sentido de conceder, como en efecto SE CONCEDE, el recurso de casación interpuesto por los demandados y reconvinientes contra la sentencia de segundo grado del Tribunal Superior Judicial de Espinal, dictada con fecha catorce de febrero de mil novecientos sesenta y seis en el juicio ordinario de Eduardo Arenas y Berta Arciniegas de Arenas contra la sucesión de Roque Jacinto Cleves y la sucesión ilíquida de éste y Mercedes Guzmán.

Notifíquese, cópiese, dese aviso al Tribunal de origen y devuélvase el expediente.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.



CUANTIA DE LA RELACION SUSTANCIAL DEL NEGOCIO

Autonomía del Tribunal en su apreciación.

El apoderado de la parte contrademandante para sostener el recurso cita alguna jurisprudencia de la Corte en donde se establece que una es la cuantía que se determina para establecer la relación simplemente procesal; y otra, la que se refiere al valor real de lo que se demanda que es lo que determina la competencia de la Corte para conocer del recurso extraordinario.

Agrega que con motivo de la desvalorización monetaria que hizo que se fijara en $ 100.000.00 el interés indispensable para la interposición del recurso de casación, esa desvalorización debe también tenerse en cuenta para fijar el interés económico del pleito particularmente en relación con los bienes raíces "que normalmente han podido variar en su estimación por los mismos factores económicos".

La Corte no puede aceptar este criterio que podría conducir a la arbitrariedad cuando los elementos allegados al juicio están demostrando, sin ninguna duda, como en el caso presente, que el interés no podía subir a la suma de $ 100.000.00, señalada por el artículo 50 del Decreto 528 de 9 de marzo de 1964. Tanto el actor como la parte contrademandante señalan en forma concreta el interés jurídico del negocio, que el demandante estima que asciende a la suma de $ 50.000.00. Por ello el Tribunal, ya en la providencia en que resolvió la reposición, no sólo estimó impertinente la cita jurisprudencial traída por el recurrente por tratarse de un caso que sí hacía procedente el avalúo del interés de la pretensión, toma en cuenta lo dispuesto por el artículo 51 del referido Decreto para declarar que sólo "en caso de duda puede modificarse la estimación de la cuantía fijada en la demanda, sin objeción de la parte demandada". El fallador no encontró presente la duda en la estimación de la cuantía de la relación sustancial del negocio, analizando los diversos elementos de juicio que obran en el expediente, y esa apreciación no puede ser cambiada por la Corte, porque es discrecional del Tribunal.

Se insiste que en el caso presente se señaló expresamente el límite máximo del interés de la acción y las pruebas del expediente no discuerdan con ese señalamiento, sino que por el contrario, lo respaldan.

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

(Magistrado ponente: doctor Ignacio Gómez Posse).

Se resuelve el recurso de hecho propuesto por la parte demandada en el ordinario de Jesús Flórez Zapata contra Guillermo Flórez Cardona.

Contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira, el apoderado de Flórez Cardona interpuso el recurso de casación que le fue negado por el fallador de instancia mediante providencia de 13 de septiembre de 1966, apoyándose en el hecho de que "la cuantía del pleito fue fijada en la demanda, sin reclamo alguno de la parte demandada, en la suma de $ 50.000.00 y de la demanda de reconvención fundada por Flórez Cardona que reclama la cantidad de $ 25.206.50, de lo cual se infiere que el asunto no alcanza el valor de $ 100.000.00 requerido conforme al artículo 50 del Decreto 528 de 1964, para la procedencia del aludido recurso".

Contra esta providencia se interpuso el recurso de reposición que fue negado y como subsidiariamente se habían solicitado las copias de las piezas correspondientes del juicio para surtir el de hecho, se entra a resolver:

SE CONSIDERA:

Jesús Flórez Zapata vendió a Guillermo Flórez Cardona por la suma de $ 37.500.00 de la cual el comprador abonó $ 5.200.00, la mitad de la finca denominada "Sorrigui" de la comprensión de Pueblo Rico, Departamento de Caldas, mitad integrada por cuatro lotes alindados como se determina en la escritura pública Nº 29 de 28 de junio de 1957. La suma restante, o sea $ 32.300.00 los quedó debiendo el comprador, quien debía pagarlos a su vendedor "con un pla-

zo muerto de 5 años, con interés mensual del 2%", constituyendo hipoteca sobre los mismos lotes objeto de la venta, para garantía del pago.

Vencido el plazo sin que se hubiera cancelado el crédito hipotecario, Jesús Flórez Zapata demandó a Flórez Cardona para que se declarara resuelto el contrato por incumplimiento de éste y se ordenaran, además, las prestaciones correspondientes.

El demandado contrademandó para que se declarara que ya había pagado con exceso el valor del crédito hipotecario, y para que se le devolviera la suma de $ 25.206.50 indebidamente recibida por el actor Jesús Flórez Zapata.

La sentencia del Tribunal fue favorable al demandante. El apoderado de la parte contrademandante para sostener el recurso de hecho cita alguna jurisprudencia de la Corte en donde se establece que una es la cuantía que se determina para establecer la relación simplemente procesal; y otra, la que se refiere al valor real de lo que se demanda que es lo que determina la competencia de la Corte para conocer del recurso extraordinario.

Agrega que con motivo de la desvalorización monetaria que hizo que se fijara en $ 100.000.00 el interés indispensable para la interposición del recurso de casación, esa desvalorización debe también tenerse en cuenta para fijar el interés económico del pleito particularmente en relación con los bienes raíces "que normalmente han podido variar en su estimación por los mismos factores económicos".

La Corte no puede aceptar este criterio que podría conducir a la arbitrariedad cuando los elementos allegados al juicio están demostrando, sin ninguna duda, como en el caso presente, que el interés no podía subir a la suma de $ 100.000.00, señalada por el artículo 50 del Decreto 528 de 9 de marzo de 1964. Tanto el actor como la parte contrademandante señalan en forma concreta el interés jurídico del negocio, que el demandante estima que asciende a la suma de $ 50.000.00. Por ello el Tribunal, ya en la providencia en que resolvió la reposición, no sólo estimó impertinente la cita jurisprudencial traída por el recurrente por tratarse de un caso que sí hacía procedente el avalúo del interés de la pretensión, toma en cuenta lo dispuesto por el artículo 51 del referido Decreto para declarar que sólo "en caso de duda puede modificarse la estimación de la cuantía fijada en la demanda, sin objeción de la parte demandada". El fallador no encontró presente la duda en la estimación de la cuantía de la relación sustancial del negocio, analizando los diversos elementos de juicio que obran en el expediente, y esa apreciación no puede ser cambiada por la Corte, porque es discrecional del Tribunal.

Se insiste que en el caso presente se señaló expresamente el límite máximo del interés de la acción y las pruebas del expediente no discuerdan con ese señalamiento, sino que por el contrario, lo respaldan.

Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia, declara BIEN DENEGADO el recurso de casación interpuesto por la parte demandada.

Transcríbase esta providencia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira para que sea agregada a los autos.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívense estas diligencias.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

INSPECCION OCULAR

El Juez debe efectuarla acompañado siempre de peritos, o testigos actuarios, según el caso. - Error de hecho.

1.—En la inspección ocular deben intervenir peritos cuando se trata de examinar hechos o cosas que, para ser reconocidos, requieren conocimientos o prácticas especiales, como lo expresa el artículo 705 del Código Judicial. Cuando simplemente se trata de hechos o cosas que pueden ser conocidos y apreciados por los solos sentidos, basta la presencia de testigos actuarios. Del texto del artículo 724 de la misma obra, se colige que el Juez no puede por sí solo practicar una inspección ocular, o mejor aún, que el Juez deberá estar siempre acompañado de peritos o de testigos en la práctica de toda inspección ocular. Considerando esta exigencia de tal medio probatorio, ha expresado la Corte que la inspección ocular realizada por el Juez solo, esto es, sin la asistencia de testigos o peritos, carece de valor demostrativo. Así puede verse en casaciones de febrero 7 de 1947 (LXII, 2042, 727) y de octubre 27 de 1954 (LXXVIII, 2147, 963). De suerte que, cuando quiera que la ley hable de inspección ocular, ha de entenderse siempre y de modo necesario que tal inspección no puede ser practicada por el Juez solo, sino con el acompañamiento de peritos o de testigos, según el caso, esto es, según la cuestión, cosa o hecho que es objeto del reconocimiento. De lo cual se infiere que al hablar el ordinal cuarto del artículo 1º del Decreto 0243 de 1951 de inspección ocular y al autorizar su práctica en la segunda instancia de los fallos dictados en juicios ordinarios, es forzoso entender que esa inspección debe efectuarse en todo caso con asistencia de peritos o de testigos, de acuerdo con lo solicitado por la parte interesada en la producción de tal prueba. El precepto no dispone que la inspección ocular se practique por el Juez solo y en consecuencia se hace necesario acudir a la enunciada regla general y concluír que esta inspección también debe ser realizada con intervención de peritos o de testigos. Así producida, se atiende a los preceptos citados, armónicamente entendidos, y de consiguiente tanto la inspección como el dictamen pericial pueden y deben ser valorados por el sentenciador.

2.—La Corte tiene expresado que el error de hecho consiste en tener por demostrado un hecho suponiendo el sentenciador una prueba que no existe en el proceso, o en dar por no probado un hecho a causa de no ver una prueba que obra en el proceso y que lo acredita.

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

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

Por la escritura Nº 7863, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá el 31 de diciembre de 1958, la compañía llamada "Parcelaciones Tunjuelito, S. A.", transfirió a título de venta a la señorita Atilia Basabe Bravo el derecho de dominio sobre un lote o solar constante de cuatrocientas treinta y siete (437) varas cuadradas con cincuenta centímetros (50 ctms.) de vara cuadrada, distinguido con el número siete (7) de la manzana noventa y seis (96), correspondiente a la Urbanización Tunjuelito, de esta ciudad, y especificado como se expresa en el mismo instrumento. El precio de esta venta fue la suma de quinientos pesos ($ 500.00) que la sociedad vendedora declaró tener recibida.

En el mes de abril de 1960 la misma entidad "Parcelaciones Tunjuelito, S. A." demandó a la compradora Atilia Basabe Bravo ante el Juez Cuarto Civil del Circuito de Bogotá para que se decretara la rescisión del contrato de compraventa celebrado por la compañía demandante con la señorita demandada mediante la citada escritura Nº 7863, de 31 de diciembre de 1958, por causa de lesión enorme que la misma sociedad vendedora dijo haber sufrido. Se pidió también en la demanda que, decretada la res-

cisión, se condenase a la demandada a restituír el inmueble con sus frutos y que se hicieran otros pronunciamientos consecuenciales.

En los hechos del libelo se alude a la celebración de la compraventa y se dice que cuando ello ocurrió el lote que fue materia de ese contrato valía más del doble de los $ 500.00 que se fijaron como precio; que la compañía vendedora recibió menos de la mtiad del justo precio y que la demandada es la poseedora actual del inmueble.

La demandada no dio respuesta a la demanda, y el primer grado del juicio concluyó con la sentencia de 18 de agosto de 1961, por la cual se absolvió a la misma demandada y se condenó en costas a la parte actora. Esta absolución obedeció a que la sociedad demandante no comprobó haber sufrido la lesión enorme de que habla en su libelo.

LA SENTENCIA ACUSADA

Apelado el fallo de primer grado por la parte demandante y surtida la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con el voto disidente de uno de sus Magistrados, pronunció la sentencia de 21 de septiembre de 1962, por la cual se revocó la decisión apelada, se declaró rescindido el contrato de compraventa, se condenó a la demandada a restituír el inmueble con sus frutos, previo el reembolso de lo pagado por ella, y se le otorgó a la misma demandada el derecho de optar por la validez del contrato, completándole a la parte actora el precio justo del solar, con deducción de una décima parte.

La motivación de la sentencia empieza por recordar la celebración del contrato de compraventa que se consignó en la escritura Nº 7863 de 1958; anota que el precio de venta del inmueble fue la cantidad de $ 500.00 que la sociedad vendedora declaró recibida, y cita los casos en que, conforme a lo prescrito por los artículos 1946 y 1947 del C. Civil, se produce lesión enorme en la compraventa.

Observa luego el fallo que para establecer el precio justo del solar, la compañía demandante solicitó y obtuvo en segunda instancia la práctica de una inspección ocular con peritos, a fin de identificar ese inmueble y de fijar su valor al tiempo de la celebración del contrato. Los dos peritos que intervinieron en la diligencia fijaron en veinte pesos ($ 20.00) el precio de cada vara cuadrada y avaluaron todo el lote en la suma de $ 8.750.00, teniendo en cuenta su cabida de 437 varas cuadradas con 50 centímetros de vara cuadrada. A continuación expresa la sentencia:

"Este dictamen, uniforme, explicado y debidamente fundamentado, como aparece, demuestra plenamente que el justo precio del lote de que se trata y en la fecha de la escritura, era de ocho mil setecientos cincuenta pesos ($ 8.750.00) M/cte., es decir, que sobrepasaba muchas veces al doble del precio de $ 500.00 por el cual se vendió; y que por lo tanto, es procedente la declaratoria de rescisión del contrato por causa de lesión enorme sufrida por el vendedor, tal como se solicita en los extremos primero y segundo de la demanda, y con las consecuencias que previene el artículo 1746 del C. C. para garantizar a las partes el derecho de ser restituídas al mismo estado que tenían antes de celebrado el contrato cuya nulidad se declara".

Expresa finalmente el fallo que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1948 del C. Civil, el comprador puede optar por consentir en la rescisión que se decreta o por completarle al vendedor el justo precio, con deducción de una décima parte. En este caso la compradora Basabe Bravo puede hacer uso de tal derecho.

LA IMPUGNACION

La parte demandada interpuso recurso de casación y con respaldo en la primera de las causales señaladas por el artículo 520 del C. Judicial, formula contra la sentencia de segundo grado dos cargos que la Corte procede a examinar, con la advertencia previa de que la parte opositora replicó la demanda respectiva.

Primer cargo.—Se hace consistir en el quebrantamiento indirecto, por aplicación indebida, de los artículos 1946, 1947, 1948 y 1953 del C. Civil, a consecuencia de un error de derecho en la apreciación de las pruebas. Como normas probatorias violadas se mencionan los artículos 597 del C. Judicial y 1º del Decreto 0243 de 1951.

En sustentación de este cargo dice el recurso que el dictamen de peritos que se recibió en segunda instancia, no fue aducido en forma legal y no podía en consecuencia ser admitido ni apreciado como prueba, de manera que al atribuírle pleno mérito demostrativo incurrió la sentencia en un error de derecho. En efecto, el

artículo 1º del Decreto 0243 de 1951 señala los casos en que pueden aducirse pruebas en segundo grado. Este precepto busca concentrar las pruebas en la primera instancia, garantizar el comportamiento leal de las partes y evitarles sorpresas a los litigantes. Cuatro son los casos en que la misma norma permite practicar pruebas en la apelación de sentencias dictadas en juicios ordinarios. Aquí no se trata de ninguno de los tres primeros eventos, sino del último, esto es, del mencionado en el ordinal cuarto de aquella disposición. Este ordinal autoriza solicitar la práctica de una inspección ocular, pero esta inspección no puede ser pretexto para abrir un nuevo debate probatorio ni para recibir un dictamen de peritos, porque el reconocimiento judicial y la peritación son medios de prueba diferentes e inconfundibles y no es dable practicarlos simultáneamente. El inciso final de la norma citada confirma este aserto al disponer que, dentro del término probatorio, "sólo se podrán decretar y practicar las pruebas a que se refieren los numerales precedentes y las que la parte contraria solicite sobre los mismos puntos". Siendo distintos los dos aludidos medios de prueba y no refiriéndose la ley sino a la sola inspección ocular, resulta inadmisible que, al practicar ésta, se reciba a la vez un dictamen pericial. De aquí que la peritación aducida en la segunda instancia de este negocio, lo hubiera sido con violación del referido artículo 1º del Decreto 0243 de 1951 y que no pudiera ser apreciada como prueba. Al estimarla como tal prueba y asignarle pleno mérito demostrativo, incurrió el fallo en un error de derecho que lo condujo a violar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 1946, 1947, 1948 y 1953 del C. Civil, que regulan el fenómeno de la rescisión por lesión enorme en la compraventa y sus consecuencias jurídicas.

Segundo cargo.—Es el mismo cargo anterior, cimentado ahora sobre un error de hecho en la apreciación de las pruebas. "El error de hecho —dice el recurso— consiste en dar por demostrado, sin estarlo, que la sociedad 'Parcelaciones Tunjuelito, S. A.', vendió el lote de que da cuenta la escritura Nº 7863, de 31 de diciembre de 1958, pasada en la Notaría Cuarta de Bogotá, a la señorita Atilia Basabé Bravo, por un precio inferior a la mitad del justo precio del inmueble a la época de la contratación.

"El error se produjo por equivocada apreciación de la prueba pericial evacuada en la segunda instancia, pues de conformidad con el artículo 1º, inciso final y numeral 4º, ni siquiera ha debido decretarse y practicarse. Su decreto y práctica son erróneos, notoriamente ilegales, no vinculantes procesalmente, y de aquí que su apreciación devenga también errónea. No le era permitido al Tribunal practicar la pericia de avalúo como prueba anexa a la inspección ocular, por prohibírselo perentoriamente el inciso final de la norma citada. Y por tal error, se violaron indirectamente, por aplicación indebida, las normas de derecho sustancial indicadas al plantear el cargo".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En primera instancia la parte demandante no adujo más pruebas que la escritura Nº 7863, de 31 de diciembre de 1958, por la cual se ajustó la compraventa cuya rescisión se pretende en este juicio, y un certificado del Registrador de II. PP. de Bogotá sobre la vigencia de la inscripción de ese título. En segundo grado la misma parte solicitó que se decretase y practicara una inspección ocular con peritos, a fin de identificar el inmueble que es objeto de la litis y de que los expertos fijaran el precio justo que tal bien hubiera tenido al tiempo de la celebración del contrato. La demandada se opuso a que la inspección se realizara con peritos y arguyó que sólo se la podía efectuar con intervención de testigos actuarios. No obstante esta oposición, se decretó y llevó a cabo la inspección con asistencia de peritos, obteniéndose con ella la identificación del inmueble y su avalúo por los expertos en la suma de $ 8.750.00 sobre la base de su cabida y del precio de $ 20.00 por vara cuadrada. La sentencia acogió estas pruebas y con respaldo en ellas decretó la rescisión invocada, con las consecuencias que le son inherentes.

El recurso sostiene que, al admitir el dictamen pericial y reconocerle mérito de plena prueba sobre el justo precio del inmueble al tiempo del contrato, incurrió la sentencia en un error de derecho, porque esa peritación no podía ser recibida ni apreciada como prueba debido a que no fue aducida regularmente al proceso. Según el mismo recurso, el ordinal cuarto del artículo 1º del Decreto 0243 de 1951, autoriza la práctica de una inspección ocular en segunda instancia, pero no la producción de otra prueba concurrente como el dictamen pericial; por tanto, al recibirse en este negocio la peritación mencionada, se produjo tal prueba en forma irregular, esto es, con violación del precepto

anotado, y en consecuencia ese dictamen no podía ser admitido ni estimado como elemento de juicio.

El citado ordinal cuarto del artículo 1º del Decreto 0243 de 1951 permite en efecto la práctica de una inspección ocular en segunda instancia. La disposición se limita a hablar de inspección ocular y no expresa si tal reconocimiento puede hacerlo el juez solo o si debe realizarlo en compañía de peritos o de testigos.

El artículo 724 del C. Judicial, prescribe que "la inspección ocular tiene por objeto el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el juez, acompañado de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate". En la inspección ocular deben intervenir peritos cuando se trata de examinar hechos o cosas que, para ser reconocidos, requieren conocimientos o prácticas especiales, como lo expresa el artículo 705 ibídem. Cuando simplemente se trata de hechos o cosas que pueden ser conocidos y apreciados por los solos sentidos, basta la presencia de testigos actuarios. Del texto del artículo 724, citado, se colige que el juez no puede por si solo practicar una inspección ocular, o mejor aun, que el juez deberá estar siempre acompañado de peritos o de testigos en la práctica de toda inspección ocular. Considerando esta exigencia de tal medio probatorio, ha expresado la Corte que la inspección ocular realizada por el juez solo, esto es, sin la asistencia de testigos o peritos, carece de valor demostrativo. Así puede verse en casaciones de febrero 7 de 1947 (LXI - 2042, 727) y de octubre 27 de 1954 (LXXVIII - 2147, 963). De suerte que, cuando quiera que la ley hable de inspección ocular, ha de entenderse siempre y de modo necesario que tal inspección no puede ser practicada por el juez solo, sino con el acompañamiento de peritos o de testigos, según el caso, esto es, según la cuestión, cosa o hecho que es objeto del reconocimiento. De lo cual se infiere que, al hablar el ordinal cuarto del artículo 1º del Decreto 0243 de 1951 de inspección ocular y al autorizar su práctica en la segunda instancia de los fallos dictados en juicios ordinarios, es forzoso entender que esa inspección debe efectuarse en todo caso con asistencia de peritos o de testigos, de acuerdo con lo silicitado por la parte interesada en la producción de tal prueba. El precepto, como queda dicho, no dispone que la inspección ocular se practique por el juez solo y en consecuencia se hace necesario acudir a la enunciada regla general y concluír que esta inspección también debe ser realizada con intervención de peritos o de testigos. Así producida, se atiende a los preceptos citados, armónicamente entendidos, y de consiguiente tanto la inspección como el dictamen pericial pueden y deben ser valorados por el sentenciador.

Estos razanamientos autorizan la conclusión de que la inspección ocular que con asistencia de peritos se practicó en este juicio, se incorporó al proceso en forma legal, es decir, con arreglo a lo prescrito por los artículos 1º del Decreto 0243 de 1951, 597 y 724 del C. Judicial. En consecuencia, ningún error de derecho cometió la sentencia al admitir como prueba el dictamen de los peritos que justipreciaron el inmueble en litigio y al reconocerle pleno mérito demostrativo.

En el segundo cargo se acusa la sentencia de violar los mismos preceptos sustanciales mencionados en el primer motivo, a causa de un error de hecho que se hace consistir en haber admitido y apreciado como prueba el referido dictamen de peritos. Es el mismo cargo anterior formulado, no por error de derecho, sino por error de hecho en la apreciación de las pruebas. La Corte tiene expresado que este error consiste en tener por demostrado un hecho suponiendo el sentenciador una prueba que no existe en el proceso, o en dar por no probado un hecho a causa de no ver una prueba que obra en el proceso y que lo acredita. En esta ocurrencia ningún error de hecho en la apreciación probatoria cometió el fallo al considerar establecido el justo precio del inmueble al tiempo de celebrarse el contrato de compraventa, porque en el juicio obra el mentado dictamen de peritos que acredita plenamente ese precio justo.

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 veintiúno de septiembre de mil novecientos sesenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario sobre rescisión de un contrato promovido por la compañía "Parcelaciones Tunjuelito, S. A." contra Atilia Basabe Bravo.

Las costas del recurso extraordinario 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.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NULIDADES

Las de que trata el artículo 448 del Código Judicial son de carácter estrictamente procesal. - Nulidades sustantivas y nulidades de índole procedimental. - Ilegitimidad de la personería sustantiva. - Falta de citación o emplazamiento. - Inconsonancia. - A quién corresponde la acción de deslinde. - Modo de comprobar la propiedad de un inmueble. - Causal Primera de Casación. - Error de hecho.

1.—Las nulidades sobre que versa el artículo 448 del C. Judicial son de carácter estrictamente procesal, sin que, por lo tanto, toquen con el fondo o relación jurídica controvertida. Una cosa son las nulidades de carácter sustantivo a que se refieren disposiciones tales como las contenidas en el título 20 del libro 4º del Código Civil, y otras las de índole procedimental reguladas en el capítulo 7º del título 12, libro 2º del Código de Procedimiento.

Por lo que atañe a las causas de nulidad procesal estatuídas en los ordinales 2º y 3º del artículo 448 citado, enseña respectivamente la doctrina:

a) Que la del ordinal 2º "toca únicamente con la falta de capacidad para obrar en juicio o sea la impropiamente llamada 'personería adjetiva' de las partes" (19 febrero 1958, LXXXVII, pág. 69), concepto que fue explicado así: " 'La segunda de las causales de nulidad de que habla el numeral 2º del artículo 448 del C. J. reza, como lo ha sostenido la Corte, en reiterada jurisprudencia, con la personería adjetiva o indebida representación en juicio, mas no con la sustantiva o de fondo, que se examina en la sentencia y que constituye una de las condiciones esenciales de la acción. Aquel defecto de personería adjetiva no puede hallarse sino en los casos en que se gestione por medio de apoderado, con alguna deficiencia o informalidad del poder; o en que el demandante o demandado no son hábiles para comparecer por sí mismos en el juicio y la correspondiente representación no está debidamente acreditada' " (13 diciembre 1945, LIX, pág. 843; 2 septiembre 1953. LXXVI, pág. 204).

b) Que la causa de nulidad consistente en la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio se predica cuando la persona o personas contra las cuales se dedujo la demanda no han sido formalmente llamadas a entender en ésta. Es decir que "no reza la causal de nulidad de que se trata con las personas que debiendo ser demandadas no lo han sido, sino con aquellas que, habiendo sido demandadas, no han sido citadas ni emplazadas en el juicio en la forma legal" (29 agosto 1944, LVII, pág. 554). Por lo tanto, en la hipótesis de que debiéndose demandar a determinada persona no se le demande, sino que la acción se dirija contra sujeto distinto, no obligado a responder de ésta, ello constituiría falta de personería sustantiva en la parte demandada o sea defecto de legitimación en la causa —cuestión definible en la sentencia de mérito y tratable en casación sobre el resorte de la causal primera—, pero no nulidad procesal.

2.—No puede decirse de un fallo que sea inconsonante, sino cuando lo en él decidido sea incoherente con lo litigado. Configuran la materia del debate las pretensiones de los litigantes, constitutivas de la acción o de la excepción; y frente a las mismas, el pronunciamiento solo será incongruente en cualquiera de tres hipótesis, a saber: cuando otorgue más de lo pedido por el actor (ultra-petita); cuando resuelva sobre lo que no fue impetrado por éste (extra-petita); cuando omita al decidir, en todo o en parte, acerca de las peticiones de la demanda o de las excepciones del reo (mínima petita).

3.—La acción de deslinde corresponde únicamente a quien sobre un predio tiene el derecho de propiedad, o alguno de los derechos reales principales desmembrados de la misma. —Poseer y deslindar son atributos inherentes a la propiedad inmueble, según lo tiene claramente establecido la jurisprudencia.

4.—Lo que demuestra quién sea el propietario de un predio limítrofe de otro, no es ciertamente la simple nominación que en el título del segundo se

haga, al referir sus linderos de cierta persona como dueña del primero, no solo porque puede serlo un tercero, dada la movilidad traslaticia de la propiedad raíz o porque se haya incurrido en una equivocación, sino porque ante todo la propiedad de los inmuebles ha de acreditarse por los medios formales previstos al efecto por la ley.

5.—Tratándose de la causal primera de casación, es verdad averiguada que el error de hecho que en punto de estimación de pruebas puede hacer viable un cargo es aquel que consista: o bien en haber ignorado o no visto el juzgador una prueba presente en el juicio, en consecuencia de lo cual desconoció el hecho que tal medio acredita; o bien en haber supuesto como existente una prueba que no obra en el debate, dando como demostrado por ese medio imaginario un hecho que no ha sucedido. Extremo este último en el que se comprende la hipótesis de que el sentenciador, al contemplar una prueba, haya entendido que dice lo que no reza, lo cual es en esencia suponer un elemento de convicción que no está en el proceso.

El error de hecho en casación, para que pueda ser tenido como tal, debe ser evidente, "que aparezca de modo manifiesto en los autos" como reza la preceptiva del recurso, sin que para llegar a encontrarlo se requiera de esfuerzos dialécticos, ni pueda presumírsele.

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

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por Miguel Bolaños contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha 3 de abril de 1963, en el juicio de deslinde y amojonamiento seguido por el presbítero Diego de Jesús Zuluaga frente al dicho Bolaños.

— I —

EL LITIGIO

Por escritura número 112 de 28 de mayo de 1944, otorgada ante el Notario de Restrepo (Valle del Cauca), el presbítero Diego de Jesús Zuluaga compró a Rosario Zuluaga un lote de terreno, ubicado en el perímetro urbano de la ciudad de Cali, con extensión superficial de 4.800 metros cuadrados, situado a inmediaciones del matadero público de dicha ciudad, en la calle 11, entre carreras 19 y 20, y comprendido por los siguientes linderos: por el NORTE: callejón de por medio, con terrenos de Juan Bolaños o con quien sus derechos represente; por el ORIENTE, con terrenos de herederos de Manuel Dolores Aragón o con quien sus derechos represente, callejón al medio; por el SUR, con terreno de Santiago Echeverri o de quien sus derechos represente; y por el OCCIDENTE, con terreno de herederos de Teodoro Quintana o con quien sus derechos represente.

Con base en este título, el presbítero Zuluaga promovió, ante el Juez 4º Civil del Circuito de Cali, juicio contra Miguel Bolaños, a quien indicó como propietario del fundo limítrofe por el Norte del perteneciente al actor, para que se decretase el deslinde y amojonamiento de esos dos inmuebles, a efecto de fijar la línea divisoria en la parte Sur del predio del demandado y Norte del predio del demandante.

Este en su libelo especificó el inmueble de su pertenencia así: "Un globo de tierra de una superficie de 4.800M2, situado a inmediaciones del antiguo matadero público de esta ciudad, en la calle 11, antes entre carreras 19 y 20, hoy entre carreras 22 y 23, comprendido por estos linderos: 'por el NORTE, callejón de por medio, hoy un zanjón por donde corrían aguas negras, con terrenos de Juan Bolaños, o con quien sus derechos represente, hoy el señor M guel Bolaños; por el ORIENTE, callejón al medio, con terrenos de Manuel Dolores Aragón, o con quien sus derechos represente, hoy con terrenos del señor Manuel Muñoz; por el SUR, con terrenos de Santiago Echeverri o de quien sus derechos represente; OCCIDENTE, con terrenos de herederos de Teodoro Quintana, hoy calle 11".

Contestada la demanda en sentido adverso a las peticiones del actor, el juez señaló fecha y hora para la práctica de la diligencia de deslinde, la que, con arreglo al auto respectivo, se efectuó el 31 de agosto de 1956.

En el curso de esta diligencia, el mandatario de Miguel Bolaños presentó, como título de éste, una copia de la sentencia del Juez 1º Civil del Circuito de Cali, de fecha 15 de abril de 1952 por la cual se declaró en favor del dicho Bolaños "la prescripción extraordinaria del dominio o propiedad plena sobre el siguiente inmueble: 'un lote de terreno cuya área es de 6.629 M2. dentro del indiviso llamado 'Paso Ancho de Borrero', ubicado en esta ciudad y determinado por los siguientes linderos especiales: por el Norte, con propiedad de Celmira Triana de Marchant; por el Sur, con propiedad de los herede-

ros de Demetrio Muñoz, Avelino Núñez y Pbro. Nereo Zuluaga; por el Oriente, con el indiviso de Salinas y con lote de Manuel Antonio, Heladio y Alicia Muñoz de Rebolledo; y por el Occidente, con la calle once (11) de esta ciudad' ".

La misma diligencia, en la que el Juzgado hizo constar que "Hecho el estudio tanto de los títulos, como de la prueba testimonal y de las copias de resoluciones sobre querellas policivas, se llega a la conclusión que el antiguo callejón de que habla el título del actor, es lo que aparece hoy por el lindero Norte como un zanjón que divide el predio del actor con el del demandado", culminó con las siguientes determinaciones del juez: "DECRETASE el deslinde y amojonamiento del predio situado en esta ciudad en la calle 11 entre carreras 22 y 23, perteneciente al presbítero Diego de Jesús Zuluaga...en relación con el predio del señor Miguel Bolaños... EL DESLINDE SE DECRETA para fijar la línea divisoria por el costado NORTE PARA EL DEMANDANTE y por el costado SUR para el demandado.—SEÑALASE como línea divisoria del terreno en mención la que arranca del mojón que se coloca en el sitio donde comienza el zanjón, siguiendo de Occidente a Oriente, por la mitad del mismo, hasta encontrar el lin (sic) oriental del predio del demandante, Pbro. Zuluaga.—En consecuencia, la línea que se señala sirva de límite por el lindero Norte a la propiedad del presbítero Diego de Jesús Zuluaga y por el lindero Sur a la propiedad del demandado, señor Miguel Bolaños". Y aunque el demandado, allí mismo, dijo oponerse a la línea divisoria trazada, alegando no haberse tenido en cuenta los títulos ni oído el dictamen pericial, y no ser entonces el caso de proceder a fijar mojones ni a determinar posesión, reza el acta que el juez consideró que debía hacerse el amojonamiento y en tal virtud "procedió a fijar los mojones en la forma que se dejó anotada en la parte resolutiva de esta diligencia".

Inconforme con la misma, Miguel Bolaños instauró contra el presbítero Diego de J. Zuluaga demanda para que en acción ordinaria "de oposición al deslinde", se hicieran las siguientes declaraciones:

Primera.—Que el demandante Bolaños tiene mejor derecho que el demandado Zuluaga, para continuar en la misma posesión y dominio del lote de terreno que adquirió por prescripción adquisitiva, según la sentencia de 15 de abril de 1952 del Juez 1º Civil del Circuito de Cali;

Segunda.—Que, en consecuencia, carece de valor legal y no produce efecto alguno contra el demandante la referida diligencia de deslinde y amojonamiento;

Tercera.—Que "asimismo quedan sin valor los mojones o fijación de linderos verificada por el mismo juez, debiendo procederse a la destrucción de éstos o de las cercas que existieren, dentro de tres días después de ejecutoriada la sentencia que así lo disponga, ya que en ella se causó despojo y se adelantó pretermitiendo formalidades legales";

Cuarta.—Que el demandado debe pagar al demandante los frutos civiles que ha aprovechado de ese predio, desde la fecha de la diligencia de deslinde hasta que restituya dicho valor con sus respectivos intereses;

Quinta.—Que el demandado pagará las costas de la acción.

En su contestación, opúsose el presbítero Zuluaga a que se hicieran las declaraciones en este libelo solicitadas, y al efecto alegó las excepciones de carencia de acción y petición de modo indebido.

Terminó la primera instancia del debate ordinario, con fallo del Juez 5º Civil del Circuito de Cali —quien avocó el conocimiento del negocio por impedimento del Juez 4º—, proveído mediante el cual se declaró: probada la excepción de petición de modo indebido, y "en firme la diligencia de deslinde practicada con fecha 31 de agosto de 1956"; y, además, se dispuso que se cancele el registro de la presente demanda y se inscriban la diligencia de deslinde y esta sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del mismo Circuito.

En la segunda instancia, a que dió lugar el recurso de alzada interpuesto por parte del actor Bolaños, el Tribunal de Cali, en sentencia de 3 de abril de 1963, confirmó la del inferior. E interpuesto por el litigante vencido el recurso de casación, procede la Corte, en este acto, a su despacho.

— II —

CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal, luego de anotar que, desde el mes de agosto de 1951, han venido las partes del pre-

sente juicio disputándose una extensión ubicada entre los predios de que son dueñas, entra a considerar lo siguiente:

Que "Según los títulos escriturarios aducidos a nombre del Pbro. Diego de Jesús Zuluaga, el predio de éste colinda por el lado Norte con el del señor Juan Bolaños o quien sus derechos represente, y en las querellas de policía de que se ha dado cuenta quedó establecido, de manera clara, que el dicho límite Norte está constituído por un zanjón de aguas negras en que se convirtió lo que era antes un callejón estrecho. El señor juez que practicó la diligencia de apeo y que conocía antes del juicio, el Cuarto Civil del Circuito de Cali, admitió esta situación de hecho, y hasta reforzada la verdad de ella con los testimonios que rindieron en el acto de la diligencia los señores Heladio Guevara y Jesús Alfonso Prado. De ahí su decisión consistente en fijar la línea divisoria entre las dos propiedades, el límite Norte de la del Pbro. Zuluaga y el Sur de la del señor Bolaños, la que recorre la mitad del cauce del zanjón de Occidente a Oriente";

que "Si de un lado los títulos de propiedad del Pbro. Zuluaga y los del señor Bolaños, que se han mencionado no disienten en cuanto al hecho de que al predio del uno es colindante con el del otro, de parte del segundo no se produjo prueba alguna que demuestre que el límite meridional de su propiedad, o, lo que es lo mismo, el Norte de la de su contrincante, está constituído por línea distinta de la que es el zanjón y fue antes el callejón de marras";

que "A más de lo anterior, en la demanda que sirvió para dar comienzo a este juicio contradictorio de deslinde no se dice cuál ha de ser la línea de separación, y contra lo que debe ser el pedimento de ella se insta al Juzgado", para que otorgue las súplicas impetradas por Bolaños en su demanda; y

que en el juicio de deslinde de predios, el lindero "es fijado por el juez en la diligencia de apeo, de suerte que el juicio ordinario de oposición para contradecirlo no puede tener otro fin que el de establecer que la línea es distinta o el de modificarla o cribarla de errores de que pueda adolecer. Dirigir la demanda de oposición a un deslinde a objetivos distintos —como ocurre en el presente caso— en lugar de buscar que se aclare, modifique o rectifique la línea de demarcación entre los predios a que se contrae la relación procesal, para que conforme a esa aclaración, modificación o rectificación se fijen o coloquen los respectivos hitos o mojones, equivale efectivamente a hacer una petición de modo indebido, de manera que lo decidido en la diligencia de deslinde debe quedar en pie".

— III —

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Cuatro cargos plantea la demanda de casación, relativos los dos primeros a la causal primera y los dos últimos a las causales segunda y sexta, respectivamente, del artículo 520 del Código Judicial, precepto que regía cuando el recurso se interpuso.

Por razón de orden lógico, se atenderá a su estudio, comenzando por el último, siguiendo con el tercero y pasando finalmente a los restantes, según vienen propuestos.

Cargo Cuarto del Recurso.—Invocando las causas de nulidad consistentes en la ilegitimidad de personería en una de las partes y falta de citación o emplazamiento de la persona que ha debido ser llamada al juicio, de que tratan los ordinales 2º y 3º del artículo 448 del Código Judicial, se alega la nulidad del deslinde, porque según la escritura número 112 de 28 de mayo de 1944, de la Notaría de Restrepo, por la cual Rosario Zuluaga vendió al presbítero Diego de Jesús Zuluaga el lote de terreno cuyo deslindamiento ha impetrado éste, tal fundo limita por el Norte, callejón de por medio, con terreno de Juan Bolaños. De donde la censura concluye que "El colindante, según ese título, sería Juan Bolaños y a éste debió citarse, no a Miguel que es distinto...—La personería de Miguel, como demandado, es ilegítima y no ha habido el emplazamiento a Juan como colindante. El deslinde por lo mismo es nulo...".

SE CONSIDERA:

Los motivos que el impugnante propone como fundamento de este cargo son completamente ajenos a la sexta de las causales de casación que establecía el artículo 520 del Código Judicial (hoy 4ª del artículo 52 del Decreto-ley 528 de 1964).

Porque esta causal consiste en que, en el juicio a que recayó la sentencia materia del recurso extraordinario, se haya incurrido en alguna de las nulidades de que trata el artículo 448 del C. J. Ahora bien: Las nulidades sobre

que versa este precepto son de carácter estrictamente procesal, sin que, por lo tanto, toquen con el fondo o relación jurídica controvertida. Una cosa son las nulidades de carácter sustantivo a que se refieren disposiciones tales como las contenidas en el título 20 del libro 4º del Código Civil, y otra las de índole procedimental reguladas en el capítulo 7º del título 12, libro 2º del Código de Procedimiento.

Por lo que atañe a las causas de nulidad procesal estatuídas en los ordinales 2º y 3º del artículo 448 citado, enseña respectivamente la doctrina:

a) Que la del ordinal 2º "toca únicamente con la falta de capacidad para obrar en juicio o sea la impropiamente llamada 'personería adjetiva' de las partes" (19 de febrero 1958, LXXXVII, pág. 69), concepto que fue explicado así: "'La segunda de las causales de nulidad de que habla el numeral 2º del artículo 448 del C. J., reza, como lo ha sostenido la Corte, en reiterada jurisprudencia, con la personería adjetiva o indebida representación en juicio, mas no con la sustantiva o de fondo, que se examina en la sentencia y que constituye una de las condiciones esenciales de la acción. Aquel defecto de personería adjetiva no puede hallarse sino en los casos en que gestione por medio de apoderado, con alguna deficiencia o informalidad del poder; o en que el demandante o demandado no son hábiles para comparecer por sí mismos en el juicio y la correspondiente representación no está debidamente acreditada'" (13 diciembre 1945, LIX, pág. 843; 2 septiembre 1953, LXXVI, pág. 204).

b) Que la causa de nulidad consistente en la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio se predica cuando la persona o personas contra las cuales se dedujo la demanda no han sido formalmente llamadas a entender en ésta. Es decir que "no reza la causal de nulidad de que se trata con las personas que debiendo ser demandadas no lo han sido, sino con aquellas que, habiendo sido demandadas, no han sido citadas ni emplazadas en el juicio en la forma legal" (29 agosto 1944, LVII, pág. 554). Por lo tanto, en la hipótesis de que debiéndose demandar a determinada persona no se le demande, sino que la acción se dirija contra sujeto distinto, no obligado a responder de ésta, ello constituiría falta de personería sustantiva en la parte demandada o sea defecto de legitimación en la causa —cuestión definible en la sentencia de mérito y tratable en casación sobre el resorte de la causal primera—, pero no nulidad procesal.

En el caso de la censura, es patente que el impugnante no alega ninguno de los motivos que, según lo dicho, contempla en sus ordinales 2º y 3º el artículo 448 del Código Judicial, como causas de nulidad, por lo cual el cargo es improcedente.

Cargo Tercero del Recurso.—Acúsase la sentencia "por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes", en cuanto el Tribunal, al confirmar la del inferior en que se declaró", dejó de pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda de oposición.

Con tal intento, el recurrente argumenta que tendría razón el sentenciador, al estimar que la demanda de oposición al deslinde no puede dirigirse a objetivos distintos del de aclarar, modificar o rectificar la línea de demarcación entre los predios limítrofes, si la cuestión aquí litigada fuese simplemente el cambio de líneas o rectificación de mojones etc. Pero que en este caso no se trata de ello, sino que lo discutido por el opositor Bolaños es la ubicación del terreno del presbítero Zuluaga. La cuestión se sitúa, pues, en el campo del artículo 870 del C. J., según el cual "si alguno de los interesados no se conforma con el deslinde en todo o en parte, el punto se ventila en juicio ordinario, en el cual el opositor tiene el carácter de demandante".

Así las cosas, las pretensiones de la demanda de oposición, no podían hacerse sino como se presentaron en ella: que Miguel Bolaños tiene mejor derecho para continuar en la posesión y dominio que adquirió según la sentencia de prescripción; que carece de valor legal y no produce efecto alguno contra el demandante la diligencia de deslinde; y que quedan sin valor los mojones puestos y debe procederse a su destrucción.

SE CONSIDERA:

No puede decirse de un fallo que sea inconsonante, sino cuando lo en él decidido sea incoherente con lo litigado. Configuran la materia del debate las pretensiones de los litigantes, constitutivas de la acción o de la excepción; y frente a las mismas, el pronunciamiento solo será incongruente en cualquiera de tres hipótesis, a saber: cuando otorgue más de lo pedido

por el actor (ultra-petita); cuando resuelva sobre lo que no fue impetrado por éste (extra-petita); cuando omita el decidir, en todo o en parte, acerca de las peticiones de la demanda o de las excepciones del reo (mínima-petita).

La acusación de que ahora se trata la sitúa el impugnante en la última de estas hipótesis: la de fallo omiso, por no haberse resuelto sobre las súplicas de la llamada demanda de oposición al deslinde.

La censura es apenas aparente. Porque, el Tribunal, al confirmar la sentencia de primera instancia, no dejó de fallar en relación con ninguna de las peticiones de la demanda de Miguel Bolaños, dentro de la órbita procesal correspondiente.

En efecto: el demandado en la oposición, presbítero Zuluaga, propuso la excepción que denominó impropiamente de "petición de modo indebido", entendiendo referirse a la de "inepta demanda", que fue ciertamente la deducida, como resulta de las consideraciones que hizo al respecto en el siguiente pasaje de su contestación: "Ahora bien, la declaración o declaraciones solicitadas en el libelo de demanda a que se contrae este escrito de respuesta, adolece de defectos de procedimiento pues conforme a la primera el señor Miguel Bolaños pretende que se declare su mejor derecho para continuar en la misma posesión y dominio material que adquirió por prescripción adquisitiva de dominio, según sentencia de 15 de abril de 1952 dictada por el Juez 1º Civil del Circuito de Cali, de un lote de terreno cuya área es de 6.629 metros cuadrados, cuando de los términos del artículo 870 del C. Judicial el juicio ordinario que se inicia como consecuencia de la oposición a la línea divisoria fijada por el juez que conoce del juicio de deslinde tiene por objeto establecer si aquella línea o su fijación se ajusta o no a las pruebas presentadas por las partes. A este respecto es conveniente manifestar además que el señor Miguel Bolaños no ha tenido nunca la posesión material del lote perteneciente a mi mandante, pues éste ha venido poseyéndolo materialmente desde la época en que lo adquirió por justo título" (f. 96 v., c. 1º).

Si, pues, el juez a quo declaró probada esa excepción, con base en que por la demanda de Bolaños tal como fue planteada, se solicitaban declaraciones extrañas al deslinde: "Una declaración atinente al dominio sobre el globo de terreno que reza el punto primero de su petición, o en el menor de los casos, de una reivindicación de parte del globo que allí se nombra, aduciendo para ello hechos relativos a un presunto despojo, el cual en síntesis no viene a constituír otra cosa que la acumulación objetiva y sucesiva de dos acciones: la una, reivindicatoria, con prestaciones mutuas; y la otra, posesoria, la destrucción de los linderos fijados en la diligencia de apeo", es claro que mediante esa declaración, de perfecta consonancia con la excepción propuesta por Zuluaga, desestimó con proveimiento formal las peticiones primera y cuarta de la demanda de Bolaños, encontrándose entonces coherente lo decidido sobre tales puntos con lo impetrado en éstos.

Y si luego el a quo, en el ordinal segundo de su resolución declaró "en firme la diligencia de deslinde practicada con fecha 31 de agosto de 1956", quiere decir que mediante tal determinación despachó adversamente las súplicas segunda y tercera de la demanda de Bolaños para que se declarase sin valor ni efecto aquella diligencia de deslinde, y asimismo sin valor los mojones o fijación de linderos verificada por el juez, dado que declarar "en firme la diligencia" es exactamente lo mismo que negar su invalidez o ineficacia y rechazar, en consecuencia, el pedido de aniquilación del amojonamiento efectuado.

Si, pues, el pronunciamiento del juez de primer grado no fue incongruente en forma alguna, tampoco lo es el del Tribunal que se limitó a confirmar el del inferior.

SE RECHAZA EL CARGO

Cargo Primero del Recurso.—Formulado "por infracción directa del artículo 900 del C. C.", se plantea su desarrollo mediante una alegación cuya sustancia cabe recoger así:

Que según el dicho texto, en concordancia con el 862 del C. J., "la acción de deslinde está atribuída a quien tenga un derecho real principal sobre una finca raíz, para que se fijen los límites que la separen de los predios colindantes, de modo que para que haya lugar al ejercicio de esta acción, es indispensable que quien la promueva demuestre ese derecho".

Entonces, "es preciso admitir que los respectivos derechos de propiedad deben aparecer evidentemente o siquiera sea porque en los títulos del demandante se señale al demandado como dueño del terreno contiguo. Pero en el presente caso, escritura y certificado, los presentados

como base de la demanda de deslinde, dan otros nombres distintos al de Miguel Bolaños, y con relación a éste no se mencionó siquiera la propiedad de quien apenas si se dijo en la demanda que representaba los derechos de Juan Bolaños. No hay por tanto un dueño que llame a los respectivos dueños de las tierras vecinas, sino un demandante que con colintantes distintos cita a quien le place para fijar linderos en propiedades extrañas".

En tales circunstancias, se ha violado el referido artículo 900, siendo de advertir que ni las declaraciones, ni la escritura Nº 112 en que los testimonios se basan, ni otros actos policivos apoyados también en ella pueden llegar a cambiar colindantes. "Menos la simple afirmación de Miguel, ni a éste darle la representación de aquél".

LA CORTE CONSIDERA:

a) No se discute que la acción de deslinde corresponde únicamente a quien sobre un predio tiene el derecho de propiedad, o alguno de los derechos reales principales desmembrados de la misma.—Poseer y deslindar son atributos inherentes a la propiedad inmueble, según lo tiene claramente establecido la jurisprudencia.

Pero, de los términos del artículo 900 del C. Civil no se desprende, como parece entenderlo el recurrente, que la acción especial de deslinde que intentó el presbítero Zuluaga hubiera debido serlo con citación de todos sus colindantes. Ello habría tenido que ser así, en la hipótesis de que se hubiese tratado de un deslindamiento general, en todos los confines de su dominio, **uti universitatis**; mas no en la especie del litigio, en que la acción se concretó únicamente al costado Norte del inmueble del presbítero, lo que bien pudo hacer éste con fundamento en el propio artículo 900 del C. Civil, cuyos términos dan cabida no solo a la acción de deslinde general, sino a la de uno parcial en relación con cualquiera de las propiedades limitáneas del inmueble perteneciente al promotor del deslinde. Como ya lo dijo esta Corte, en sentencia de casación de 31 de julio de 1953 (LXXV, 2131, pág. 658), "Nuestro Código, fiel al derecho romano, reconoce en la acción **finium regundorum**, o de deslinde, una pretensión ejercitable, por el dueño de cada predio sobre los predios que forman sus límites externos. Contra los **respectivos** dueños: **'podrá exigir a los respectivos dueños'**, reza el artículo 900. De donde se infiere, por sus propias voces, o sea el mero término **respectivos**. que la acción bien puede entablarse **uti singuli**, bien **uti universitatis**. según lo pida la necesidad de los casos prácticos y con subordinación al interés que es base de la acción.

"La de **finium regundorum** presenta esta diferencia notable con otras acciones divisorias, como las de **familiae erciscundae** (partición de la herencia) y **communi dividundo** (división de comunidades). Porque el juicio a que le da cuerpo una acción de deslinde, puede ser simple o particular, y en cambio los de las otras dos acciones son, por lo general, universales. Algo parecido ocurre con los juicios de cesión de bienes o de concurso de acreedores, en donde también es aplicable la regla del ordinal 5º del artículo 398 del Código Judicial, porque la indivisibilidad de la continencia de la causa, puede hacer necesaria la acumulación; mas el deslinde, aunque también la permita, no impone la determinación total del objeto con citación de todos los colindantes, si el contenido espacial del dominio inmueble apenas demandara eliminar discusiones por causa de incertidumbres en uno solo, o en algunos de sus costados".

Por lo tanto, en la especie del pleito, bien pudo el solicitante del deslinde concretar la acción al costado Norte de su finca, en cuyo sector el límite con el predio contiguo se había tornado litigioso. Lo indispensable, entonces, era que se demostrase tanto la propiedad del actor sobre el fundo que afirmó pertenecerle, como la del demandado sobre el inmueble en relación con el cual se trababa la acción.

Ahora bien: según se vió al hacer el recuento del litigio, la titularidad dominical del presbítero Zuluaga sobre el predio de su resorte se estableció con la copia de la escritura número 112 de 28 de mayo de 1944, de la Notaría de Restrepo, y la de Miguel Bolaños sobre el terreno confinante, con la copia de la sentencia de prescripción adquisitiva de fecha 15 de abril de 1952, todo ello tal como lo apreció el juez **a quo** en la diligencia de deslinde. Y como en el ámbito del cargo que se estudia no controvierte el impugnante la apreciación de las pruebas por el sentenciador, pues el ataque solamente está hecho por violación directa del artículo 900 del C. Civil, esa apreciación probatoria queda en pié y se afianza, por otra parte, en la consideración siguiente;

b) Lo que demuestra quién sea el propietario de un predio limítrofe de otro, no es ciertamen-

te la simple nominación que en el título del segundo se haga, al referir sus linderos, de cierta persona como dueña del primero, no solo porque puede serlo un tercero, dada la movilidad traslaticia de la propiedad raíz o porque se haya incurrido en una equivocación, sino porque ante todo la propiedad de los inmuebles ha de acreditarse por los medios formales previstos al efecto por la ley.

En el caso del pleito, ocurre que, según la escritura Nº 112 de 28 de mayo de 1944, título del presbítero Zuluaga, su predio limita "por el NORTE callejón de por medio con terreno de Juan Bolaños o con quien sus derechos representa"; que, en la sentencia sobre prescripción adquisitiva que el propio Miguel Bolaños adujo como título de su dominio sobre el fundo norteño del predio respecto del cual ejercitó el presbítero Zuluaga la acción de deslinde, aparece que Miguel Bolaños invocó allí el hecho de ser hijo natural de Juan Bolaños, comprador de aquel fundo norteño y que, muerto éste, Miguel siguió en la posesión del mismo predio. Al efecto, reza la dicha sentencia de prescripción que "Igualmente, en copias de origen eclesiástico, fueron traídas a los autos, por el actor, la partida de defunción del señor Juan de la Cruz Bolaños y la de nacimiento del señor Miguel Vicente Cabal, hijo natural del señor Juan de la Cruz Bolaños"; que según declaraciones a dicho juicio aportadas, Miguel Vicente Bolaños "siempre ha llevado el apellido de su padre natural, en lugar del de su señora madre"; y que "a todo lo largo del proceso se ha demostrado claramente la posesión material del predio que se trata de prescribir ejercida por el señor Miguel Vicente Bolaños, su actual poseedor, y por su antecesor en el dominio...".

Brilla, pues, al ojo que el presbítero Zuluaga, al impetrar el deslinde por el costado Norte del predio que señaló como suyo, con apoyo en la escritura Nº 112 de 28 de mayo de 1944, y dirigir su acción contra Miguel Bolaños, demandó a quien está demostrado ser dueño del predio confinante, con base en la referida sentencia de prescripción.

Vale decir que no resulta infringido el artículo 900 del C. Civil, siendo por lo mismo inane la censura.

Cargo Segundo del Recurso.—Propuesto "por ERROR DE HECHO", violación de ley a causa de "apreciación errónea y de falta de apreciación de las pruebas", lo desenvuelve el acusador en sustancia así:

Que el Tribunal, al confirmar el fallo del inferior que declaró en firme la diligencia de deslinde, "acepta como bien hecha tal diligencia. Aprecia que se identificó suficientemente el terreno en que debía practicarse y que el Juzgado en ese día se trasladó como lo manda el artículo 869 del C. J. 'al sitio disputado' ";

que, como aparece en el acta de la diligencia, el apoderado de Bolaños pidió allí que se hiciera la identificación del lote del presbítero conforme a la escritura Nº 112, e indicó la distancia que existe entre las carreras 19 - 20 y las 22 - 23 en que se encontraban; pero que, habiéndose opuesto a ello el apoderado del actor, el juez accedió a esta soliciutd, dejándose así de establecer el lugar de la disputa mediante la identificación del terreno;

que, como lo demuestra la diligencia, al procederse al recorrido del predio del demandante en orden a su identificación, se dijo: "se trata de un lote de terreno ubicado en la calle 11 entre carreras 22 y 23 de la actual nomenclatura urbana";

que así las cosas, "por voluntad del demandante, se condujo al personal a un sitio ubicado entre carreras 22 y 23, cuando su propiedad estaba a distancia de tres cuadras esto es como dice el título entre carreras 19 y 20. Y no porque la numeración de las carreras se hubiese cambiado, porque bien claro lo dice el funcionario oficial encargado de la nomenclatura en su certificación auténtica de f. 37 que el fallador pasó desapercibida: 'La calle 11 con las carreras 15 a 23 no han tenido modificación en su nomenclatura'... Así, pues, sin conocerse el sitio de la disputa se trasladó el Juzgado a otro distinto, a tres cuadras de distancia a predios del señor Miguel Bolaños, en donde como en casi todos los terrenos del mundo existía un zanjón y por allí se trazó una línea y se colocaron mojones".

De todo lo cual deduce el recurrente que el sentenciador "violó la ley sustantiva por ese error no solo en su artículo 900 del C. C. que ya se ha mencionado, sino en el 669 del C. C., conculcando el derecho de dominio que tiene el señor Miguel Bolaños, reconocido por sentencia ejecutoriada, cuya copia se agregó al expediente y que se halla a fs. 38 del cuaderno 1º, predio éste situado a bastante distancia del que adquirió el doctor Zuluaga por la escritura 112, entre carreras 22 y 23 de la calle 11 de Cali...".

LA CORTE CONSIDERA:

Tratándose de la causal primera de casación, es verdad averiguada que el error de hecho que en punto de estimación de pruebas puede hacer viable un cargo es aquel que consista: o bien en haber ignorado o no visto el juzgador una prueba presente en el juicio, en consecuencia de lo cual desconoció el hecho que tal medio acredita; o bien en haber supuesto como existente una prueba que no obra en el debate, dando como demostrado por ese medio imaginario un hecho que no ha sucedido. Extremo este último en el que se comprende la hipótesis de que el sentenciador, al contemplar una prueba, haya entendido que dice lo que no reza, lo cual es en esencia suponer un elemento de convicción que no está en el proceso.

Por donde ha podido concluír la doctrina jurisprudencial que "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... 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 el solo motivo de que el criterio estimativo de la Corte no sea el mismo de aquél" (LXXVII, 2138/39, págs. 114 y ss.).

A la luz de estos principios, el recurrente, en la órbita del cargo que se estudia, debía demostrar que el Tribunal vió la diligencia de deslinde, de modo distinto a como ella aparece, haciéndole decir lo que no expresa.

Ahora bien: el fallo de segunda instancia, al hacer la reseña del proceso, refiriéndose a aquella diligencia, efectuada el 31 de agosto de 1956, anota que en ella se hicieron valer, entre otros elementos de juicio, los siguientes: copia de la resolución de la Gobernación del Valle del Cauca, de 21 de agosto de 1952, en la querella de statu quo establecida por el presbítero Zuluaga contra Max Caicedo y Miguel Bolaños, resolución esa que, revocando la del Alcalde de Cali, decretó en favor del querellante orden de **statu quo** provisional; un certificado expedido el 16 de agosto de 1956 por la Inspección General Urbana de Cali, según el cual "la calle 11 con las carreras 15 a 23 no han tenido modificación en su nomenclatura"; y copia de la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, de 15 de abril de 1952, de prescripción adquisitiva de dominio a favor de Miguel Vicente Bolaños, de un lote de 6.629 metros cuadrados, "el mismo que colinda por el Sur con el del presbítero Zuluaga". Anotado lo cual, pasa el juzgador a ocuparse del proveído de la Gobernación en la susodicha querella de **statuo quo**, en el que se dió por probado el hecho de que, por el linde Norte del predio del presbítero Zuluaga, lo que antes fuera un callejón estrecho se tornó luego en un zanjón de aguas negras. Y finalmente, después de otras advertencias, llega el Tribunal a asentar las consideraciones que se encuentran reproducidas atrás, en el parágrafo II de la presente providencia.

Muestra el acta de deslinde que, en el transcurso de la diligencia, se ratificaron las declaraciones extrajuicio de Eladio Guevara y Jesús A. Prado, en que deponen acerca de la posesión que el presbítero Zuluaga ha tenido del fundo que adquirió por la escritura Nº 112 (el segundo de los declarantes dice 122) de 28 de mayo de 1944, de la Notaría de Restrepo, y el cual expresan está situado en la ciudad de Cali, "calle 11 entre carreras 22 y 23, antes carreras 19 y 20", y que la línea divisoria, entre este predio y el de Miguel Bolaños, "lo es el zanjón actualmente seco, antes zanjón de aguas negras, que actualmente separa los dos predios y el cual vino a reemplazar un antiguo callejón estrecho que servía antiguamente de lindero". En seguida, refiere el acta: que se adujeron al debate, como pruebas: por parte del presbítero Zuluaga, la escritura 112 de 28 de mayo de 1944, el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, las ya referidas declaraciones de los testigos Guevara y Prado, "las cuales fueron ratificadas en esta diligencia", y copias de las resoluciones proferidas por la Alcaldía de Cali y la Gobernación del Departamento dentro de la acción de policía mencionada, y por parte de Miguel Bolaños, la copia de la aludida sentencia de prescripción adquisitiva a su favor y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos; y que luego el juez, previa referencia a lo que rezan, el título de Zuluaga acerca del

lindero Norte de su propiedad, y el título de Bolaños respecto del lindero Sur de la suya, hizo constar lo siguiente: "**Los linderos que constató el Juzgado corresponden a los del libelo de demanda.** Hecho el estudio tanto de los títulos, como de la prueba testimonial y de las copias de resoluciones sobre querellas policivas, se llega a la conclusión que el antiguo callejón de que habla el título del actor, es lo que aparece hoy por el lindero Norte como un zanjón que divide el predio del actor con el del demandado". Todo lo cual concluye con la resolución del juez, de hacer el deslinde y amojonamiento entre los dos predios de la litis, y efectuar el señalamiento de la línea divisoria, como lo hizo, al tenor de las determinaciones cuyo texto ha quedado transcrito arriba, en el parágrafo I.

Confrontados, pues, el fallo recurrido y el acta de la diligencia de deslinde, no se encuentra que, en lo relacionado con la motivación del deslinde mismo y su realización, el Tribunal le hubiera hecho decir a esa diligencia algo contrario de lo que el acta reza o la hubiera entendido en un sentido distinto del que fluye de sus propios términos. Vale decir que el acusador no muestra el desacierto objetivo en que pudiera consistir el error de hecho que pretende cometido por el Tribunal en la apreciación de la prueba. Es que el error de hecho en casación, para que pueda ser tenido como tal, debe ser evidente, "que aparezca de modo manifiesto en los autos" como reza la preceptiva del recurso, sin que para llegar a encontrarlo se requiera de esfuerzos dialécticos, ni pueda presumírsele.

Ni es suficiente a demostrar contraevidencia en la estimación probatoria, relativamente a la ubicación del predio del presbítero Zuluaga, la certificación de fecha 16 de agosto de 1956 suscrita por el Oficial de Nomenclatura de la ciudad de Cali (f. 37, c. 1º), a petición verbal del apoderado de Bolaños, que dice: "CERTIFICA: que la calle 11 con las carreras 15 a 23 no han tenido modificación en su nomenclatura", porque ese certificado, mudo en punto de explicaciones o considerandos, resulta embiguo en el campo de la controversia, pues por una parte no dice a qué época se refiere, o sea qué tracto temporal comprende, y por otra, siendo la calle 11 el sujeto dominante de la oración en el texto, éste, sin pecar contra la evidencia, podría entenderse en el sentido de no haber sufrido la dicha calle, entre las carreras 15 a 23, cambio de numeración, ni en sí misma, ni en cuanto al sistema de la de los inmuebles en ella ubicados, pero no que entre las carreras 15 a 23 no se hubiera modificado la nomenclatura de las carreras que la interceptan, lo que en esta materia podría deberse a la apertura de nuevas vías y a las alteraciones en la localización de otras. Y tanto en la escritura número 112 de 28 de mayo de 1944, título del inmueble del presbítero Zuluaga, como en las especificaciones asignadas al mismo en la diligencia de deslinde de 31 de agosto de 1956, la ubicación que a éste se le asigna es la de la calle 11, entre carreras 19 y 20 en el título de 1944, y "entre carreras 22 y 23 de la **actual nomenclatura urbana**" en la diligencia de 1956.

Y si el juez del deslinde, a virtud de los elementos que tuvo a la vista en esa diligencia, adquirió certeza acerca de la identificación material del lindero entre los dos predios del litigio, prescindiendo de hacer una identificación integral del fundo del presbítero Zuluaga, ello en manera alguna serviría para estructurar, con arreglo a la técnica del recurso, un cargo por error de hecho en la apreciación que hizo el Tribunal de esa prueba, tomándolo tal como ella se ostenta en el proceso.

No prospera, pues, el cargo.

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 tres (3) de abril de mil novecientos sesenta y tres (1963), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

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.

PROMESA DE CONTRATO

La promesa es por sí sola un contrato, que en cuanto a su contenido autónomo e independiente, concretado en la obligación de hacer lo que se estipule, se rige por las normas comunes de los contratos. Ningún yerro jurídico se comete cuando, como lo hace el Tribunal en la sentencia acusada, aplica a la calificación de la promesa celebrada entre las partes las reglas que gobiernan los contratos.

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

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Se decide el recurso de casación intentado por el demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 6 de abril de 1965, en el juicio de Darío Mc. Ewen contra Julio Mc. Ewen.

ANTECEDENTES

Los hermanos Darío y Julio Mc. Ewen administraban una sociedad comercial de hecho formada entre ellos y dedicada al negocio de manufacturas de cuero. La contabilidad de la empresa mereció reparos, por lo cual y para corregirlos, cambiando al propio tiempo la sociedad inicial por una de responsabilidad limitada, se acordó por los interesados una revisión de la contabilidad existente y se convino en que las dificultades entre ellos se solucionarían al darse cumplimiento a un acuerdo de transacción que al efecto firmaron. El arreglo se consignó en documento de fecha 5 de septiembre de 1960, reconocido por las mismas personas a través de las varias actuaciones en el litigio, en el que aparece que acordaron someter la contabilidad de la sociedad de hecho denominada Talabartería Julio Mc. Ewen, en la que ambos son partícipes, a la revisión de peritos contadores a quienes deberían entregarse todos los libros y comprobantes de la sociedad a partir del año de mil novecientos cincuenta (1950), para que ordenaran la corrección de actuaciones equivocadas, la separación de los negocios propios de la sociedad y de sus integrantes, abrieran nuevos libros de contabilidad, y solicitaran todos los informes que consideraran pertinentes. También aparece en tal documento que una vez cumplida la labor de los contadores peritos procederían los contratantes a legalizar una sociedad de responsabilidad limitada, a otorgar escrituras sobre unos inmuebles, a la finalización del proceso sucesorio de la señora Eva Piedrahita vda. de Mc. Ewen y a ciertas liquidaciones por concepto de un inmueble y sobre un automóvil.

La cláusula undécima del documento dice: "La parte que deje de cumplir con cualquiera de sus obligaciones contraídas por este acto, en la forma que se deja expresada, pagará a la otra por vía de multa la cantidad de cien mil ($ 100.000.00) pesos m/c." (Fs. 11 a 13 C. 1º).

Para dar cumplimiento a la transacción los señores Mc. EWEN celebraron un contrato con los señores Darío y Javier Sampedro, integrantes de la sociedad Sampedro Hermanos y Cía., el veintiúno (21) de octubre de mil novecientos sesenta (1960), por el que los segundos se obligaron a la revisión de la contabilidad de la sociedad de hecho Julio Mc. Ewen, desde el año de mil novecientos cincuenta (1950) hasta la fecha de suscripción del respectivo documento, o sea el veintiúno (21) de octubre de mil novecientos sesenta (1960), dentro del término máximo de cuatro meses. Se lee en tal documento: "Para la iniciación de los trabajos y a fin de proceder en firme, se procederá urgentemente al inventario del activo y pasivo de la sociedad... abrir nuevos libros de contabilidad para lo venidero, indicando la forma como ellos deben llevarse, sin que en ellos puedan figurar los arrendamientos que cada consocio deba recibir...; en la revisión de la contabilidad y reconstrucción de ella, que los suscritos contadores llevarán a cabo, deberá tenerse en cuenta

y expresarse en el acta con que se le ponga fin al trabajo, lo que por arrendamiento de propiedades de cada socio haya entrado a la sociedad y se haya invertido en ella; los préstamos obtenidos para el desarrollo de la misma sociedad,... En una palabra los suscritos contadores quedan con amplia facultad para averiguar cuanto quieran; de disponer lo que crean conveniente y legal para bien de la justicia; y, en forma explicada así lo expondrán en el acta con que le pongan fin al trabajo...".

Los expertos contadores rindieron su informe, con posterioridad al plazo convenido de cuatro meses; el día de firmarse las escrituras que al efecto se habían preparado, sobre constitución de una sociedad de responsabilidad limitada y respecto de otros puntos previstos en el contrato de transacción, Julio Mc. Ewen se abstuvo de firmar los documentos notariales correspondientes, alegando no haber cumplido con sus deberes los contadores y haber presentado su trabajo fuera del término autorizado.

Esta situación originó la demanda de Darío Mc. Ewen contra Julio Mc. Ewen, en que se pidió hacer las declaraciones contenidas en los siguientes puntos:

"1º—Que el señor Julio Mc. Ewen Piedrahita ha violado todos los compromisos jurídicos a que se refiere el documento de arreglo o transacción, suscrito el día cinco de septiembre de 1960, firmado por el demandante y el demandado.

"2º—Que como consecuencia de la anterior declaración, el señor Julio Mc. Ewen Piedrahita está en la obligación de pagar al suscrito demandante la cantidad de cien mil pesos moneda legal colombiana ($ 100.000.00), de conformidad con lo estipulado en la cláusula final del documento mencionado en el numeral anterior y en los hechos de la demanda, y los intereses legales de esta suma, desde el día cinco de junio de 1961 hasta que verifique el pago.

"3º—Que el demandado debe pagar las costas que el presente juicio ocasionare".

El demandado a su vez reconvino al actor para que se declare resuelto el contrato celebrado entre él y Darío Mc. Ewen el 5 de septiembre de 1960, por incumplimiento del mismo, e indemnizarle de los perjuicios causados.

La sentencia del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, que puso término a la primera instancia, decidió:

"1º—Absuélvese al demandado en la acción principal, señor Julio Mc. Ewen, de los cargos que se le vienen formulando y en consecuencia no hay lugar a la condenación a la cláusula penal de que habla la demanda.

"2º—Absuélvese al demandado en reconvención, señor Darío Mc. Ewen, de los cargos que se le han venido formulando en la pieza principal y como consecuencia, no hay lugar a declarar la resolución del contrato que suscribieron los litigantes el día cinco de septiembre de mil novecientos sesenta.

"3º—Como se ha operado compensación de costas, no hay lugar a su reconocimiento".

El Tribunal Superior de Medellín, en fallo de 6 de abril de 1965, confirmó el proveído de primera instancia.

LA SENTENCIA ACUSADA

Anota que el estudio de los peritos se presentó después de vencido el término fijado para hacerlo; que no abrieron los libros contemplados en el contrato y omitieron el examen de los correspondientes a los años 1950 y 1951, como así lo reconocieron en posiciones absueltas a petición del demandado. Y agrega:

"1º—Surge entonces la inferencia de que la labor pericial adolece de extemporaneidad y que, al menos formalmente, no está ceñida a lo previamente pactado, que en ella omitieron, por una u otra causa, los contadores el examen de algo a que se obligaron, sin que aparezca demostración de mérito en el sentido de que la falta de examen de ciertos libros se deba al obrar del opositor, que sea consecuencia de la conducta suya, como lo sostuvo el demandante al absolver posiciones (f. 31 v. C. 1º). A lo anotado se agrega que en las posiciones extrajuicio de los peritos se alude a otros informes u otro informe del mes de abril, lo que no obra en el expediente, y que el dictamen aportado al mismo no muestra el lleno de todo aquello que según la relación contractual fue determinado (fs. 1, 2 C. 1º), conforme lo pregona su examen que no requiere pormenorización en esta oportunidad, habida cuenta de que lo expresado no se presta a dudas.

"Compréndese entonces que la actuación de los peritos contadores quedó sin ceñimiento exacto, por los aspectos vistos, a la relación contractual creada por los litigantes, en especial en lo que respecta a la oportunidad de pro-

ducción del respectivo dictamen. El que haya sido rendido fuera de tiempo fijado, naturalmente es hecho que está revestido de incidencia, que en manera alguna cabe considerarlo como innocuo, deteniendo la atención en que no se dejó a la discrecionalidad de los peritos la escogencia del momento de producir y entregar su dictamen. Dentro de los conceptos jurídicos generales, es suficientemente claro que sería impropio considerar vinculante para el demandado una actuación fuera de la órbita del contrato en que intervino (artículo 1602 cdts. C. C.). Si a los peritos se les señaló plazo para la actuación suya y no la cumplieron dentro de él, en forma completa, adolecería de impropiedad aseverar que lo obrado extemporáneamente genere plenos efectos que se quisieron prever en acto jurídico anterior, lo que no es exigente de amplias explicaciones.

"El demandado se ligó al cumplimiento de ciertos actos jurídicos, después de la intervención parcial con ajuste a lo pactado, y como ésta no quedó satisfecha a cabalidad, se infiere claramente que la nota enviada por el demandante inicial al opositor, la comparecencia del primero a la Notaría y la elaboración de varias escrituras no ofrecen certidumbre para aseverar que el señor Julio Mc. Ewen haya incidido en mora (artículo 1608 cdts. C. C.). Por tanto, falta base indubitable (artículos 234, 601, C. J.) para acceder a la solicitud en el sentido de que sea responsable del monto de la cláusula penal que se pactó (artículo 1592 ss. C. C.), pues el Tribunal no encuentra de acogimiento lo alegado por el señor apoderado judicial del demandante señor Darío Mc. Ewen en esta instancia. De consiguiente habrá de confirmarse lo resuelto por el señor juez, en cuya sentencia se consignaron varios planteamientos que no son exigentes de estudio en esta oportunidad".

Refiriéndose a la reconvención dice:

"El proponente de ella pretende la resolución del contrato de fecha cinco de septiembre de mil novecientos sesenta (1960) imputando incumplimiento al reconvenido (fs. 52 ss. C. 1º). Dicha acción presupone naturalmente para su éxito que uno de los contratantes haya incumplido lo pactado (artículo 1546 cdts. C. C.) y que quien la proponga a su vez haya cumplido lo de su cargo o estado dispuesto a cumplirlo, como lo enseñan con toda claridad las normas de la legislación sustantiva (artículo 1609 C. C.). Tales presupuestos inexcusables de la acción resolutoria no fueron evidenciados en su existencia en el presente litigio y de allí que falte un fundamento definitivo para acceder a lo deprecado por el reconventor.

"Efectivamente, éste omitió establecer en el proceso, de modo indubitable (artículo 234, 601 cdts. C.J.), que realmente hubiera estado en aptitud y voluntad de satisfacer lo que según la relación contractual bilateral creada (artículo 1496 cdts. C.C.) era de su cargo. Ello debió establecerlo, en armonía con los principios generales que disciplinan la materia probatoria (artículo 1757 ss. C.C., artículo 593 ss. C.J.) y con la lógica jurídica, pues en modo alguno cabe admitir que un contratante con sus solos asertos pueda lograr definir derecho en su favor, a menos que se quisiera menoscabar el trascendental principio de igualdad de las partes.

"Aparte de lo observado al estudiar la acción inicial sobre la inoportunidad de la labor de los peritos contadores y la incidencia que ello puede tener en lo atinente a la reconvención, vale anotar que las cartas que adjuntó el señor Julio Mc. Ewen a su demanda (f. 43, 45 s. C. 1º) al menos dejan traslucir que de su parte no se concretó el ánimo de realizar en el mejor plano de entendimiento aquello que se indicó en el contrato del mes de septiembre, que no fue inequívoca su voluntad conciliatoria. El citado buscó escudarse en asertos hechos por los peritos contadores en posiciones absueltas extrajuicio por ellos, en las que dijeron que el reconvenido no les suministró unos libros relativos a cuentas de los años de mil novecientos cincuenta y mil novecientos cincuenta y uno, pero sobre este aspecto debe detenerse la atención en que los contadores encontraron forma de cumplir su labor con prescindencia de tales libros, que ellos sugieren que por el obrar del reconveniente no fue posible la presentación de esos libros y en que tampoco se requirió al señor Darío Mc. Ewen sobre el particular. De suerte que no se dispone de verdadero apoyo en orden a acceder a lo solicitado en la reconvención".

LA IMPUGNACION

Se formulan siete cargos con base en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial. Aunque la demanda se presentó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el día 23 de septiembre de 1965, cuando ya se hallaba vigente la reforma judicial contenida en el Decreto 528 de 1964, y por lo mismo debió basarse en la disposición del artículo 52 de dicho De-

creto, como ésta reproduce, en lo pertinente al recurso, la norma del artículo 520 del C. J., la Corte estima que este error de cita del precepto aplicable no es motivo para desechar la demanda, ya que esencialmente se citó, si no por su número, si por su contenido la norma hoy vigente.

PRIMER CARGO

La sentencia es violatoria, por infracción indirecta, del artículo 89 de la Ley 153 de 1887. Incurrió en esta violación el Tribunal por **error de derecho** en la apreciación como prueba del documento de promesa celebrado entre los señores Julio y Darío Mc Ewen Piedrahita.

Para fundarlo se expresa:

"En efecto, Darío y Julio Mc Ewen suscribieron el pacto de promesa que se hizo constar en documento privado de fecha 5 de septiembre de 1960 con todos los requisitos de forma contemplados en los artículos 1761, 1765 del C. C. y 637 del C. J. Este documento como medio físico de prueba es completo y acredita a cargo de la parte renuente el cumplimiento de las obligaciones prometidas, el deber jurídico de pagar a la otra parte que cumplió o estuvo dispuesta a cumplir, la cantidad de cien mil pesos ($ 100.000.00) a que se refiere la cláusula penal respectiva. El Tribunal sentenciador, al denegar la petición fundamental de la demanda referente al pago del equivalente económico de la cláusula penal, a cargo del señor Julio Mc Ewen, desconoció por evidente **error de derecho** el valor probatorio que el documento tiene en este punto, infringiendo claramente las reglas de derecho probatorio contenidas en los artículos 1761 y 1765 del C. C. y 637 del C. J., infracciones que determinaron, a su vez, la violación del precepto sustantivo contenido en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que le confiere validez a la promesa de contrato. Es verdad que el Tribunal no dice expresamente que desestima el documento como medio físico de prueba de la promesa; pero así lo da a entender cuando afirma que el documento no tiene por sí mismo fuerza suficiente para cargar una obligación de pago del equivalente económico de la cláusula penal; ...incurre en un grave **error de derecho** cuando afirma que no es por sí mismo suficiente para demostrar que el demandado en las instancias incurrió en mora de cumplir las obligaciones prometidas, lo determinó la violación del precepto sustantivo citado... En los tres preceptos anteriores están comprendidas las reglas adjetivas y técnicas que determinan la fuerza probatoria de los instrumentos privados, en lo que se relaciona con el medio físico de demostración de derechos y obligaciones, cuya transgresión repercute desfavorablemente en la correcta aplicación del derecho. En el caso sub judice se excedió en su transgresión, incurriendo en **grave error de derecho** al no conferirle al documento privado de promesa todo el valor probatorio que implícitamente tiene, por haber sido preconstituído con todos los requisitos previstos en los preceptos adjetivos citados. Y, lógicamente este grave error de derecho indujo al Tribunal a violar el artículo 89 de la Ley 153 de 1887".

SEGUNDO CARGO

Se presenta afirmando que la sentencia acusada es violatoria, en forma indirecta, del artículo 1608 del C. C., por grave **error de derecho** al no reconocerle pleno valor probatorio a estos documentos:

"1º—Escrituras números 3846, 3847 y 3848 de 5 de junio de 1961 de la Notaría Cuarta del Circuito de Medellín. 2º—Recibo de pago de derechos notariales por parte del doctor Darío Mc Ewen. 3º—Nota dirigida por el doctor Mc Ewen al doctor Samuel Castrillón. 4º—Nota dirigida por el doctor Samuel Castrillón al señor Notario Cuarto del Circuito de Medellín. 5º—Nota dirigida por el doctor DARIO Mc EWEN al señor Julio Mc Ewen, sobre que estaba listo a cumplir la promesa. 6º—Certificado del señor Notario Cuarto sobre la presencia en su despacho del doctor Darío Mc Ewen y de su esposa señora MARUJA ZORRILLA de Mc EWEN".

Tales documentos los comenta así el recurso:

"En efecto, por medio del proyecto de escritura que lleva el Nº 3846, de 5 de junio de 1961, consta que la señora MARUJA ZORRILLA DE Mc EWEN le vende a la señora INES HERRERA DE Mc EWEN, esposa del señor JULIO Mc EWEN, el inmueble a que se refiere el pacto de promesa celebrado entre los hermanos Mc Ewen. La número 3847, entre las mismas, se refiere a la venta de otros inmuebles, en cumplimiento de la misma promesa. Y, la 3848, a la sociedad limitada que debería constituírse entre JULIO y DARIO Mc EWEN, para cumplir las obligaciones a su cargo. El recibo suscrito por el señor Notario Cuarto del Circuito de Medellín, establece que el doctor Darío Mc Ewen

pagó los derechos notariales correspondientes a las escrituras citadas. La nota dirigida por el doctor Mc Ewen al doctor Samuel Castrillón acredita que el primero entregó a éste las minutas necesarias para la elaboración de los actos notariales de rigor, de conformidad con la promesa. La nota dirigida, a su vez, por el mismo doctor Castrillón al Notario Cuarto, establece que este profesional revisó las minutas y las encontró completamente aceptables. La nota dirigida por el doctor Darío Mc Ewen a Julio Mc Ewen acredita que el primero estaba listo a cumplir las obligaciones prometidas.

"... ... ...

"No obstante la afirmación del Tribunal los elementos de prueba que dejo enumerados son importantes, necesarios e indispensables para el desarrollo y culminación de la relación procesal.—Es decir, que el Tribunal debió considerarlos, por constituír, en su conjunto, una prueba de indicios de una vigorosa fuerza demostrativa, incurriendo así en un GRAVE ERROR DE DERECHO, que determinó, a su vez, una evidente violación de la ley sustantiva".

TERCER CARGO

"La sentencia del Tribunal Superior de Medellín es violatoria del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, por infracción indirecta, por GRAVE ERROR DE DERECHO en la estimación como prueba del dictamen rendido por los señores DARIO y JAVIER SANPEDRO".

Se basa así este cargo:

"El informe de los contadores Javier y Darío Sampedro no puede considerarse como un 'dictamen pericial', de acuerdo con la técnica probatoria, ni como prueba sumaria, ni mucho menos controvertida. Lo primero, porque no se llevó a cabo con las formalidades legales, no fue autorizado por autoridad judicial o administrativa, no hubo juramento posesorio, ni se rindió ante ninguna de esas autoridades.—Y, lo segundo porque dentro del juicio no se produjo como prueba judicial, sino como un mero informe que acredita que los contadores cumplieron su prometido, hecho determinante del plazo para el cumplimiento de la PROMESA.—Hay, pues, un visible error del Tribunal en la estimación del informe de los señores Sampedro, con evidente violación de los artículos 705, 706 y siguientes, Cap. VIII Tit. XVII del C. J. El Tribunal debió estimar el valor probatorio del mencionado informe, de conformidad con los preceptos de técnica probatoria establecidos en los artículos 637 y 638 del C. J., como documento privado, simplemente. Como el Tribunal le dió un carácter de medio de prueba completamente distinto, incurrió en grave ERROR DE DERECHO, que debe determinar la infirmación del fallo, por violación indirecta del artículo 89 de la Ley 153 de 1887".

CUARTO CARGO

"La sentencia del Tribunal Superior de Medellín es violatoria del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, por información (sic) indirecta, por ERROR DE DERECHO, al haber omitido la estimación como prueba de las declaraciones de los señores Darío y Javier Sampedro".

El Tribunal hace caso omiso de las afirmaciones de los señores Sampedro, en el sentido de que la colaboración del doctor Darío Mc Ewen fue eficaz, suministrando papeles y comprobantes; en cambio el señor Julio Mc Ewen interfirió la labor de los contadores, ocultando papeles y comprobantes. La omisión del Tribunal al omitir la estimación de los testimonios de los señores Sampedro indica fallas técnicas de la sentencia de segunda instancia, con violación del artículo 697 del C. J., la que determinó violación del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, "razón por la cual la sentencia del Tribunal debe ser infirmada, por **evidente error de hecho**".

QUINTO CARGO

La sentencia es violatoria, por infracción indirecta, del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, por haber omitido la estimación de la constancia hecha por el señor Julio Mc Ewen ante el Notario Cuarto del Circuito de Medellín.

En efecto, al pie del proyecto de escritura número 3847, de 5 de junio de 1961, de la Notaría Cuarta de Medellín, el señor Julio Mc Ewen dejó una constancia escrita firmada por él mismo en que declara enfáticamente que no firma la escritura de sociedad, dando pretextos futiles e innocuos. El Tribunal desestimó el certificado del Notario Cuarto de Medellín, sobre comparecencia del doctor Darío Mc Ewen y de su esposa, y la declaración ante el mismo funcionario de que Julio Mc Ewen se negaba a ceptar las escrituras citadas, omisión que determinó la violación del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 y 1608 del C. C.

SEXTO CARGO

"La sentencia del Tribunal Superior de Medellín es violatoria, en forma directa, del artículo 1602, por aplicación indebida al caso **sub-judice**".

Equivocadamente el Tribunal aplica el artículo 1602 sobre fuerza obligatoria de los contratos, cuando la regla pertinente es la de la fuerza obligatoria de las promesas de contrato, a que se refiere el artículo 89 de la Ley 153 de 1887. El primero se refiere a toda clase de convenciones privadas, para las cuales se exigen capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita. El segundo, "incide, en cambio, cuando las partes no quieren ligarse contractualmente, de una vez, sino que prefieren hacer uso, primero, de una etapa de reflexión PRECONTRACTUAL. Tan distintas son una y otra figura jurídica que antes de la vigencia de la Ley 153 de 1887, las promesas de contrato no tenían efecto alguno... En la promesa el objeto de las obligaciones es el contrato prometido mismo, mientras en la convención son las prestaciones y contraprestaciones pactadas. En la promesa se pactan simplemente obligaciones de HACER, mientras que en el contrato se estipulan obligaciones de todo género. La causa en la promesa son las obligaciones prometidas por ambas partes, mientras que en el contrato pueden llegar a confundirse con el objeto mismo. En la promesa es connatural, esencial para su configuración jurídica, que se estipule una sanción penal, como elemento coercitivo que impulse a las partes a cumplir las obligaciones prometidas; en el contrato está al arbitrio de las mismas partes, estipular o no dicha cláusula penal. Es lógico, pues, que del régimen contractual propiamente dicho solo sean aplicables a los pactos de promesa aquellas reglas o preceptos que no pugnen con su naturaleza específica, grave error en que ha incurrido el Tribunal sentenciador cuando hace la aplicación del precepto contenido en el artículo 1602 del C. C., sobre fuerza obligatoria de las convenciones".

SEPTIMO CARGO

(llamado también sexto por el recurso)

La sentencia es violatoria del artículo 1608, numeral 1º, del C. C. por infracción indirecta.

A esta violación llega el Tribunal por **error de hecho**, por haber omitido la estimación como prueba de la nota suscrita por Julio y Darío Mc Ewen, dirigida a los contadores Darío y Javier Sampedro, por medio de la cual les prorrogan el plazo para la rendición del informe de auditoría, para el cual fueron contratados.

En consideración a la complejidad de la tarea que deberían realizar los señores Sampedro, se les otorgó una prórroga, hecho que está suficientemente demostrado en el proceso, mediante nota que oportunamente fue producida como prueba. El Tribunal omitió la estimación de ese documento.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Ha sido necesario hacer la relación en conjunto de los cargos del recurso, para referirse a ellos, dentro de un examen global, por imponerlo así la materia que los informa y suscita el estudio de la Corte.

Los cargos Primero, Tercero, Cuarto y Quinto se hacen por infracción indirecta del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, expresándose en el primero que se incurrió en error de derecho en la apreciación como prueba del documento firmado por Julio y Darío Mc Ewen; en el tercero, por grave error de derecho en la estimación como prueba del dictamen rendido por Darío y Javier Sampedro; en el cuarto, por haber omitido la estimación como prueba de las declaraciones de los señores Darío y Javier Sampedro; y en el quinto por haber omitido la estimación de la constancia hecha por Julio Mc Ewen ante el Notario Cuarto del Circuito de Medellín.

Todos los cargos se estructuran con idéntica base, la del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, como norma sustancial, y en cada caso la de determinados preceptos del Código Judicial.

El cargo sexto se presenta afirmando que la sentencia acusada viola en forma directa el artículo 1602 del C. C., por aplicación indebida.

Hay una vinculación estrecha entre los cargos basados en infracción indirecta del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, y el que se propone por violación directa del artículo 1602 del C. C.. Se plantea la pretendida violación de ley sustancial, por infracción indirecta del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, y por violación directa del artículo 1602 ibídem, por aplicación indebida.

El reparo principal a la sentencia se hace estimando el recurso que en ella se aplica equivocadamente el artículo 1602 "sobre fuerza obligatoria de los contratos, cuando la regla pertinente es la de la fuerza obligatoria de las promesas de contrato, a que se refiere el artículo

89 de la Ley 153 de 1887". Le niega el valor de convención a la promesa de contrato, de donde deduce que el fallo acusado yerra al aplicarle a la promesa suscrita por los hermanos Mc Ewen las normas que regulan las convenciones. "En la promesa, dice el recurso, se pactan simplemente obligaciones **de hacer**, mientras que en el contrato se estipulan obligaciones de todo género". Según el recurrente, en la promesa las partes no se ligan contractualmente, "de una vez," sino que prefieren hacer uso primero de una etapa de reflexión **precontractual**". Por estos razonamientos deduce que el Tribunal incurrió en error de derecho, aplicando a la promesa de contrato los ordenamientos que regulan la convención.

La promesa es por sí sola un contrato, que en cuanto a su contenido autónomo e independiente, concretado en la obligación **de hacer** lo que se estipula, se rige por las normas comunes de los contratos. Ningún yerro jurídico se comete cuando, como lo hace el Tribunal en la sentencia acusada, aplica a la calificación de la promesa celebrada por los hermanos Mc Ewen las reglas que gobiernan los contratos.

En el caso **sub lite** no es aceptable jurídicamente desvincular la obligación de pago de la multa, como se propone en el Primer Cargo, del incumplimiento de las demás obligaciones igualmente pactadas, y afirmar, como allí se hace, que acreditada la existencia formal del contrato, procede la sanción pecuniaria por el solo hecho de haberse negado el demandado a suscribir los documentos notariales que se habían elaborado, en la forma y los términos explicados en otras partes de la presente decisión.

La promesa de contrato se estructuró en terminos no muy adecuados, porque exigió la realización de numerosos actos por los hermanos Mc Ewen antes de la firma de las escrituras que debían poner término a las diferencias existentes entre ellos y dar origen a la constitución por los mismos interesados de una sociedad de responsabilidad limitada. Lógicamente al resolver el Tribunal si era o no procedente la aplicación de la multa prevista en la promesa, debió examinar, como lo hizo, las relaciones en que se hallaban las partes, en cuanto a cumplimiento de sus mutuas prestaciones, antes de aplicar la sanción pecuniaria. La Corte considera inválida la objeción presentada por el recurso, de la inaplicabilidad de las normas que rigen los contratos al análisis del acuerdo de promesa que celebraron los hermanos Mc Ewen. Y como la demanda de casación se basa en ese concepto equivocado del recurrente, esta conclusión a que llega la Corte incide en su decisión sobre los cargos que integran la impugnación; pues hay entre todos ellos, como se ha anotado, una vinculación estrecha.

Ocurre que los cargos Primero, Tercero, Cuarto y Quinto, basados en el concepto erróneo de que se podía desvincular el cumplimiento de lo estipulado sobre sanción pecuniaria, del examen de las obligaciones recíprocas de las partes, emanadas de la promesa de contrato, deja sin apoyo el recurso, en los cargos aquí señalados, porque se estructuró sobre un concepto equivocado acerca del imperio de la ley sustancial que en ellos se afirma fue violada. No quebranta el fallo acusado el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, sobre la promesa de contrato, porque aún en la hipótesis que esos cargos suponen de haberse realizado una infracción medio de disposiciones de carácter probatorio, la norma sustancial indicada no se infringe por haber admitido la sentencia que la promesa de contrato debe contemplarse a la luz de los preceptos que regulan las convenciones. Así lo entendió el Tribunal, y consecuencialmente entró en el análisis del cumplimiento previo de las obligaciones de cada una de las partes, como se pactó en la transacción respectiva, antes de determinar si la multa acordada en el mismo documento era aplicable y podía decretarse la sanción correspondiente. Siendo el procedimiento seguido por el fallador de segunda instancia acertado y jurídico, de conformidad con razonamientos anteriores, la falencia de los cargos Primero, Tercero, Cuarto y Quinto se impone como necesaria consecuencia.

Respecto de la violación del artículo 1602 del C. Civil, por su aplicación indebida al caso controvertido, planteada en el Sexto cargo, caben las mismas observaciones hechas en relación con el pretendido quebranto del artículo 89 de la Ley 153 de 1887. La sentencia acusada aplica al caso sub judice la citada norma, por estimar acertadamente que la promesa de contrato se rige, en cuanto a las obligaciones que de ella surgen, por el estatuto jurídico de las convenciones. No se infringe por tanto esa disposición sustancial.

El cargo Segundo pretende encontrar establecida una prueba indiciaria, por haberse preparado varias minutas y documentos notariales que el señor Julio Mc Ewen se abstuvo de suscribir, cuando su hermano y la esposa de éste

estuvieron listos a autorizarlos. Manifiesta el recurso que el Tribunal debió considerar los elementos de prueba aquí relacionados, "por constituír, en su conjunto, una prueba de indicios de una vigorosa fuerza demostrativa, **incurriendo así en un grave error de derecho**, que determinó a su vez, una evidente violación de la ley sustantiva".

El fallo acusado expresa que "el demandado se ligó al cumplimiento de ciertos actos jurídicos, después de la intervención pericial con ajuste a lo pactado, y como ésta no quedó satisfecha a cabalidad, se infiere claramente que la nota enviada por el demandante inicial al opositor, la comparecencia del primero a la Notaría y la elaboración de varias escrituras no ofrecen certidumbre para aseverar que el señor Julio Mc Ewen haya incidido en mora". (Artículo 1608 C. C.).

El Tribunal sí se ocupó pues del análisis de los documentos mencionados y los consideró insuficientes para deducir de ellos la prueba que el recurso quiere derivar. Además, no se cita por el recurso la disposición de valoración probatoria infringida por el fallo acusado, para llegar así al error de derecho que se plantea en el cargo. Esta falla de orden técnico al proponer el recurso, y la autonomía que tiene el Tribunal para estimar la prueba, le impiden a la Corte admitir la deducción que pretende el recurrente.

El cargo no prospera.

El Séptimo cargo afirma que el Tribunal incurrió en **error de hecho** por haber omitido la estimación como prueba de una nota de Julio y Darío Mc Ewen a los contadores Darío y Javier Sampedro, por la cual les prorrogan el plazo para la rendición del informe de auditoría.

La Corte ha leído el memorial en que el apoderado de Darío Mc Ewen le pide al Tribunal que revoque el fallo de primera instancia, y en él no ha encontrado la afirmación que ahora se hace en el recurso extraordinario sobre una prórroga de plazo a los contadores para la rendición de su informe, ni alegación alguna en el particular. Respecto de este punto el recurso dice: "En realidad, el plazo que primeramente se fijó a los contadores para el estudio de los informes correspondientes, fue demasiado breve, máxime si se considera la conducta estorbosa por parte del señor Julio Mc Ewen. Precisamente, por esta circunstancia, y en consideración a la complejidad de la tarea que deberían realizar los señores Sampedro, se les otorgó una prórroga, hecho que está suficientemente demostrado en el proceso, mediante nota que oportunamente fue producida como prueba. Cae, pues, por su base la afirmación del Tribunal de que el informe de los contadores se produjo extemporáneamente. Lo que aconteció, pues, fue que el Tribunal omitió la estimación de un documento de fundamental importancia para la culminación del proceso, lo que lo indujo a la violación indirecta del precepto citado".

El recurso alude en una forma bastante indeterminada a la prórroga de que se trata. No se indican los términos en que la prórroga se concedió ni el folio del expediente donde ella aparece inserta, ni se expresa por cuánto tiempo fue la prórroga, ni se demuestra, por el examen de fechas que habrían de tenerse en cuenta, que el informe fue rendido dentro del plazo y su prórroga. El punto, que como lo anota el recurrente, podría ser de alguna importancia, no se planteó en las instancias y constituye por lo mismo un medio nuevo en el recurso de casación. Por estas razones el cargo de que ahora se trata no ha de prosperar.

RESOLUCION

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 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 6 de abril de 1965, en el juicio de Darío Mc Ewen contra Julio Mc Ewen.

Se condena en costas a la parte recurrente en casación.

Cópiese, publíquese, 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.

INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA

Error de hecho. - Prueba testimonial. - Condiciones para admitir su existencia en el proceso. - En casación no domina el criterio de favorabilidad de la prueba sino el de evidencia en el error de hecho. - Excepción de contrato no cumplido. - Presupuestos procesales. - Sentencia inhibitoria. - La causal 2ª de casación no cabe contra fallos inhibitorios. - Interés jurídico para recurrir en casación.

1.—Muy repetido lo tiene la Corte que el fallador comete error de hecho cuando tiene por demostrado un hecho que no aparece en las pruebas aducidas o no obra medio probatorio que lo acredite, y cuando se niega el hecho, porque no vio los elementos de juicio que lo demuestran.

2.—En tratándose de la apreciación de la prueba testimonial, al juzgador no le basta leer las afirmaciones de los declarantes sin examinar el fundamento en que basan el conocimiento de los hechos, y las condiciones de responsivos, exactos y completos en la exposición de los hechos para admitir la existencia de estos en el proceso.

3.—El concepto expuesto por el recurrente sobre que determinadas declaraciones son más bien favorables a su representado, serviría para la decisión en instancia, no en el recurso extraordinario, en el cual domina el criterio de evidencia en el error de hecho, no el de favorabilidad de la prueba.

4.—El artículo 1609 del Código Civil, establece la excepción de contrato no cumplido no solamente cuando es una sola de las partes la incumplidora de su obligación sino también cuando lo son ambas (G. J. T. 78, págs. 627 y 628).

5.—La Corte ha repetido que el Juez o Tribunal que entra a decidir un negocio y encuentra que falta alguno de los cuatro presupuestos procesales, competencia en el juzgador, demanda en forma, capacidad para ser parte y legitimación procesal, debe abstenerse de decidir, por cuanto no se ha formado la relación jurídico procesal que permita una resolución de fondo.

6.—La sentencia inhibitoria, por lo mismo que no es de mérito, deja expedita la vía al demandante o contrademandante, en este caso, para volver a iniciar sus acciones. Del fallo inhibitorio no puede predicarse que ha decidido sobre puntos no comprendidos en la demanda, extra petita, ni que haya provisto a más de lo pedido, plus o ultra petita, ni que ha dejado de resolver puntos de la demanda, mínima petita, porque se ha abstenido de considerar todas las súplicas de la demanda.

7.—En razón de que al fallo inhibitorio no puede aplicarse ninguno de los tres motivos de incongruencia aceptados por la jurisprudencia, tiene admitido la Corte que la causal segunda de casación no cabe sino contra los fallos de fondo no contra los inhibitorios.

8.—Sostenida ha sido la doctrina de la Corte de que el interés jurídico para recurrir en casación se da por dos motivos: porque la sentencia del Tribunal no irrogue ningún agravio al recurrente, y porque este haya consentido la sentencia de primera instancia, puesto que el recurso no es viable sino cuando se han agotado los medios de instancia que permite y autoriza la ley.

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

(Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada).

Gerardo Streithorst Clausen demandó en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bucaramanga a Juan B. Silva para que en vía ordinaria se hicieran las siguientes declaraciones:

"1º—Que el citado Silva incumplió, parcialmente el contrato de compraventa celebrado con el doctor GERARDO STREITHORST CLAUSEN, el 23 de octubre de 1959, en cuya virtud este último le compró "un equipo completo para preparación de mezclas asfálticas, compuesto

de los elementos descritos en documento privado de la misma fecha y además, una CILINDRADORA de 14 toneladas, marca "BUFFALO-SPRIMGFIELD", con su motor de gasolina.

"2º—Que, como consecuencia de tal declaración, se condene al mismo Juan B. Silva a entregar a mi mandante, seis días después de ejecutoriada la sentencia, la CILINDRADORA anteriormente descrita; un tanque cilíndrico para almacenamiento adicional de gasolina o combustible; los termómetros para los agregados y para el asfalto; un juego de ruedas dentadas para la bomba de esfalto; cuatro baterías para el arranque de los motores DIESEL, y una caldera de vapor, funcionando, de 20 H. P.

"3º—Que, como consecuencia de la misma declaración, el citado Silva sea condenado a pagarle a mi poderdante la suma de ciento veinticinco mil pesos ($ 125.000.00) por concepto de los perjuicios ocasionados por incumplimiento del contrato.

"4º—Que, en la misma forma, se le declare incurso en la cláusula penal del contrato de compraventa y obligado, en tal virtud, a pagar a mi mismo poderdante, la suma de QUINCE MIL PESOS ($ 15.000.00).

"5º—En subsidio de la tercera declaración, que se le condene al nombrado Silva el pago de los perjuicios en la cantidad que usted fije en la sentencia, o en abstracto.

"6º—Que se le condene a las costas del juicio, si a él hubiere lugar por oposición".

Los hechos que motivan la demanda se resumen así:

Juan B. Silva transfirió en venta a Gerardo Streithorst Clausen, según documento firmado por ellos el 12 de octubre de 1959, "un equipo completo para preparación de mezclas asfálticas, compuesto de los elementos y máquinas relacionadadas en dicho documento y, además, una cilindradora de 14 toneladas, marca Búffalo-Sprimgfield, con su motor de gasolina".

El precio total convenido fue de ciento noventa mil pesos ($ 190.000.00), de los cuales ciento veinte mil ($ 120.000.00) corresponden al valor del equipo, y setenta mil ($ 70.000.00) al de la cilindradora. El pago debía hacerse así: treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00) en dinero efectivo, y el saldo de ciento cincuenta y cinco mil pesos ($ 155.000.00) en varias letras de cambio con sus correspondientes intereses.

También se comprometió Silva a venderle a Streithorst Clausen hasta la mitad de los repuestos que aquel tuviera en su almacén, necesarios para el equipo, a precio de costo, en el momento que los solicitara el segundo.

Se obligó el vendedor a entregar el equipo funcionando debidamente con los dos motores Diesel reparados, sus cilindros encamisados, con garantía de seis meses de correcto funcionamiento, prestación que tampoco cumplió.

Como pena a la parte que incumpliera, se convino la cantidad de quince mil pesos ($ 15.000.00) "además de los perjuicios".

El comprador necesitaba del equipo comprado a Silva para atender a la pavimentación de las carreteras Bucaramanga-Rionegro y Bucaramanga-Los Curos, pues el suyo propio lo ocupaba en el contrato de pavimentación de la autopista Bucaramanga-Girón.

La necesidad de atender la ejecución de aquellos contratos, cuyo cumplimiento derivaría para Streithorst una utilidad no inferior de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000.00), le impuso comprarle a Silva "los elementos materia del contrato".

Silva, no obstante los muchos requerimientos de Streithorst, dejó de entregar, ocasionándole gravísimos perjuicios, la cilindradora, y "los siguientes elementos del equipo para mezclas asfálticas: un tanque cilíndrico para almacenamiento adicional de combustible; termómetros para los agregados y para el asfalto; un juego de ruedas dentadas para la bomba del asfalto, cuatro (4) baterías para el arranque de los motores Diesel y una caldera de vapor, funcionando, de 20 H.P.".

La máquina secadora tenía un engranaje dañado y era de hierro debiendo ser de acero. Así incumplió Silva la garantía de funcionamiento durante seis meses. De estos engranajes planetarios Silva cobró dos, cuando solo se le debía uno.

El valor de la cilindradora y demás elementos que dejó de entregar el vendedor asciende a ochenta y un mil pesos ($ 81.000.00).

Por la no entrega de la cilindradora, Streithorst tuvo que paralizar la planta ambulante de mezclas, cuya inversión fue de US $ 40.000.00, y permanece "hasta el momento sin utilización alguna, siendo muy elevados los perjuicios, por el lucro cesante".

Desde la celebración del contrato, Streithorst ha dejado de beneficiarse de la cilindradora durante trescientos días útiles (300), o sean, dos mil cuatrocientas horas (2.400) de trabajo con la misma. El valor del trabajo de la cilindradora es de treinta y cinco pesos ($ 35.00) por hora, según normas y cálculos del Ministerio de Obras Públicas, lo que da un total de ochenta y cuatro mil pesos ($ 84.000.00).

La utilidad líquida o lucro cesante de la cilindradora en aquel tiempo es de doce mil pesos ($ 12.000.00).

Por el incumplimiento del contrato y como pena, Silva debe pagar al comprador la cantidad de quince mil pesos ($ 15.000.00).

El demandado contestó oponiéndose a los pedimentos y negando todos los hechos.

Propuso la prescripción de las acciones correspondientes a saneamiento por vicios redhibitorios o rebaja del precio, si se estimare que se han ejercitado por el actor en esta demanda, y también la excepción **non adimpleti contractus** con fundamento en el artículo 1609 del C. C. y en que quien no ha cumplido el contrato es el demandante.

Juan B. Silva contrademandó a Streithorst Clausen con las siguientes súplicas que se résumen así:

Primera.—Que se declare resuelto el contrato presentado con la demanda principal, por incumplimiento del comprador Streithorst Clausen, y, en consecuencia, se le condene a restituírle a Silva todos los objetos a que se refiere la cláusula primera, "menos lo siguiente: una cilindradora de 14 toneladas, marca Búffalo-Sprimgfield, con su motor de gasolina, un tanque para almacenamiento adicional de gasolina o combustible; un termómetro para los agregados y para el asfalto; un juego de ruedas dentadas para la bomba de asfalto y una caldera de vapor de 20 H.P.".

Segunda.—Que en razón de lo anterior, se condene a Streithorst Clausen a pagarle a Silva los perjuicios causados "que se estiman en el valor de 300 días que él mismo afirma haber trabajado el equipo, con ocho (8) horas diarias a razón de cien pesos ($ 100.00) hora, por uso y desgaste, más intereses del 0.75% mensual o 9% anual, desde el 12 de octubre de 1959 y los 300 siguientes hábiles o laborables sin incluír los de fiesta, sin perjuicio de estar a la cantidad que fijen peritos. Y lo siguiente:

"a) $ 1.151.80 de capital, exigible desde el 31 de octubre de 1959, con el interés convencional practicado por las partes del 0.75% mensual o 9% anual. Y $ 365.00 de capital, exigibles desde el 13 de diciembre de 1959, con el interés convencional pactado por las partes del 0.75% mensual o 9% anual. Este precio de los repuestos suministrados conforme a la cláusula 4ª de la convención, y que el doctor Gerardo Streithorst Clausen debe aún y ha debido pagar inmediatamente, se le suministraron, a Juan B. Silva.

"b) $ 16.000.00 de capital por vigilancia y arrendamiento de cuanto no ha retirado, a razón de $ 100.00 por cada mes y del 23 de octubre de 1959 hasta el 23 de febrero de 1961, más lo que se cause hasta cuando retire, con intereses progresivos en lo causado al 0.75% mensual o 9% anual según lo han practicado en esta convención las partes, sin perjuicio de estar a la cantidad que fijen peritos por este concepto.

"c) $ 15.000.00 de capital, exigibles desde el 23 de octubre de 1959, con intereses al 0.75% mensual o 9% anual según lo han practicado en este convenio las partes, ya que desde el cheque por la suma de $ 35.000.00 que dió Streithorst a Silva, en 23 de octubre de 1959 y suma efectiva primera a que se refiere la cláusula segunda de la convención, incumplió, porque no tenía fondos suficientes y hubo necesidad de esperar hasta el 5 de noviembre siguiente".

Tercera.—Subsidiariamente pide: 1º—Se declare que Streithorst Clausen debe cumplir la convención contenida en el documento privado ya relacionado, y, como consecuencia, satisfacerle a Silva, cuanto adeuda como parte del precio de lo vendido y por repuestos; además, por vigilancia y arrendamiento de parte de lo vendido, que ha debido retirar desde el 23 de octubre de 1959, y finalmente todos los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato.

2º—Se le condene al pago de lo siguiente:

a) Lo especificado en los apartes a), b) y c) del pedimento segundo.

3º—$ 10.350.00 de capital, exigibles desde el 1º de junio de 1960; $ 10.400.00 de capital, exigible desde el 1º de julio de 1960; con intereses al 0.75% mensual o 9% anual y la comisión de cobro por $ 51.75 y $ 52.00 con los mismos intereses; $ 15.675.00 de capital, exigibles desde el el 1º de agosto de 1960; $ 15.750.00 de capital exigibles desde el 1º de septiembre de 1960; $ 15.825.00 de capital exigibles desde el 1º de oc-

tubre de 1960; $ 15.000.00 de capital exigibles desde el 11º de noviembre de 1960; $ 15.975.00 de capital exigibles desde el 1º de diciembre de 1960, con intereses todas estas sumas al 0.75% mensual o 9% anual, pagaderos desde el 23 de octubre de 1959. Estas cantidades son parte del precio a que se refiere la cláusula segunda del contrato.

La causa petendi se resume así:

Silva y Streithorst Clausen están vinculados por el contrato de que da cuenta el documento citado.

Silva cumplió con todas las obligaciones a su cargo, pues de sus manos recibió el comprador todos los bienes a que se refiere la cláusula primera del convenio, en la ciudad de Bucaramanga en sitios donde los tenía el vendedor bien conocidos del adquirente, antes del 23 de octubre de 1959, y por estar en correcto funcionamiento le dió en esa fecha a Silva los $ 35.000.00 del primer contado en cheque que no fue cubierto sino el 5 de noviembre siguiente debido a que antes no tuvo fondos suficientes.

Streithorst Clausen no ha cumplido con el pago del precio del equipo. En efecto, además de lo anotado sobre la primera cuota, no canceló las primeras seis letras sino mucho después de las fechas de vencimiento, las demás no las ha cancelado.

Silva en cumplimiento de lo pactado en la cláusula 4ª del contrato, le suministró al comprador repuestos por un valor de $ 1.516.00, que no ha pagado no obstante los reiterados cobros.

Streithorst Clausen dejó abandonados en el sitio donde recibió el equipo comprado, los siguientes elementos: una cilindradora de 14 toneladas, marca Búffalo-Sprimgfield con su motor de gasolina; un tanque cilíndrico para almacenamiento adicional de gasolina o combustible; un termómetro para los agregados y para el asfalto; un juego de ruedas dentadas para la bomba de asfalto y una caldera de vapor de 20 H.P. Silva se vió obligado a guardar y vigilar estos elementos sufragando un gasto de $ 1.000.00 mensuales.

Streithorst Clausen, excepto las piezas determinadas en el hecho anterior, tiene el equipo debidamente instalado y funcionando a un lado de la autopista a Girón.

El comprador trabajó el equipo 300 días de ocho horas diarias, esto es, 2.400 horas que estima a razón de $ 100.00 por hora para los efectos del lucro cesante en la indemnización por uso y desgaste del equipo.

Para todas las obligaciones se predican intereses del 0.75% o 9% anual en razón de la aplicación que las partes le han dado al convenio.

El incumplimiento del comprador en el pago del precio del equipo y los repuestos, y de llevar los elementos anotados, impone exigirle el pago de la pena prevista en la cláusula quinta del convenio.

Desde la entrega del equipo, Streithorst Clausen nunca ha hecho reclamo alguno.

La demanda de reconvención fue contestada por el apoderado del comprador oponiéndose a todas las peticiones y negando todos los hechos en que se pretende respaldarla.

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga falló en primera instancia el diez y seis de noviembre de mil novecientos sesenta y uno, así:

1º—Declaró que Juan B. Silva incumplió parcialmente el contrato de compraventa celebrado con Gerardo Streithorst Clausen el 24 de octubre de 1959.

2º—Condenó a Silva a entregarle a Streithorst Clausen seis días después de ejecutoriada la sentencia, la cilindradora, el tanque cilíndrico para almacenamiento adicional de gasolina o combustible, los termómetros, el juego de ruedas dentadas, cuatro baterías y la caldera de vapor a que alude la segunda petición de la demanda principal.

3º—Condena al demandado Silva a pagar a Streithorst Clausen los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato cuya liquidación se hará por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

4º—Condena a Silva a pagarle a Streithorst Clausen la suma de quince mil pesos ($ 15.000.00) dentro del mismo término de seis días, correspondiente a la pena estipulada en el contrato.

5º—Condena a Streithorst Clausen a pagarle a Juan B. Silva, seis días después de ejecutoriada la sentencia, la cantidad de noventa y nueve mil ochocientos setenta y cinco pesos ($ 99.875.00) M/cte., para completar el precio del contrato.

"6º—No se atienden las peticiones de la demanda de reconvención.

"7º—Se condena al demandado en costas".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga resolvió la apelación propuesta por Silva, en sentencia de cinco de mayo de mil novecientos sesenta y dos, por la cual confirma los puntos primero, cuarto, quinto, sexto y séptimo del fallo de primera instancia; reforma el segundo, "en el sentido de absolver al demandado de la obligación de entregar la caldera de vapor de 20 H.P." y revoca el tercero "disponiendo en su lugar la absolución del demandado del cargo respectivo".

Motivación de la sentencia de segunda Instancia

Estima, en primer término, el Tribunal la decisión de no atender el Juzgado las súplicas de la contrademanda por falta del presupuesto procesal de demanda en forma consistente en haber acumulado indebidamente la acción de resolución del contrato, como principal, y la de incumplimiento del mismo, como subsidiaria.

Advierte que, al tenor del artículo 209 del C. Judicial, la acumulación no es viable cuando los derechos invocados se destruyen por la elección, o cuando por cualquier motivo se consideran incompatibles o contrarios entre sí. La acción de resolución del contrato por incumplimiento del contrato demandado y la de cumplimiento por la misma causa, son contrarias, razón por la cual el artículo 1546 del Código Civil les otorga en forma alternativa, no simultánea, "aunque la una se presente con el mote de subsidiaria".

Cita la doctrina de dos procesalistas que consideran incompatibles estas dos acciones, y concluye que el Juzgado tuvo razón al negarse a analizar el mérito de la demanda de reconvención, por cuanto la relación jurídico procesal no se constituyó válidamente por la acumulación, aun subsidiaria, de la súplica de resolución y cumplimiento del contrato **sub-judice.**

Respecto de la demanda principal, encuentra que el actor Streithorst Clausen invoca tres causales de incumplimiento por parte de Silva: 1º—Que el demandado no accedió a vender al actor los repuestos que tuviera en su almacén, necesarios para el funcionamiento del equipo; 2º—No cumplió con la garantía de entregar el equipo en perfecto funcionamiento; y 3º— Silva no entregó la cilindradora y otros implementos, con lo cual le ocasionó serios perjuicios al comprador.

Sobre la primera cuestión, observa el Tribunal que el actor no adujo prueba alguna de los pedidos que hizo y no le fueron despachados. En cambio, con una inspección ocular efectuada con peritos y con una factura, se acreditó plenamente la existencia en el almacén de Silva de repuestos necesarios para el equipo, y la venta y entrega de los que Streithorst creyó conveniente solicitar.

Concluye así que la demanda falla por este aspecto.

En relación a la garantía de funcionamiento, halla deficiente las declaraciones de Pablo Roa Dietes, Carlos A. Yepes y Gilberto Pachón sobre la marcha de los motores Diesel, porque cada uno habla de una circunstancia distinta.

El demandado adujo la declaración del ingeniero González D'Costa y una inspección ocular con asistencia de peritos, con las cuales se estableció que los motores se hallaban en condiciones normales de funcionamiento. Así concluye el sentenciador que "por el aspecto de la garantía dada en el contrato, la convención no fue incumplida".

Sobre la tercera causal, la tradición o entrega del equipo, analiza los testimonios presentados por el demandado Silva para demostrarla, y anota:

Miguel Angel Arenas, como subalterno de Silva, informa que ayudó a sacar parte de la maquinaria vendida, y quedaron en el lote de propiedad de Silva, la cilindradora, los termómetros y las ruedas dentadas.

José Ascensión Luna Delgado expone que hubo entrega de la maquinaria, pero, al ser repreguntado sobre la entrega de la cilindradora, responde: "Eso sí no supe yo", con lo cual descarta la afirmación de que la cilindradora había sido entregada.

Rechaza el testimonio de Sinforoso Bautista porque se contradice en su exposición.

Víctor Julio Vera García, no presenció la entrega de la maquinaria, supo que la habían llevado, pero no toda, porque la cilindradora quedó allí, y trabajó con ella en propiedades de los señores Puyanas con posterioridad al negocio.

Ernesto Bohórquez Villamil informa que la cilindradora está en el lote de la calle 23, y que después de haber sacado Streithorst parte de la maquinaria, la cilindradora fue utilizada en terrenos de los Puyana.

Ortiz Poveda expone que Silva le entregó hasta el último hierro, y que el declarante ayudó a la entrega, pero luego agrega que todo se entregó menos la cilindradora, sin que supiera por qué quedó allí.

Julio E. Angel también dice que la maquinaria fue entregada, menos la cilindradora, con la cual el testigo estuvo trabajando unos cinco días en el aeropuerto y en propiedades de los Puyana, pero ignora por qué no fue entregada.

De este resumen en la apreciación de la prueba testimonial, concluye el sentenciador que no alcanza a demostrar en forma plena la entrega, que pesaba sobre el vendedor; que apenas se puede aceptar que cumplió parcialmente esta obligación, lo que es suficiente para concluír que incumplió el contrato, y que la acción es viable.

A la observación que pudiera hacerse de que Silva sí entregó el equipo, y que si Streithorst Clausen no llevó la cilindradora fue culpa no del demandado sino del actor que quiso abandonarla allí, replica el Tribunal que tal apreciación no puede admitirse porque de los testimonios vistos "no surge conjetura en forma clara y porque de las pruebas aportadas por el actor aparece lo contrario".

Al efecto se refiere al declarante Roa Dietes, quien dice que el día del traslado no pudo llevarse la cilindradora porque la estaban pintando y le dijeron que la dejara de último, y cuando más tarde volvió por ella, le manifestaron que había orden de no entregar nada. Añade el Tribunal que contra el dicho de este testigo no hay demostración alguna, pues el demandado se limitó a negar el hecho al contestar la demanda.

El doctor Carlos A. Yepes, a la pregunta de si sabe y le consta que Silva no entregó la cilindradora a pesar de haber sido requerido sobre el particular, contestó: "Sé que existió la solicitud por parte del ingeniero Streithorst, pero la máquina no estuvo nunca en la obra".

El declarante Pachón Pérez, si bien no acompañó a su compañero Roa Dietes a transportar la cilindradora, sí informa que Streithorst le dió la orden de que fuera a reclamarla. En ausencia de pruebas contrarias, esto indica que la actitud del comprador no fue la de abandonar la máquina sino la de reclamarla.

Añade la sentencia que si, según la información testimonial, la cilindradora que el demandante tenía en los trabajos de la autopista de Girón, se le había dañado, hay que admitir que en tales circunstancias tuvo que reclamar la comprada a Silva, porque de lo contrario se había expuesto a no dar cumplimiento al contrato suscrito con "Siac Ltda.".

Finalmente, ante el hecho demostrado de que la cilindradora permaneció en poder del vendedor, y de que no la entregó a pesar del reclamo oportuno, el Tribunal no encuentra razón para eximirlo de responsabilidad en el cargo formulado. "Luego es apenas natural aceptar que el demandado incumplió parcialmente el contrato, con lo cual la acción debe prosperar".

De lo expuesto, con cita de los artículos 1928, 1880 y 1883 del C. C. infiere que el comprador cumplió con la obligación de recibir el equipo, pero que respecto de la cilindradora y otros utensilios, la culpa de no recibirlos no se predica de él sino de Silva, que "se negó a la entrega, según demostraciones que atrás se analizaron".

En cuanto a la caldera de 20 H.P. que la demanda afirma no fue entregada, la sentencia halla demostrado lo contrario con la diligencia de inspección ocular y las declaraciones de Cupertino Díaz Sánchez y Gilberto Pachón Pérez.

Pasa el fallador a estudiar la excepción de incumplimiento del contrato por parte de Streithorst configurada en que demoró el pago del precio garantizado con el cheque en referencia y las letras de cambio aportadas a los autos.

Advierte que respecto del pago del cheque no hay constancia que acredite la demora del comprador, porque fue consignado el 4 de noviembre de 1959, y se hizo efectivo al día siguiente, demora explicable por el canje a que hay lugar.

"Y, por lo que hace a las letras de cambio, si es verdad que aparece acreditado que el pago de las números 5 y 6 con vencimiento el primero de abril y el primero de mayo de 1960, en su orden, se hizo con retardo, y que el comprador no satisfizo el valor de las restantes, todo ello ocurrió bastantes meses después de la fecha del contrato de venta, es decir, cuando el vendedor había incumplido su obligación de entregar todo lo vendido".

Observa también que las letras pagaderas, una el 1º de junio, y otra, el 1º de julio de 1960, fueron consignadas para su cobro al Banco Comercial Antioqueño el 13 de dicho mes de julio, lo cual indica demora en su presentación para

el cobro, "que si el Banco no pudo hacerlas efectivas fue por la razón que se puntualiza en la carta de folio 8, cuaderno 3º, que, como se dejó demostrado antes, justificaba plenamente la conducta del actor. No así la actitud del señor Silva, porque su obligación de entregar debía cumplirse inmediatamente después del contrato.

"De lo contrario, habría que concluír que el señor Silva no estaba obligado a entregar sino hasta tanto no se hubiera pagado la última letra, cuyo vencimiento era el 1º de diciembre de 1960, cosa por cierto que no es condición del contrato".

Deduce como consecuencia lógica que la excepción **non adimpleti contractus** no produce efectos, porque no se han demostrado los extremos que la configuran.

Por último, estudia la petición de pago de perjuicios, y expone que si bien el incumplimiento del contrato lleva consigo la obligación de indemnizarlos, esto no significa que el incumplimiento los haya ocasionado, sino que es necesario demostrarlos dentro del juicio para que haya lugar al procedimiento señalado en los artículos 480 y 553 del C. Judicial.

Rectifica en este punto el fallo de primer grado que, no obstante no haber encontrado demostración de los perjuicios que con el incumplimiento del contrato se hubieran ocasionado, hizo la condenación in genere "por estimar que toda infracción contractual presume perjuicios al acreedor".

Recurso de Casación

Demandante y demandado interpusieron contra la sentencia del Tribunal recurso de casación que sustentaron en sendos libelos, de los cuales se considera en primer término el de Silva, quien pretende la invalidación de lo resuelto por el Tribunal; y luego el del demandante que aspira a la casación del fallo solo en lo relativo a la condena de pagar el saldo del precio.

Recurso del demandado principal y contrademandante

Acusa la sentencia en cuanto a las decisiones relacionadas con la demanda principal por violación indirecta de los artículos 1609, 1546 y 1882 del Código Civil a causa de errores de hecho en la apreciación de las pruebas relacionadas con: "a) La entrega de la cilindradora y otros implementos; b) El no pago de los repuestos para el equipo; y c) El no pago del valor de la compraventa".

"1º—Entrega de la cilindradora y otros implementos".

Desarrolla la censura sobre este punto aludiendo a los testimonios citados por el Tribunal "como prueba del incumplimiento parcial del contrato" por parte del demandado, y de los cuales el recurrente copia los pasos que encuentra pertinentes. En resumen estos son:

Miguel Angel Arenas dice que la cilindradora, el termómetro, el juego de ruedas y demás especificados en la pregunta quedaron regados en los lotes del señor Silva donde hubo celadores permanentes. Comenta el censor que el testigo afirma no que se denegara la entrega sino que los encargados de transportar el equipo "los dejaron regados en el lote donde se encontraban".

Ascensión Luna Delgado expone que Streithorst mandó obreros a llevar la maquinaria pero que no la llevaron toda, porque ahí dejaron la cilindradora y otro poco de cosas.

Le observa el recurrente que Silva entregó la maquinaria pero los portadores dejaron en el lote la cilindradora y otros elementos.

Sinforoso Bautista Rendón manifiesta constarle que le hicieron entrega de esa maquinaria a Streithorst, pero que la cilindradora no la llevaron.

Víctor Julio Vera García depone que no presenció la entrega, pero supo que habían llevado todo menos la cilindradora, que quedó en el taller y allá está.

Ernesto Bohórquez Villamil, relata que el equipo perteneció a Silva hasta el 23 de octubre de 1959 en "que se entregó dicha maquinaria", y aclara que allá vió y quedó la cilindradora y ahí está.

Luis Ignacio Ortiz Poveda expresa que luego de reparada toda la maquinaria, Silva le ordenó entregarla toda, y se entregó hasta el último fierro menos el cilindro marca Búffalo que quedó allí no sabe por qué.

Julio E. Angel dice que se llevaron la maquinaria porque Streithorst la montó en la Vega de Girón, pero no sabe por qué quedó allá la cilindradora.

A cada uno de estos cinco testigos le observa el impugnante que confirman la entrega.

Pablo Roa Dietes, enviado por Streithorst para transportar el equipo, dice que no le entregaron la cilindradora porque dijeron que había que esperar a que terminaran de arreglarla "y que la dejaran para lo último"; y como al mes y medio o dos meses mandó al declarante con otro muchacho por ella, pero el celador no la entregó diciéndoles "que él tenía orden de no entregar nada de lo que había allí".

Comenta el censor que Streithorst, según este declarante, dejó la cilindradora donde la tenía el vendedor; que solo a los dos meses mandó por ella, pero no se entendieron los portadores con Silva sino con el celador quien les manifestó que no tenía orden de entregar las cosas bajo su cuidado. En esto no hay renuencia de Silva en entregar sino del comprador en recibir, pero lo que no acreditan los testigos vistos es por qué no se entregó.

Carlos A. Yepes manifiesta saber que hubo solicitud del ingeniero Streithorst, pero la cilindradora no estuvo nunca en la obra, y le consta que además de esa máquina "faltaba" en la instalación de la planta inicialmente un tanque adicional de abastecimiento de combustible, termómetros para los agregados y para el asfalto, las baterías para el arranque de los motores Diesel".

Pregunta el acusador cómo le consta esta solicitud, si la oyó o se hizo por escrito, y si hubo razón de parte de Silva para no entregar la cilindradora y demás elementos de que habla. Responde que eso...

Gilberto Pachón Pérez, informa que cuando la cilindradora de Streithorst se dañó, este les dijo al declarante y a Pablo Roa que fueran el domingo a reclamarle a Silva la entrega de la cilindradora, pero que el deponente no pudo ir, pero luego Streithorst le informó que Silva no había entregado la cilindradora.

En esta advierte el recurrente otra declaración de que Streithorst dejó la cilindradora y otros implementos en poder de Silva y que no los reclamó sino cuando se le dañó la cilindradora que tenía en la obra, sin que diga la exposición del declarante por qué no se hizo la entrega.

Observa la censura que, no obstante la claridad meridiana de los declarantes, el Tribunal en el paso que copia de la sentencia, deduce de la prueba testimonial del demandado que la cilindradora permaneció y permanece en poder de este; y de las declaraciones del actor, que no se entregó a pesar de la reclamación oportuna; que no hay razón legal para eximir a Silva de su responsabilidad en el cargo formulado, y que es apenas natural aceptar que el demandado incumplió parcialmente el contrato.

Halla "errado en forma protuberante, patente, de modo manifiesto" el aserto de la reclamación oportuna, porque solo al declarante Carlos A. Yepes le consta que existió la reclamación oportuna por parte de Streithorst, sin que diga cómo lo supo ni "por qué no entregó Silva los elementos reclamados a la hora de nona". Transcribe también el hecho 7º de la demanda inicial en que se afirma que Silva, a pesar de los muchos requerimientos de Streithorst, no le hizo la entrega de la cilindradora y otros utensilios, ocasionándole gravísimos perjuicios; y anota, que nadie habla de los muchos requerimientos, sino que solo un declarante se refiere a una tardía solicitud.

Con cita del artículo 697 del C. Judicial advierte que no existen "dos testigos que hayan declarado que el demandado Silva no hubiera cumplido con la obligación de entregar la cilindradora y demás elementos de que habla". Añade que el testigo debe expresar "el fundamento en que basa su conocimiento de los hechos" (artículo 687 ibídem), y que no tiene fuerza el dicho del testigo que depone sobre un punto por haberlo oído a otros (artículo 798 ibídem). Agrega que estos preceptos fueron violados directamente por el Tribunal.

Puede decirse, prosigue el impugnante, que el Tribunal aplicó indebidamente "el artículo 1882 del Código Civil, que impone al vendedor entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o a la época prefijada en él. Pero no tuvo en cuenta el 1621 del mismo, que estatuye interpretar las cláusulas del contrato "por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes o una de las partes con la aprobación de la otra".

Aquí el vendedor debía poner a disposición del comprador las cosas vendidas para que este las llevara como en efecto lo hizo. Y en cuanto a las que por entonces no necesitó Streithorst Clausen, cuando las reclamó de Silva, no los llevó porque no quiso.

De ninguna declaración se deduce que Silva se hubiera negado a entregar la cilindradora y

demás elementos. "Al contrario, de las pruebas analizadas surgen la entrega y la mora en recibir lo no entregado". (Artículo 1883 C. C.)

"Se repite, las declaraciones traídas a colación por el Tribunal más bien son favorables al demandado Juan B. Silva".

En corroboración de este aserto pasa a ocuparse de las pruebas que dice el recurrente, no se tuvieron en cuenta en la sentencia con violación directa del artículo 597 del C. Judicial, que son: el contrato mismo, la declaración de renta del demandante, el certificado de Siac Limitada, los contratos con la Siac y la diligencia de inspección ocular.

1º—Acerca del contrato observa que en él se expresó que, al estar en funcionamiento todo el equipo pagaría el comprador la cantidad de treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00); y que el vendedor se compromete a entregar el equipo funcionando debidamente y garantizando el funcionamiento por seis meses.

Y obra el comprobante de que con el cheque 823130, serie B, girado por Streithorst Clausen el 23 de octubre de 1959 y cubierto el 5 de noviembre, pagó a Silva la suma de treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00), estipulada para cuando estuviera funcionando completamente.

Y el Tribunal acepta que el equipo estuvo funcionando durante el tiempo de la garantía y cita en apoyo de su tesis las declaraciones del ingeniero Ignacio González D'Costa, Luis Ignacio Ortiz Poveda y la diligencia de inspección ocular, que forma plena prueba (artículo 697 C. J.).

Pero no sacó la deducción lógica de estas premisas: porque si se pagaron los treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00) que debían cubrirse "al estar en funcionamiento todo el equipo", y si las pruebas demuestran el funcionamiento durante los seis meses de garantía, "no puede decirse que el demandado no hubiera cumplido con su obligación de entregar algunos elementos. Si no los recibió se debió a mora en transportarlos, y si cuando los reclamó tardíamente no se le entregaron, ello se debió al incumplimiento en las prestaciones que le correspondían como comprador, como aparece del expediente".

2º—Examina el anexo número 4 de la declaración de renta del actor correspondiente al año de 1960, en que relaciona dos créditos activos por la suma de $ 96.364.66. Y razona que si no hubiera recibido el equipo a su satisfacción, no habría recibido esa suma de dinero que llegó a $ 800.000.00, según el declarante González D' Costa. Y termina: "Si no recibió los elementos que se reclaman, ello se debió a incuria, a mora en recibir (artículo 1883 del C. C.)".

Trae a colación un certificado de Siac Limitada sobre que la carretera Bucaramanga-Girón fue pavimentada por el ingeniero Streithorst Clausen por convenio suscrito con esa compañía el 16 de noviembre de 1959, en el cual se utilizó el equipo del contratista que relaciona a continuación: el contrato de que trata el certificado; y la diligencia de inspección ocular practicada el 4 de mayo de 1961, conforme a la cual en la calle 22 entre carreras 7 y 8 encontraron "una cilindradora marca Búffalo-Sprimgfield con su motor de gasolina Nº 18490 y un tanque de capacidad de 1.500 galones"; en los talleres de la carrera 18 número 62-23, un tanque de depósito y una caldera, y en la autopista a Girón, "los elementos que describe el contrato, salvo la cilindradora". A renglón seguido de referirse a lo que expresa el certificado de Siac, observa el recurrente: "Si no tenía todos los elementos, fue porque no los necesitó y no los recibió porque no los reclamó". Y como comentario a la diligencia de inspección ocular que relata los componentes del equipo que fueron llevados a la pavimentación de la autopista a Girón dice: "Los otros los dejó abandonados en los citados lugares. La inspección ocular es plena prueba (artículo 730 del C. J.)".

Este aspecto del cargo lo finaliza diciendo: "Queda así plenamente demostrado que el demandante Silva sí puso a disposición del demandado el equipo de pavimentación vendido; que este no lo pidió inmediatamente, sino que incurrió en mora de recibir; y que en consecuencia, el Tribunal incurrió en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos".

Trata luego el recurrente del incumplimiento del contrato por parte del comprador, en cuanto a las obligaciones de pagar los repuestos para el equipo y el precio de la compraventa.

No Pago de los Repuestos para el Equipo

El libelo de casación inicia el cargo copiando el hecho 3º de la demanda inicial del juicio en que se afirma que Silva no cumplió con la obligación de venderle a Streithorst Clausen a precio de costo la mitad de los repuestos necesarios para el equipo que aquel tuviera en su almacén.

Advierte que este aserto se torna en contra del actor, porque el demandado sí cumplió con esta obligación, y quien no pagó los repuestos fue Streithorst Clausen. Copia los pasos de la sentencia en que el Tribunal admite que el demandado Silva demostró con una inspección ocular, un concepto pericial y facturas la existencia en su almacén de repuestos necesarios para el equipo, la venta y suministro de los que Streithorst Clausen solicitó; y en que concluye el sentenciador que el incumplimiento por este motivo carece de apoyo legal, y la demanda falla por tal aspecto.

Prosigue el censor exponiendo: "No solamente falla la demanda, sino que la circunstancia demuestra que el doctor Streithorst no cumplió el contrato pagando los repuestos solicitados", y por ello se violaron **indirectamente** los artículos 1609 y 1546 del Código Civil. El Tribunal, encontrando probada esta excepción perentoria, no la reconoció con violación de los artículos 342 y 343 del Código Judicial en forma directa, pues, probados los hechos que la constituyen, "debe reconocerla y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida".

"El Tribunal encontró justificados los hechos, pero no los reconoció en la sentencia, error que debe rectificarse".

Al efecto reproduce del dictamen de los peritos que intervinieron en la inspección ocular ya aludida la parte en la cual dicen que durante la diligencia en el almacén de Juan B. Silva les mostraron repuestos propios para el equipo; y alude a la factura de 27 de julio de 1960 que relaciona los vendidos por Silva a Streithorst por la suma de $ 1.516.00 que este no ha pagado. De lo cual infiere que Silva no estaba en mora de entregar, mientras el otro no cumpliera por su parte lo pactado en el contrato.

"Esta circunstancia demuestra que el demandante no cumplió el contrato, y en consecuencia, que la sentencia recurrida debe invalidarse en lo desfavorable al demandado Silva".

No Pago del Valor de la Compraventa.

En la demostración de esta fase de la censura, repite la demanda que, conforme al contrato, el precio de $ 190.000.00 debía pagarlo el comprador así: $ 35.000.00 cuando estuviera funcionando todo el equipo; $ 80.000.00 en ocho letras de $ 10.000.00 cada una a partir del primero de diciembre de 1959; y cinco letras de $ 15.000.00 cada una desde el primero de agosto de 1960.

Transcribe los párrafos de la sentencia en que se estudia el pago del cheque y de algunas letras, y la orden que dió Streithorst de no pagar las restantes en razón de que el vendedor no había cumplido con su obligación de entregar inmediatamente después del contrato.

Observa el recurrente que esto es así cuando las partes no convienen otra cosa en forma expresa o tácita (artículos 1882 y 1621 C. C.), e insiste en que, según lo visto, el vendedor puso las cosas vendidas a disposición del comprador, quien no quiso llevar una parte de ellas, porque no las necesitaba, y las dejó en el inmueble donde Silva las conservaba y cuidaba.

Respecto de la prueba de pago encuentra:

El cheque por $ 35.000.00 girado el 23 de octubre de 1959, no fue consignado hasta el 4 de noviembre, y se pagó, según constancia del Banco, el 5 del mismo mes.

Las sies primeras letras solo las canceló el obligado mucho después de su vencimiento. Sobre las restantes, obra la carta de 23 de enero de 1961 al Banco Comercial Antioqueño, en la cual expresa Streithorst que, como lo manifestó personalmente, no deben hacer operación alguna sobre las letras pendientes de pago que giró a favor de Juan B. Silva con motivo de la compra de un equipo de pavimentación; que Silva tiene cinco letras, números 9 a 13, cada una por $ 15.000.00 con vencimientos mensuales a partir del 1º de agosto de 1960; y que en cuanto a las distinguidas con los números 7 y 8 por $ 10.350.00 y $ 10.400.00 vencidas el 1º de junio y julio, respectivamente, las cuales tiene el Banco al cobro, les hace saber que demorará "su cancelación hasta cuando se defina esta situación con el señor Silva".

De las dos últimas hay una constancia del Banco Comercial Antioqueño de que permanecen impagadas, y hay copia de ellas en el expediente por haber sido desglosadas.

Reproduce de la diligencia de inspección ocular practicada en el Banco Comercial Antioqueño, la constancia de que la letra número 5 con vencimiento en 1º de abril de 1960 fue pagada por Streithorst el 20 de julio de ese año, la número 6, vencida el 1º de mayo del mismo año, fue cubierta el 10 de octubre siguiente; y que las letras 7 y 8, fueron devueltas a Juan B. Silva el 30 de enero de 1961 con el debido reendoso.

Observa que la aceptación del pago de las letras 5 y 6 son actos de mera tolerancia que no

excusan el incumplimiento del contrato, y que la afirmación del Tribunal sobre que las números 7 y 8 fueron presentadas al pago con demora imputable a Silva, es inaceptable, porque la letra no se presenta para su cobro como el cheque, sino que el deudor debe cubrirla a su acreedor.

"De todos modos, queda demostrado que ni siquiera el primer pago de los $ 35.000.00 lo hizo el deudor a su debido tiempo, y que tampoco pagó en sus plazos las pocas letras que cubrió. Por tanto, quien no cumplió el contrato, fue, pues el demandante Streithorst, en cuanto pagó parte del precio fuera de los términos fijados, y en cuanto dejó de pagar el resto del precio acordado en el contrato.

"El Tribunal erró al apreciar las pruebas que se dejan vistas, en forma manifiesta, y violó las disposiciones legales que se dejan apuntadas.

"Con lo cual quebrantó en forma indirecta los artículos 1609 y 1546 del Código Civil de que se habló al principio".

La Corte Considera:

La acusación se presenta por razón de que el fallo del Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas referentes a la entrega de la cilindradora y otros implementos; al no pago del valor de los repuestos, y del precio de la venta. Se examinan en el orden en que han sido propuestos.

Entrega de la Cilindradora y otros Elementos

Sobre el particular, consideró el sentenciador, luego de analizar todos los testimonios presentados por el demandado para acreditar la entrega de la cilindradora, un tanque cilíndrico para almacenamiento de combustible, los termómetros para agregado de asfalto y demás cosas reclamadas por el actor, que ellos no alcanzan a demostrar en forma plena el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el vendedor. "Con ellos apenas se alcanza a acreditar que la obligación del demandado fue parcialmente cumplida".

La imputación, basada en la causal primera la hace el recurrente "por apreciación errónea o falta de apreciación de las pruebas que indicaré", con lo cual "incurrió el Tribunal en errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos" violando así preceptos sustantivos: Y concreta más el error diciendo que proviene de que el Tribunal declara que Silva no cumplió parcialmente el contrato.

Muy reptido lo tiene la Corte que el fallador comete error de hecho cuando tiene por demostrado un hecho que no aparece en las pruebas aducidas o no obra medio probatorio que lo acredite, y cuando se niega el hecho, porque no vió los elementos de juicio que lo demuestran. En tratándose de la prueba testimonial que, en sentir de la acusación no apreció el Tribunal, el error de hecho estribaría en que los testimonios presentados por el vendedor sí dicen de modo evidente que Silva hizo la entrega. El impugnante, en el deber de demostrar el error manifiesto, apenas se limita a subrayar del dicho de Luna Delgado que los obreros enviados por Streithorst a llevar la máquina **"dejaron el cilindro (la cilindradora)** y dejaron otro poco de cosas"; de lo declarado por Bautista Rendón, que **"la cilindradora no la llevaron sino que ahí... toda** la demás maquinaria fue entregada, **menos la cilindradora esa que no la llevaron"**; de la exposición de Víctor Julio Vera, que no presenció la entrega sino que supo que habían entregado la maquinaria "y no toda porque **la cilindradora quedó allá en el taller y allá está"**; del relato de Bohórquez Villamil que "El equipo... pertenecía al señor Silva hasta el 23 de octubre **que se entregó dicha maquinaria...** también aclaro que allá sí ví y **quedó la cilindradora** y sé que allá está"; de lo declarado por Ortiz Poveda, encargado de entregar a los obreros la maquinaria, que **"se le entregó hasta el último fierro...** menos la cilindradora marca Búffalo, **porque ese sí quedó allá, pero no sé por qué quedaría"**; del testigo Angel, que sabe "que llevaron la maquinaria porque la vió en la Vega de Girón. ...la cilindradora Búffalo **sí sé que allá quedó"**.

Estos son los testigos que adujo el demandado y que tuvo en cuenta el Tribunal para concluír que no estaba demostrada la entrega de la cilindradora y demás accesorios o integrantes de la maquinaria vendida, sin que el recurrente se ocupe en comprobar la evidencia del error, como si en tratándose de la apreciación de la prueba testimonial al juzgador le bastara leer las afirmaciones de los declarantes sin examinar el fundamento en que basan el conocimiento de los hechos, y las condiciones de responsivos, exactos y completos en la exposición de los hechos para admitir la existencia de estos en el proceso.

El Tribunal en aplicación de los artículos 782 y 783 del C. Judicial, que le ordenan buscar estas condiciones en el testigo, descarta la declación de Luna Delgado porque habiendo afirmado que el vendedor entregó toda la maquinaria, al ser repreguntado por qué antes dijo que se dejó de entregar un cilindro, un tanque de hierro y otras cosas, responde que dejaron estas cosas que no vió entregar porque se machacó un dedo, y a la repregunta si sabe que Silva le haya entregado a Streithorst la cilindradora responde "eso si no supe yo".

A Sinforoso Bautista no le da crédito "porque se contradice en grado sumo", dice unas veces que toda la maquinaria fue entregada, que esta se encontraba toda en el lote de la calle 33 (sic) para la fecha de la entrega, y que bien pudiera suceder que en el lote de Juan Serrano hubiera quedado algo; y al contestar la pregunta e) si le consta que Streithorst sacó de esos lugares todo el equipo dejando únicamente la cilindradora responde que en realidad no puede decir si la cilindradora y otros elementos los hubiesen dejado allí. Observa la Corte que el testigo dice que pasaba por ahí 'muy de paso entré al taller y ví que había un remolque y estaban sacando maquinaria pero saber yo con precisión qué sacaron y qué no sacaron no lo puedo decir".

Al exponente Víctor Julio Vera García le encuentra la manifestación de que no presenció la entrega, pero supo que se la habían llevado pero no toda porque allá quedó la cilindradora. Agrega que la cilindradora con posterioridad al contrato sub judice trabajó en propiedades de los Puyana.

A Ortiz Poveda le objeta que luego de decir que ayudó a entregar la maquinaria porque se iba a trabajar con ella, adelante informa que todo se entregó menos el cilindro sin que se sepa por qué quedó allí.

A Julio E. Angel le advierte que, como los anteriores, relata que la maquinaria fue entregada menos la cilindradora con la cual estuvo trabajando después como cinco días en el aeropuerto y dos en propiedades de los Puyana.

La Corte, examinadas las declaraciones de que acaba de hacerse mérito, halla que las observaciones que el sentenciador hizo a las rendidas por Luna Delgado, Bautista, Vera García, Ortiz Poveda y Angel se ciñen en todo a la verdad, de modo que al no acoger la del primero, porque no da la razón por la cual no se entregó la cilindradora; ni la del segundo, porque se contradice y además no sabe si fue entregada o no; la del tercero, dado que se contradice también y no sabe qué sacaron y qué no sacaron; la del cuarto, debido a que afirma que todo se entregó menos la cilindradora sin que sepa la razón, y la del quinto, porque no presenció, el sentenciador no incurrió en error de hecho, pues las examinó en todo lo que exponen, pero no podía admitirlas ya que por sí mismas se descartaban. Subsistiría solamente el testimonio de Miguel Angel Arenas que informa ayudó a sacar la mezcladora, y se dió cuenta de que faltaba el equipo porque lo conocía, y que la cilindradora, el termómetro, el juego de ruedas y demás quedaron regados en el lote, pero no da razón por qué quedaron allí. Por sí sola con la deficiencia anotada, tampoco es medio para establecer la entrega de la cilindradora y demás cosas que reclama el comprador.

Se concluye que no puede haber error de hecho manifiesto o evidente en la apreciación de esta prueba testimonial, porque, como aparece de lo expuesto, el Tribunal leyó lo que todos y cada uno de los testigos dicen, pero no podía admitir las afirmaciones de los que se contradicen, las de los que no dan razón de su dicho, ni las de quienes manifiestan no constarles la entrega de la cilindradora.

En acusador engloba las declaraciones de Pablo Roa Dietes, Carlos A. Yepes y Gilberto Pachón Pérez entre las apreciadas erróneamente y de modo evidente con relación a la entrega de la cilindradora y demás implementos.

Pero debe advertirse que el Tribunal se ocupó de ellas para examinar si tendría fundamento la observación que pudiera hacerse de que Silva entregó la maquinaria inmediatamente y que fuera culpa del demandante no llevarla y dejarla abandonada.

El cargo de error de hecho con relación a estos testimonios debe contemplarse por el aspecto y la forma en que los acogió el fallador.

Roa Dietes, encargado de llevar el equipo, declara que el día que hizo el traslado no pudo llevar la cilindradora porque la estaban pintando y le dijeron que la dejara para lo último; que mes y medio más tarde volvió por ella, y el celador o mecánico que estaba allí dijo que él no tenía orden de entregar nada de lo que allí había.

El doctor Carlos A. Yepes manifiesta saber que Streithorst solicitó a Silva la entrega de la

máquina pero que esta no estuvo nunca en la obra.

Pachón Pérez relata que Streithorst le dió orden de ir con Roa Dietes a reclamar la cilindradora.

El Tribunal a falta de pruebas en contrario, halló que la conducta del comprador no fue la de abandonar "el artefacto mecánico" en los predios de Silva sino la de reclamarlo para que le fuera entregado.

A esto agrega la sentencia que, si según la información testimonial, la cilindradora que Streithorst tenía en la autopista a Girón se le había dañado, no es dado pensar que no reclamara la que había comprado, cuando de no hacerlo así, se exponía a no cumplir el contrato de pavimentación con Siac Limitada.

Ante la prueba de que la cilindradora ha permanecido en poder del vendedor y la solicitud de entrega que indican estas declaraciones traídas por el actor, no halla el Tribunal razón legal para eximir de responsabilidad a Silva en el incumplimiento parcial del contrato.

El error de hecho lo hace consistir el impugnante en que el testigo Roa Dietes declara que Streithorst dejó la cilindradora donde la tenía el vendedor, y solo dos meses después mandó por ella, y los acarreadores no se entendieron con Silva sino con el celador.

El testigo no dice que dejara la cilindradora donde estaba el resto del equipo que llevó, sino que no se la entregaron, porque estaban pintándola y le dijeron que la dejara para lo último. El error de hecho existiría si el declarante hubiera expresado que el comprador dejó la cilindradora en el taller del vendedor, pero no en leer lo que el deponente dijo, como lo hace el Tribunal.

Ante la exposición de Yepes simplemente se pregunta el recurrente cómo supo de la solicitud de la cilindradora si por haberlo oído o por haberlo leído, lo cual tendría relación con la cuestión de derecho en la estimación de la prueba pero no con la cuestión de hecho.

Y a Pachón Pérez le atribuye también que Streithorst dejó la cilindradora y otros elementos en poder de Silva y no los reclamó sino cuando se le dañó la que tenía en obra. Si esto hubiera visto el sentenciador sí habría incurrido en un error de hecho, dado que tal no relata el testigo.

Dedúcese que las tachas de error de hecho en la apreciación de estos tres testigos no tiene ningún fundamento, ya que ni Roa Dietes ni Pachón dicen lo que pretende el impugnante. La acogida del dicho de Yepes sin que dé razón de cómo supo el requerimiento de Streithorst a Silva para que le entregara la cilindradora, toca con la valoración del testimonio no con un error de hecho evidente, que se destruye con este aparte de la demanda: "Se repite, las declaraciones traídas a colación por el Tribunal más bien son favorables al demandado Juan B.". Si el propio recurrente halla que las declaraciones tenidas en cuenta por el fallador más bien son favorables al demandado, es sencillamente porque al apreciarlas no incurrió la sentencia en error de hecho evidente, que para ser tal se necesitaría en el campo del recurso que ellas digan en forma clara y manifiesta que Silva hizo entrega de la cilindradora y demás accesorios del equipo al comprador. El concepto de que las declaraciones vistas son más bien favorables a Silva serviría para la decisión en instancia, no en el recurso extraordinario, en el cual domina el criterio de evidencia en el error de hecho, no el de favorabilidad de la prueba.

— II —

Falta de apreciación del contrato, de la declaración de renta del demandante, del certificado expedido por Siac Limitada, del contrato con esta compañía y de la diligencia **de inspección ocular.**

Pretende el impugnante que el sentenciador cometió un error de hecho evidente, porque en el contrato se expresó que el comprador pagaría la suma de treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00) al entregar el equipo funcionando debidamente y con una garantía de seis meses en su funcionamiento; porque hay prueba de que Streithorst hizo este pago, y porque el Tribunal acepta con base en las declaraciones de González D'Costa y Ortiz Poveda, y la diligencia de inspección ocular, que el equipo funcionó durante el tiempo de la garantía, pero no sacó la deducción de que el demandado cumplió con la obligación.

En el contrato se estipuló que el comprador pagaría la cuota de $ 35.000.00 cuando estuviera en funcionamiento todo el equipo, y se garantizó el funcionamiento por seis meses. Streithorst pagó la cuota dicha en cheque de 23 de octubre

de 1959 que fue cubierto el 5 de noviembre siguiente.

El Tribunal acepta con respaldo en las declaraciones de González D'Costa y Ortiz Poveda y la diligencia de inspección ocular realizada el 4 de mayo de 1961, que el equipo funcionó durante el tiempo de la garantía y por eso descarta este hecho en el incumplimiento del contrato.

El anexo número 4 de la declaración de renta de Streithorst correspondiente al año de 1960 denuncia en obligaciones por cobrar la suma de $ 96. 374.66.

Obran el contrato celebrado por Siac Limitada y Gerardo Streithorst Clausen el 16 de noviembre de 1959 sobre pavimentación de la carretera Bucaramanga-Girón, y el certificado de la misma compañía sobre que la obra fue llevada a término por Streithorst con un equipo de su propiedad cuyos componentes determina.

En el acta de inspección ocular mencionada consta que en los Talleres de Ingarco distinguidos con el número 62-23 de la carrera 18 existen los siguientes bienes: "un tanque provisto de quemador de petróleo, un depósito de almacenamiento de combustible, y una caldera para pavimentación".

El Tribunal, como se ve, aceptó que Streithorst en cumplimiento del contrato pagó los treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00), primera cuota del precio de la venta, y aceptó también, conforme a las declaraciones e inspección ocular, que el equipo funcionó debidamente y, en consecuencia, descartó este hecho invocado también como causa de incumplimiento. Significa esto que apreció en lo que rezan el contrato, sobre el pago de la suma dicha, y las declaraciones e inspección ocular en lo referente al funcionamiento del equipo, pero no cabe decir que cometió error de hecho en cuanto no dedujo de estas premisas que el vendedor entregó la cilindradora, porque esto ya tocaría con la interpretación que el censor le da a las pruebas, que puede ser diferente de la acogida por el fallador, discrepancia que por sí sola no implica error de hecho. De otra parte, consta que Streithorst giró un cheque por $ 35.000.00 el 23 de octubre de 1959, fecha en que se le entregó la maquinaria comprada menos la cilindradora y elementos que reclama y se hallan en poder del vendedor. No puede pues decirse que por haber cubierto esta cuota el día de esa entrega, ya el equipo estuviera funcionando, porque ni siquiera había comenzado su instalación. Tampoco cabe afirmar que por haber encontrado funcionando un equipo de pavimentación en la Vega de Girón, se le hubiera hecho entrega de la cilindradora y demás cosas demandadas, si no ha sido desvirtuada la conclusión de la sentencia de que estos bienes no fueron entregados por el vendedor.

Pretender que en la aludida denuncia de un crédito activo por el contrato de pavimentación de la carretera Bucaramanga-Girón, en el certificado sobre ejecución de esta obra por Streithorst con equipo de su propiedad, y en el acta de inspección ocular que da fe de que en el taller de Silva se encontraron, casi dos años después de acordado el contrato sub-judice, la cilindradora y otros implementos del equipo, pretender que el sentenciador no vió o no leyó que estos bienes fueron puestos por el vendedor a disposición de Streithorst en su oportunidad, y que éste no los retiró porque no los necesitó y no quiso llevarlos, es un aserto tan ajeno a lo que rezan aquellos documentos, que por sí solo destaca la inanidad del cargo por evidente error de hecho alegado.

Incumplimiento de las Obligaciones a Cargo del Actor Streithorst.

Para el estudio de las dos tachas tocantes con este punto debe anotarse que están formuladas también por error de hecho y consecuencial violación indirecta de normas sustantivas.

1º—No pago de los repuestos para el equipo. La demanda principal en el hecho 3º relata que Silva no cumplió con la obligación de venderle a Streithorst hasta la mitad de los repuestos necesarios para el equipo que tuviera en su almacén a precio de costo.

El sentenciador observa que si bien el actor no comprobó la existencia en el almacén de Silva de tales repuestos ni los pedidos que hizo, el demandado con una inspección ocular, un peritazgo y unas facturas demostró que sí tenía repuestos de esa clase y el suministro de los pedidos, por lo cual estima aquel que la demanda falla por este aspecto.

El recurrente, en razón de que obra la factura de venta de repuestos por valor de $ 1.516.00 suministrados a Streithorst, sin que este la objetara o adujera prueba en contrario, halla que el sentenciador, al no verla pasó por alto el

hecho de no haber pagado esa suma incurriendo así en incumplimiento del contrato sub-lite.

En el documento que recoge la venta del equipo de pavimentación y de la cilindradora y demás elementos, los contratantes en la cláusula 4ª pactaron una promesa de venderle Silva a Streithorst la mitad de los repuestos necesarios para el equipo y que el primero tuviera en el almacén "al precio de costo según sus facturas computando los dólares a la cotización del día y en el momento en que se lo solicite el comprador". Según esto, los pedidos y suministros de accesorios constituían el cumplimiento de lo prometido, y, por lo mismo, ventas independientes de la del equipo, cilindradora y otros utensilios, razón por la cual el Tribunal solamente investigó si se habían efectuado o no los suministros. No puede decirse entonces que hubo error de hecho en el fallador no viendo en la falta de pago de la factura de repuestos el incumplimiento del contrato de venta del equipo, porque la mora en este pago se predica de la venta de los repuestos no del incumplimiento de la promesa pactada en el convenio de venta del equipo.

2º—Incumplimiento en el Pago del Precio.

Consta que Silva cobró el cheque por $ 35.000.00 girado por Streithorst a favor de Silva en pago de la primera cuota del equipo, y que fue cubierto al beneficiario el 5 de noviembre de 1959; y que la letra número 5 con vencimiento el 1º de abril de 1960 fue pagada el 29 de julio de 1960, y la número 6 pagadera el 1º de mayo de aquel año, fue descargada el 10 de octubre siguiente.

Habiendo cobrado Silva el cheque en fecha posterior a la de su giro, y aceptado el pago de las letras meses después de su vencimiento, no puede hoy alegar incumplimiento del girador dado que con la aceptación del pago quedó saneada la mora.

En cuanto al no pago de las letras números 7 y 8 con vencimiento el 1º de junio y el 1º de julio de 1960, respectivamente, el Tribunal, en definitiva, dice que si el Banco no pudo hacerlas efectivas, "fue por la razón que se puntualiza en la carta del folio 8 del cuaderno 3º que, como se dejó demostrado antes justificaba plenamente la conducta del actor. No así la obligación del señor Silva, porque su obligación de entregar debía cumplirla inmediatamente después del contrato.

"De lo contrario habría que concluír que el señor Silva no estaba obligado a entregar sino hasta tanto no se hubiera pagado la última letra, cuyo vencimiento era el 1º de diciembre de 1960, cosa por cierto que no es condición del contrato.

"Luego es apenas natural y lógico deducir que la **excepción "non adimpleti contractus"**, propuesta por el recurrente, deje de surtir sus efectos, en razón de no haberse demostrado los extremos que la configuran".

La carta a que alude el sentenciador y que tuvo a la vista es la que dirigió Streithorst Clausen al Banco Comercial Antioqueño, y que este con fecha 23 de enero de 1961 transcribe a Juan B. Silva así: "Como se lo había manifestado personalmente, no deben hacer operación alguna sobre las letras pendientes de pago que giré a favor del señor Juan B. Silva con ocasión de un contrato de compraventa de un equipo de pavimentación, celebrado hace un año, pues ha habido incumplimiento en la entrega de este equipo. El señor Juan B. Silva tiene en su poder cinco (5) letras giradas cada una por $ 15.000.00 más los intereses correspondientes y con vencimientos mensuales a partir de agosto de 1960 a diciembre 1º de 1960. En cuanto a las letras números 7 y 8 por $ 10.350.00 y $ 10.400.00 vencidas en 1º de junio y 1º de julio respectivamente, las cuales tiene el Banco Comercial Antioqueño al cobro, me permito manifestarles que demoraré su cancelación hasta cuando se defina esta situación con el señor Silva". Esta carta fue presentada por el demandado y figura en el expediente sin objeción del demandante.

La diligencia de inspección ocular practicada en el Banco, es una confirmación de lo que expresa la sentencia en cuanto al no pago de estas letras.

Infiérese que el sentenciador apreció las pruebas referentes a las letras que no han sido abonadas por Streithorst, pero equivocadamente no le dió a este hecho el alcance que tiene en favor de Silva, de conformidad con el artículo 1609 del Código Civil, que establece la excepción de contrato no cumplido no solamente cuando es una sola de las partes la incumplidora de su obligación sino cuando lo son ambas (G.J.T. 78 págs. 627 y 628).

Hubo una interpretación errónea de esta norma.

El cargo por error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas citadas por el recurrente no era el conducente.

Segundo Cargo

En el segundo capítulo acusa la sentencia con fundamento en la causal segunda del artículo 520 del C. Judicial, por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Las razones con que sustenta la censura las resumen así:

Transcribe el punto 6º de la sentencia de primer grado, confirmada por el Tribunal, que dice: "No se atienden las peticiones de la demanda de reconvención".

Alude a las dos acciones que la demanda de reconvención acumula en forma subsidiaria, la de resolución y la de cumplimiento del contrato.

Reproduce los apartes principales del fallo del Tribunal en que, aplicando el artículo 209 del C. Judicial, considera que la acumulación se hizo indebidamente, por lo cual tuvo razón "el juzgador de primera instancia al negarse a analizar el mérito de la demanda de reconvención, por cuanto la relación jurídico procesal no logró formarse debidamente...".

Para el impugnante la norma citada no permite la acumulación de acciones contrarias e incompatibles en forma conjunta, concurrente o simultánea, pero sí de modo eventual o subsidiario.

Como el Tribunal manifiesta que por la indebida acumulación la demanda tenía la condición de inepta, el acusador le observa que ha debido declarar la excepción dilatoria en la oportunidad que concede el artículo 333 del C. Judicial y con el alcance de suspender o mejorar el procedimiento, no con el de tocar lo sustancial del pleito.

"Tan cierto es ello aquí, que la sentencia no absuelve al demandante de los cargos de la demanda de reconvención, sino que declara que 'no se atienden las peticiones de la demanda de reconvención', o sea, no decide nada, por no llenar los requisitos de forma".

No le parece propio de la justicia que después de tramitar un juicio con los gastos y molestias consiguientes, se resuelva que la demanda ha sido inepta, por lo cual "El Juzgado se abstiene de analizar su mérito (el de la demanda) porque un defecto de esta índole significa que la relación jurídico procesal no alcanzó a constituírse válidamente".

Vuelve sobre las peticiones de la demanda de mutua petición, que, en definitiva, busca se declare que Streithorst no cumplió el contrato, y que, en consecuencia, debe indemnizar los perjuicios.

Y termina: "De todos modos se hicieron unas peticiones por el señor Silva en su demanda de reconvención, y esas peticiones de incumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, no fueron decididas en la sentencia, siendo así que sus pretensiones fueron oportunamente deducidas por los litigantes".

La Corte considera:

El Tribunal entendió, y así lo acepta el recurrente, que el ordinal 6º de la sentencia, que dice: "No se atienden las peticiones de la demanda de reconvención", tiene el alcance de una decisión inhibitoria, proveniente de que faltó el presupuesto procesal de demanda en forma en razón de haber considerado impropiamente acumuladas la acción de resolución y la de cumplimiento del contrato en litigio.

La Corte ha repetido que el Juez o Tribunal que entra a decidir un negocio y encuentra que falta alguno de los cuatro presupuestos procesales, competencia en el juzgador, demanda en forma, capacidad para ser parte y legitimación procesal, debe abstenerse de decidir, por cuanto no se ha formado la relación jurídico procesal que permita una resolución de fondo.

La sentencia inhibitoria, por lo mismo que no es de mérito, deja expedita la vía al demandante o contrademandante, en este caso, para volver a iniciar sus acciones. Del fallo inhibitorio no puede predicarse que ha decidido sobre puntos no comprendidos en la demanda, extra petita, ni que haya provisto a más de lo pedido, plus o ultra petita, ni que ha dejado de resolver puntos de la demanda, mínima petita, porque se ha abstenido de considerar todas las súplicas de la demanda.

En razón de que al fallo inhibitorio no puede aplicarse ninguno de los tres motivos de incongruencia aceptados por la jurisprudencia, tiene admitido la Corte que la causal segunda de casación no cabe sino contra los fallos de fondo no contra los inhibitorios.

No prospera esta acusación.

Recurso del Demandante

El apoderado del actor Streithorst Clausen dentro de la causal primera sostiene que un error de hecho en la apreciación de pruebas llevó a una violación indirecta de normas sustantivas; y dentro de la causal segunda, que el fallo es incongruente con las pretensiones deducidas en el juicio.

—I—

La primera censura la propone diciendo que hubo aplicación indebida de los artículos 1546 y 1882 del C. C. con relación al 1613 y 1614 del mismo, con violación medio de los artículos 480 y 553 del C. Judicial "determinada por error en la apreciación de la prueba".

Advierte que el cargo hace referencia a la absolución del demandado por el extremo de perjuicios a que llega el Tribunal revocando el punto tercero de la sentencia de primera instancia.

En la demanda se pidió expresamente el pago de perjuicios que el actor estimó en $ 125.000.00 y, en subsidio, por la cantidad que se fijare en la sentencia, o en abstracto.

En la relación de hechos dice el demandante: "11.—El doctor Streithorst, en el tiempo transcurrido desde la celebración del contrato hasta el presente, ha dejado de beneficiarse de la cilindradora en trescientos (300) días útiles, o sea dos mil cuatrocientas (2.400) horas de trabajo de la misma. El valor del trabajo de la cilindradora es de treinta y cinco pesos ($ 35.00) que es el equivalente a depreciación de la misma, según normas y cálculos del Ministerio de O. P. dando esto un total de ochenta y cuatro mil pesos ($ 84.000.00)".

En la demanda de reconvención el demandado expone:

" '10º—En el hecho 11 de la demanda del actor, afirma, que dejó de beneficiar la cilindradora del equipo en trescientos (300) días de ocho (8) horas diarias y por ello nosotros, para determinar el monto del daño, aceptamos esas dos mil cuatrocientas (2.400) horas del uso del equipo y que estimamos a cien pesos ($ 100.00) hora, para el lucro cesante o indemnización por uso y desgaste del mismo y en lo vendido' ".

"La anterior manifestación del apoderado, hecha en el escrito de demanda de reconvención tiene el valor probatorio de una confesión, al tenor de lo dispuesto en el artículo 607 del C. J.".

El recurrente considera que la base para la liquidación de perjuicios por el lado del lucro cesante sería el cómputo de 2.400 horas de trabajo al precio fijado por el demandado de $ 100.00 por hora, lo que daría un total de $ 2.400.00.

El actor por este extremo pedía solamente $ 135.000.00 lo que constituye una base para pronunciarse el sentenciador en forma concreta sin ir más allá de lo pedido.

En el caso de que la confesión del demandado no diera asidero para una condena en concreto, sí es una pauta para una condena en abstracto, "ya que se deduce de esa prueba la evidencia del perjuicio por la no entrega de la cilindradora, apreciado por el propio demandado".

En el expediente existe otra prueba para la determinación de los perjuicios, que tampoco fue estimada por el Tribunal: el dictamen por los peritos doctores Mario Olarte Pinzón y Carlos Cediel en cuyo punto 4º, exponen: "Dado que el doctor Gerardo Streithorst Clausen compró por $ 70.000.00 la cilindradora y el resto por $ 120.000.00, relación de 1/79 y 12/19 avos; que él manifiesta, o mejor da a entender que el equipo trabajó 300 días de ocho (8) horas diarias, estimando la hora del servicio de la cilindradora a $ 35.00, conociendo el valor del uso y desgaste de estos equipos, pero ajustándolo a los supuestos dados, ya citados y conocidos, por uso de todo el equipo en referencia, fijando ese valor en $ 228.000.00 menos sesenta por ciento (60%) de gastos de operación, es decir en $ 91.000.00 liquidados".

"Este dictamen pericial por tratarse de regulación de cifras numéricas, hace también plena prueba (G. J. 721)".

Se refiere a una providencia de la Corte, Sala de Negocios Generales, en la cual se sienta la doctrina de que la sentencia contendrá la liquidación de perjuicios cuando hay bases en el expediente para fijar la cantidad líquida; si los medios probatorios son suficientes para determinar la cantidad líquida, el fallo señalará las bases necesarias para practicarla en el incidente de ejecución del fallo; y si tales elementos no son suficientes, la sentencia se limitará a hacer una condenación abstracta.

En este litigio, el incumplimiento culpable del vendedor en entregar, le acarrea la inexorable obligación de pagar los perjuicios tanto por lucro cesante como por daño emergente. Así lo entiende el fallador, pero echa de menos la demostración de los perjuicios. Pero de la confesión del demandado y del dictamen pericial, medios que no fueron apreciados por el sentenciador, aparece que sí existió el perjuicio por concepto de lucro cesante al menos, proveniente de haber utilizado la cilindradora durante 2.400 horas.

Esta omisión del sentenciador en estimar la confesión y el dictamen pericial lo condujo a la indebida aplicación de los artículos 1546 y 1882 del C. C.

Incurrió en un evidente y manifiesto error de hecho al no apreciar dichas pruebas, el cual determinó la violación indirecta de los textos apuntados.

Se Considera:

El artículo 604 del Código Judicial expresa que hay confesión judicial en la aceptación por una de las partes de que es cierto el hecho perjudicial para ella y afirmado por la otra, si se hace ante juez competente por razón de la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones.

En el hecho 11 de la demanda principal Streithorst afirma que dejó de beneficiar la cilindradora 2.400 horas de trabajo de la misma, y que estima el valor del trabajo de esa máquina en $ 35.00 por hora.

Este hecho lo negó el demandado en la contestación del libelo, para que se demostrara.

En el hecho 10º de la demanda de reconvención se dice que, dada la afirmación del demandante principal de que dejó de beneficiar la cilindradora 300 días útiles, o sea 2.400 horas, acepta estas horas en el uso del equipo las cuales estima a razón de $ 100.00 cada una.

Como se ve, la afirmación que hace el demandante principal es que dejó de utilizar la cilindradora 2.400 horas que aprecia a $ 35.00 cada una. Y el contrademandante dice que Streithorst trabajó el equipo 2.400 horas que aprecia a $ 100.00 cada una.

Si bien las dos afirmaciones coinciden en el número de 2.400 horas, difieren fundamentalmente en que el dicho que el recurrente estima confesión, consiste en que Streithorst trabajó el equipo, y este solamente afirma que dejó de beneficiarse de la cilindradora, el impugnante aprecia el trabajo de esta máquina a $ 35.00 la hora, y el segundo, en $ 100.00 la hora de trabajo de aquel equipo.

Habría una confesión de Silva si este hubiera aceptado que Streithorst dejó de trabajar la cilindradora 2.400 horas, y que el valor del trabajo de la misma era de $ 35.00 por hora. Pero decir que Streithorst trabajó el equipo 2.400 horas, y que estima el valor de la hora en $ 100.00 es un hecho distinto que no se conforma con las exigencias del artículo 604 del C. Judicial.

Por lo mismo, no haber apreciado el sentenciador el contenido del hecho 10º de la contrademanda como confesión de Silva, no implica que haya incurrido en error de hecho.

El avalúo que los peritos Olarte Pinzón y Cediel hacen del trabajo de la cilindradora durante 300 días, de 8 horas cada uno, está basado solamente como ellos lo expresan de modo terminante, en la afirmación del actor Streithorst, no en elementos que demuestren la existencia de los perjuicios. Por lo mismo, este avalúo no es prueba en el caso del pleito de la existencia de los perjuicios que Streithorst alega haber recibido por el incumplimiento de Silva, y tampoco pudo cometer error de hecho el sentenciador no apreciándolo.

La tacha no puede prosperar.

— II —

El segundo cargo lo formula el impugnante por la causal 2ª del artículo 520 del C. Judicial debido a que el fallo es incongruente con las pretensiones oportunamente deducidas en la contrademanda.

La acusación toca con el ardinal 5º de la sentencia del Juzgado, confirmada por el Tribunal en este punto el cual reza:

" 'Gerardo Streithorst Clausen pagará a Juan B. Silva seis días después de ejecutoriada la sentencia, la cantidad de noventa y nueve mil ochocientos setenta y cinco pesos M/cte. ($ 99.875.00), para completar el precio del contrato' ".

Para el recurrente este pronunciamiento corresponde a la petición del punto tercero, nu-

meral 3 de la demanda de mutua petición por concepto de parte del precio de la venta.

La sentencia acusada sobre la demanda de reconvención resolvió así:

" '6º—No se atienden las peticiones de la demanda de reconvención' ".

El fundamento de esta resolución inhibitoria obedeció a que el Tribunal consideró indebida la acumulación de las acciones resolutorias y de cumplimiento del contrato.

En estas condiciones no podía el fallador, sin caer en incongruencia, resolver favorablemente una de las peticiones de la demanda de reconvención.

La demanda inicial y la de mutua petición marcan el ámbito de la litis, del cual no podía salirse como ocurre en lo referente al complemento del precio.

Apunta el censor que el saldo insoluto del precio es solamente de $ 95.000.00, y que la sentencia lo condena a pagar $ 99.875.00, es decir, con un exceso de $ 4.875.00, lo cual constituye también una falta de consonancia en el fallo.

Finalmente hace consideraciones sobre que el saldo del precio está representado en letras que fueron desglosadas del juicio para hacerlas efectivas en juicio ejecutivo. Si se mantiene la condena del punto 5º, sería crearle doble título de cobro al demandado: las letras y el fallo.

La Corte considera:

La sentencia de primer grado le fue notificada al apoderado del demandante Streithrost Clausen sin que interpusiera contra ella el recurso de apelación, lo que significa que la consintió.

Esta actitud del actor le daba derecho para interponer el recurso de casación en relación con la parte del fallo del Tribunal en que se revocó la condenación a Silva al pago de perjuicios a favor de Streithrost, dado que la sentencia sufría una modificación desfavorable en la forma en que la había consentido. No ocurre lo mismo con la confirmación de la condena por pago del saldo del precio, porque habiendo consentido en ella, no interponiendo recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, carece de interés para acusar en casación la sentencia de segunda instancia confirmatoria en este punto. Sostenida ha sido la doctrina de la Corte de que el interés jurídico para recurrir en casación se da por dos motivos: porque la sentencia del Tribunal no irrogue ningún agravio al recurrente, y porque este haya consentido la sentencia de primera instancia, puesto que el recurso no es viable sino cuando se han agotado los medios de instancia que permite y autoriza la ley.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, con fecha cinco de mayo de mil novecientos sesenta y dos, en el juicio ordinario seguido por Gerardo Streithorst Clausen contra Juan B. Silva.

No se hace condenación en costas por aparecer compensadas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase 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.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA

QUERELLA DE POLICIA

La Corte no puede pronunciarse sobre la nulidad de un juicio de tal índole, ni éstos son revisables ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público. - Remedios legales contra aquéllas. - Inconsonancia.

1.—Procede el recurso de casación, según el numeral 2º del artículo 52 del Decreto Legislativo Nº 528 de 1964, cuando no está la sentencia en consonancia con las pretensiones de la acción o de la excepción.

Toda sentencia ha de guardar armonía con la demanda, porque esta señala los límites dentro de los cuales ha de actuar el poder jurisdiccional y el juez no puede conceder más de lo pedido, ni fallar sobre extremos que no han sido materia del debate, ni dejar de resolver sobre las excepciones que oportunamente haya opuesto el demandado. Dice por eso el artículo 471 del Código Judicial, que las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente aducidas por las partes.

Si el juez deja de decidir sobre extremos que han sido materia de la demanda, no queda resuelto todo lo pedido y quedaría pendiente la relación jurídico procesal en cuanto a lo no resuelto por el fallador; si falla sobre puntos que no están contenidos en la demanda, o más allá de lo demandado, el juez excedería sus poderes, porque decidiría sobre extremos que no le han sido sometidos a su juicio. De ahí que la ley haya consagrado como motivo de casación la inconsonancia de la sentencia en relación con las pretensiones de la acción o de la excepción, inconsonancia que se presenta cuando se ha resuelto en el fallo sobre más de lo pedido (ultra petita); o sobre extremos que no han sido objeto del litigio (extra petita); o cuando se deja de fallar sobre alguna de las pretensiones del demandante o sobre alguna de las excepciones oportunamente propuestas como medio defensivo (mínima petita).

2.—No existe disposición alguna que autorice la revisión, ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público, de las querellas de policía, ventiladas ante los alcaldes municipales, conforme a las reglas propias del Código de Policía del respectivo Departamento. Por eso el actor no citó ninguna que fuese pertinente, pues las que trae la demanda son completamente inadecuadas para el caso, toda vez que se refieren a las normas sobre nulidad y rescisión de los actos jurídicos, de que tratan los artículos 1740 y siguientes del Código Civil y artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

Por absurda que sea la decisión de un alcalde en una querella de policía ante él instaurada, que tenga por objeto mantener el statu quo de las cosas en materia de posesión, tal decisión no hace tránsito a cosa juzgada y quien no se conformare con ella tiene vía abierta para acudir directamente ante el juez competente, en ejercicio de la acción correspondiente, posesoria o de reivindicación, en demanda de la tutela jurídica del Estado para la protección de su derecho. Los fallos de policía, proferidos por los empleados del ramo, terminan con la resolución del superior respectivo, cuando se propone el recurso de apelación oportunamente; o con la decisión del funcionario de primer grado cuando no se ha hecho uso de tal recurso y la sentencia no debe ser consultada. Quien no aceptare lo resuelto por el funcionario de policía, puede recurrir a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, mas no para que se revise o se anule el juicio de policía dejando sin efecto el fallo proferido en él, sino para iniciar, directamente, ante el juez competente y por el procedimiento que sea del caso, el respectivo juicio, posesorio o de reivindicación, de cuya decisión podría resultar una solución contraria a la del juicio de policía, con lo cual ésta quedaría virtualmente desprovista de efectos.

La Corte no puede, en consecuencia, pronunciarse sobre la nulidad del juicio de policía solicitada en la demanda.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., noviembre diez y ocho de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Flavio Cabrera Dussán).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en el presente juicio, en relación con la sentencia de seis de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

— I —

ANTECEDENTES

Aquiles Colón García promovió querella de policía contra Alfonso Betín Acuña, ante el Alcalde Municipal de Caimito, para que se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas: que el querellante es propietario y actual poseedor inscrito de un fundo rural constituído por una sexta parte de la comunidad denominada "Siete Palmas", ubicado en jurisdicción de dicho municipio, determinado por los linderos que se indicaron en el libelo; que se ordene la destrucción de una cerca colocada arbitrariamente por el querellado en terrenos del actor, a fin de mantener el estatu quo del terreno antes de la perturbación; y que se condene al querellado al pago de $ 2.000.00 por concepto de perjuicios.

El mismo día de su presentación el Alcalde aceptó la querella y ordenó dar el trámite correspondiente, habiéndola fallado 12 días después, en forma totalmente favorable a la parte actora, haciendo estas declaraciones:

"**Primero.**—Reconózcase al doctor Aquiles Colón García la propiedad de una sexta parte de la comunidad de 'Siete Palmas' y la propiedad y posesión de la finca denominada 'Campo de Reina', ubicada en esa comunidad, dentro de los linderos establecidos en los documentos aportados a la demanda;

"**Segundo.**—Suspéndase las vías de hecho, statu quo (sic) y levántese la cerca y colóquese por donde rezan los verdaderos linderos.

"**Tercero.**—Condénase al señor Alfonso Betín Acuña a pagar la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) como perjuicios causados al señor Aquiles Colón García;

"**Cuarto.**—Por la Secretaría fíjense las costas del juicio".

Posteriormente el mismo Alcalde verificó la diligencia de retiro de la cerca a que se refiere el fallo, en cumplimiento de lo dispuesto en él.

— II —

EL LITIGIO

Con fecha 6 de octubre de 1961 Alfonso Betín Acuña, mediante apoderado, demandó ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Marcos, a Aquiles Colón García, para que en juicio ordinario se hiciesen estas declaraciones:

1º—Que es absolutamente nulo el juicio de policía instaurado por Aquiles Colón García contra el actor, en la Alcaldía Municipal de Caimito, que concluyó con el fallo de 15 de febrero de 1961;

2º—Que en consecuencia, queda sin efecto dicho fallo;

3º—Que se declare que Alfonso Betín Acuña tiene mejor derecho que el demandado para continuar poseyendo una porción de terreno en el Municipio de Caimito, delimitada así: "Por un lado con predio de César Hernández, denominado 'El Silencio' y que fué posteriormente del señor Francisco Fabra; por otro lado con camino real de 'Siete Palmas' a 'Boca Negra'; por otro lado con arroyo de 'Caimitico' en medio, con predios de Rafael Antonio Cárdenas hoy, antes de Alfonso Betín Acuña; por otro lado, con predio de José Hernández Vanegas";

4º—Que se haga saber a las autoridades de dicho Municipio, la obligación en que están de hacer respetar la posesión material del demandante, en la porción de terreno materia de la disputa;

5º—Que a costa del demandado se reconstruyan las cercas destruídas en la diligencia practicada el 22 de febrero de 1961, dentro del juicio de policía cuya nulidad se demanda; y

6º—Que se condene al demandado a pagar los perjuicios ocasionados al actor, los cuales se estiman en la suma de $ 20.000.00 moneda corriente.

Los hechos de la demanda pueden sintetizarse así: que el demandante adquirió por escritura pública Nº 99, otorgada en la Notaría de San Marcos el 10 de julio de 1953, una porción de terreno, con sus mejoras, ubicada en la región de "Caimitico", cuyos linderos aparecen relacionados en el título; que desde entonces el actor ha venido poseyendo el predio y lo mantenía cercado, a excepción de la parte colindante con terrenos de su propiedad en el arroyo de "Cai-

mitico"; que el 3 de febrero de 1961, Aquiles Colón García, diciéndose propietario y poseedor, presentó ante la Alcaldía de Caimito una querella de policía contra el actual demandante, que no fue tramitada regularmente, pues ni siquiera le fue notificada, y que el mismo día en que debió comenzar a correr el término de pruebas, se dictó la sentencia, a la cual se le dió inmediato cumplimiento sin esperar su ejecutoria; y que todo ello, además de violar claras disposiciones constitucionales y legales, ha ocasionado considerables perjuicios al demandante Betín Acuña.

El demandado contestó la demanda expresando que el actor debía probar sus afirmaciones.

Concluyó el primer grado del juicio con la sentencia de 29 de mayo de 1963, en la cual se decidió;

"1º—Decretar la nulidad del juicio policivo instaurado en la Alcaldía Municipal de Caimito por el doctor Aquiles Colón García el día 3 de febrero de 1961 contra el señor Alfonso Betín Acuña, así como de la sentencia que puso fin a dicho proceso y que lleva fecha 15 de ese mismo mes y año;

"2º—Declarar que la sentencia de 15 de febrero de 1961, dictada en el juicio policivo del doctor Aquiles Colón García contra Alfonso Betín Acuña por la Alcaldía de Caimito, queda sin efecto alguno.

"3º—Declárase que Alfonso Betín Acuña tiene mejor derecho que Aquiles Colón García en el lote de terreno que se ventila en este juicio y que se halla determinado por estos linderos: 'por un lado con predio de César Hernández, denominado 'El Silencio' y que fue posteriormente del señor Francisco Fabra; por el otro con camino real de 'Siete Palmas' a 'Boca Negra'; por otro, con arroyo de 'Caimitico', en medio, con predio de Rafael Antonio Cárdenas hoy, antes de Alfonso Betín Acuña, y por otro, con predios de José Hernández Vanegas. En consecuencia se decreta su reivindicación.

"4º—Hacer saber a las autoridades del Municipio de Caimito la obligación de respetar y hacer respetar la posesión material del señor Alfonso Betín Acuña sobre el bien raíz urbano personificado en el numeral 3º de la parte resolutiva de este proveído;

"5º—Decretar la reconstrucción, a costa del doctor Aquiles Colón García y seis días después de ejecutoriada esta sentencia, de las cercas destruídas en la zona del litigio;

"6º—No se condena a la parte demandada a pagar la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00) por concepto de perjuicios, como lo pide la parte actora;

"7º—Se condena al doctor Aquiles Colón García al pago de las costas de este juicio;

"8º—Se declaran no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada en su alegación de conclusión; y

"9º—Regístrese la presente sentencia".

— III —

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La parte demandada apeló del fallo de primer grado y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena lo confirmó en todas sus partes, en sentencia de 6 de octubre de 1964.

El Tribunal empieza por manifestar que no es menester entrar en disquisiciones filosóficojurídicas para concluír que la querella de policía materia de la demanda, está realmente viciada de nulidad. "En efecto —dice el fallador— de un lado ningún Alcalde como funcionario de policía tiene facultades legales para conocer del juicio que le formulara el doctor Aquiles Colón García contra Alfonso Betín Acuña... Se reconoce en el fallo el dominio de un inmueble y se condena a pagar perjuicios, olividando que esta clase de asuntos corresponde definirlos al orden jurisdiccional como rama del poder público".

Agrega el sentenciador que el juicio de policía de cuya nulidad se trata, adolece de graves fallas de carácter constitucional, con violación del artículo 26 de la Carta, que señala como garantía individual de los ciudadanos, la de que nadie puede ser juzgado sino con arreglo a la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Observa, por otra parte, que la notificación de la querella no se hizo en forma legal, porque para tal notificación a Alfonso Betín Acuña, se pretendió hacer uso del artículo 793 del Código de Policía de Córdoba, que exige que si no se halla el demandado, se le debe notificar el auto que admite la demanda por medio de un aviso que ha de fijarse en la puerta de su casa de habitación, y en la de dos o más de sus parientes, por el término de 24 horas; y que tales normas no se cumplieron, porque "está demostrado con la misma constancia secretarial pertinente,

que la casa en donde fué fijado el respectivo aviso, no es la de habitación de aquél (el demandado), pues se trata de una casa —según la misma constancia— en donde Betín Acuña habitualmente se aloja. El artículo 793 ya citado exige que el aviso se fije 'en su casa de habitación', es decir, donde mora con su familia. La etimología de alojamiento, es distinta de la de habitación. El alojamiento es hopedaje que da el dueño de una posada por mera liberalidad o por un precio o por simples consideraciones. Pero la habitación es un derecho bien definido por el Código Civil".

Continúa expresando el sentenciador que el artículo 793 del Código de Policía exige que el aviso se fije también en la casa de habitación de dos o más parientes del demandado, y que "de esta exigencia no hay constancia de su cumplimiento, pues solamente aparece que se fijó el aviso en la casa de habitación de la señora Fidelina López. Así que en el supuesto de que la casa de la señora López se entendiera como la de habitación de Betín Acuña, porque allí se hospedaba habitualmente,... tampoco se dió fiel cumplimiento al artículo 793, por haberse omitido el mismo aviso en dos o más casas de habitación de parientes del demandado Betín Acuña. Se vulneró, pues, esa disposición policiva fundamental que quiere por todos los medios más idóneos y prácticos llevar al conocimiento del presunto demandado el contenido de la demanda, a fin de que pueda ejercer su derecho de defensa".

El Tribunal anota en seguida que con esa notificación al margen de la ley, es decir, sin la citación y emplazamiento en la forma legal del demandado, se produjo el fallo contra Alfonso Betín Acuña, sin haber sido oído en el juicio.

Concluye el sentenciador manifestando que si se acepta, como ha de aceptarse, que el juicio de policía está viciado de nulidad, "la consecuencia lógica y jurídica que se impone es la de que las cosas vuelvan a su estado anterior a aquel juicio, el cual fué modificado precisamente por la sentencia dictada allí".

— IV —

EL RECURSO DE CASACION

La parte demandada recurrió en casación formulando tres cargos con apoyo en la causal primera, y uno con apoyo en la causal segunda.

Como el cargo por incongruencia está llamado a prosperar, la Corte se ocupa únicamente del estudio de dicho cargo.

Cargo por Incongruencia.—El recurrente invoca la causal consagrada en el numeral 2º del artículo 520 del Código Judicial, por no estar la sentencia de segundo grado en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas en la demanda.

Se refiere a las súplicas hechas en ella y las relaciona con lo resolutivo del fallo acusado, en cuya declaración tercera se decreta la reivindicación del lote de terreno "que se ventila en este juicio", para expresar luego: "Confronte el lector más avisado y más despreocupado las súplicas de la demanda con el fallo de segunda instancia, que confirma el de primera y le encima las costas, y se convencerá inmediatamente que éste contiene un extremo no contenido en la demanda y que es, por cierto, el más importante del fallo, esto es, decreta la reivindicación del lote de terreno que no fue deducida en la demanda".

El autor del recurso recalca sobre el hecho de que la acción reivindicatoria "no fue ejercitada en el libelo, por lo cual el fallo no debió referirse a esa acción no comprendida en la demanda, mucho menos decretarla sin más ni más".

El recurrente concluye expresando que la incongruencia es protuberante y que "se advierte con una confrontación de la parte resolutiva de la sentencia con el libelo de la demanda".

La Corte Considera:

Cuando se dió en traslado el expediente a la parte recurrente para que formulase la respectiva demanda de casación, estaba ya en vigor el Decreto 528 de 1964, que empezó a regir el 1º de julio de 1965, con excepción de sus artículos 62, 63, 64, 65 y 66, los cuales se aplican desde el 1º de septiembre de 1964 (artículo 1º del Decreto Nº 1.822 de 1964). Aunque el recurrente hace referencia a la causal segunda del artículo 520 del C. J., esto no impide que la Corte entre en el estudio del cargo porque tal referencia ha de entenderse hecha respecto de la misma causal del artículo 52 del Decreto Nº 528 citado.

Procede el recurso de casación, según el numeral 2º del artículo 52 del Decreto Legislativo Nº 528 del 1964, cuando no está la sentencia en

consonancia con las pretensiones de la acción o de la excepción.

Toda sentencia ha de guardar armonía con la demanda, porque ésta señala los límites dentro de los cuales ha de actuar el poder jurisdiccional y el juez no puede conceder más de lo pedido, ni fallar sobre extremos que no han sido materia del debate, ni dejar de resolver sobre las excepciones que oportunamente haya opuesto el demandado. Dice por eso el artículo 471 del Código Judicial, que las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Si el juez deja de decidir sobre extremos que han sido materia de la demanda, no queda resuelto todo lo pedido y quedaría pendiente la relación jurídico procesal en cuanto a lo no resuelto por el fallador; si falla sobre puntos que no están contenidos en la demanda, o más allá de lo demandado, el juez excedería sus poderes, porque decidiría sobre extremos que no le han sido sometidos a su juicio. De ahí que la ley haya consagrado como motivo de casación la inconsonancia de la sentencia en relación con las pretensiones de la acción o de la excepción, inconsonancia que se presenta cuando se ha resuelto en el fallo sobre más de lo pedido, (ultra petita); o sobre extremos que no han sido objeto del litigio (extra petita); o cuando se deja de fallar sobre alguna de las pretensiones del demandante o sobre alguna de las excepciones oportunamente propuestas como medio defensivo (mínima petita).

En el sub-lite, como lo dice el autor del recurso, basta confrontar las peticiones de la demanda con lo resuelto por el Tribunal, para comprender que hay incongruencia, toda vez que no se demandó la restitución de lote alguno de terreno, y el fallo decreta la reivindicación de un lote determinado por linderos especiales, según la declaración tercera de lo resolutivo de la sentencia del Juzgado, confirmada por el Tribunal.

En consecuencia, el cargo prospera y no es necesario que la Corte entre en la consideración de los cargos restantes.

— V —

Consideraciones de la Corte para la Sentencia de Reemplazo

Solicita el demandante, en primer término, que se declare la nulidad del juicio de policía adelantado por Aquiles Colón García contra el actor, en la Alcaldía Municipal de Caimito, y que, en consecuencia, queda sin efecto alguno el fallo en él recaído (peticiones 1ª y 2ª de la demanda).

Esta solicitud es improcedente, porque no existe disposición alguna que autorice la revisión, ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público, de las querellas de policía, ventiladas ante los Alcaldes Municipales, conforme a las reglas propias del Código de Policía del respectivo Departamento. Por eso el actor no citó ninguna que fuese pertinente, pues las que trae la demanda son completamente inadecuadas para el caso, toda vez que se refieren a las normas sobre nulidad y rescisión de los actos jurídicos, de que tratan los artículos 1740 y siguientes del Código Civil y artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

Por absurda que sea la decisión de un Alcalde en una querella de policía ante él instaurada, que tenga por objeto mantener el statu quo de las cosas en materia de posesión, tal decisión no hace tránsito a cosa juzgada y quien no se conformare con ella tiene vía abierta para acudir. directamente ante el juez competente, en ejercicio de la acción correspondiente, posesoria o de reivindicación, en demanda de la tutela jurídica del Estado para la protección de su derecho. Los fallos de policía, proferidos por los empleados del ramo, terminan con la resolución del superior respectivo, cuando se propone el recurso de apelación oportunamente; o con la decisión del funcionario de primer grado cuando no se ha hecho uso de tal recurso y la sentencia no debe ser consultada. Quien no aceptare lo resuelto por el funcionario de policía, puede recurrir a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, mas no para que se revise o se anule el juicio de policía dejando sin efecto el fallo proferido en él, sino para iniciar, directamente, ante el juez competente y por el procedimiento que sea del caso, el respectivo juicio, posesorio o de reivindicación, de cuya decisión podría resultar una solución contraria a la del juicio de policía, con lo cual ésta quedaría virtualmente desprovista de efectos.

La Corte no puede, en consecuencia, pronunciarse sobre la nulidad del juicio de policía solicitada en la demanda.

En las peticiones 3ª, 4ª y 5ª del libelo inicial, referentes a que se declare a Alfonso Betín Acuña con mejor derecho "para continuar poseyen-

do una porción de terreno en el Municipio de Caimito", delimitada como se indica en el libelo, a que se haga saber a las autoridades de dicho Municipio la obligación en que están de hacer respetar la posesión material del demandante en la faja de terreno materia de la disputa, y a que a costa del demandado se reconstruyan las cercas destruídas por orden del Alcalde Municipal, se está ejercitando en el fondo una acción posesoria, porque el actor persigue conservar o recuperar la posesión que dice tenía sobre una faja de terreno de la cual vino a quedar privado con la remoción de las cercas por la decisión de la Alcaldía de Caimito. De conformidad con el artículo 977 del Código Civil, el poseedor tiene derecho para pedir que no se le turbe o embarace su posesión o no se le despoje de ella, que se le indemnice del perjuicio que ha recibido, y que se le dé seguridad contra el que fundadamente teme.

Pero el ejercicio de este derecho no puede deducirse ante la justicia sino mediante los trámites de los juicios posesorios, que son juicios especiales, reglamentados en el Título XXVIII, del libro 2º del Código de Procedimiento Civil, artículos 877 y siguientes.

En consecuencia, tampoco puede la Corte ocuparse de las peticiones 3ª, 4ª y 5ª en referencia, porque se han deducido por un procedimiento que no es el que les corresponde, como quiera que actualmente el juicio ordinario no es una posibilidad abierta a toda disputa judicial; a su procedimiento no puede acudirse sino para ventilar y decidir aquellas controversias respecto de las cuales la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario (artículo 734 C. J.).

Con relación a la petición para el pago de perjuicios, este extremo no es materia del recurso de casación porque de tal petición se absolvió al demandado, quien es el único recurrente. El demandante se conformó con la resolución de los juzgadores de instancia en el particular, que le perjudicaba.

Síguese de lo expuesto que la Corte, al proceder como juzgador de instancia, deberá inhibirse del conocimiento de este negocio.

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 seis (6) de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, REVOCA la de primer grado y como juzgador de instancia,

RESUELVE:

1º—No es el caso de hacer pronunciamiento alguno sobre la demanda de Alfonso Betín Acuña contra Aquiles Colón García, con que se inició el presente juicio; y

2º—Sin costas en las intancias 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.

REIVINDICACION

Propiedad e identidad del inmueble que se pretende. - No es de recibo en casación atacar la prueba pericial por violación de lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 0243 de 1951. - Límite de la autonomía del Tribunal en la estimación probatoria.

1.—Los autos proferidos por el fallador y a que se refiere el cargo, fueron dictados sin que el hoy recurrente en casación los hubiera atacado en forma alguna; tuvo allí la oportunidad procesal para oponerse si la hubiera estimado ilegal, al pronunciamiento de una providencia interlocutoria cuya crítica se pretende que cabe dentro del ámbito del recurso extraordinario. Si se aceptara la censura a la prueba pericial verificada dentro de la inspección ocular, ello llevaría a juzgar sobre el mérito legal del auto que la decretó lo que es improcedente dentro de la casación, tanto más cuanto que la norma contenida en el artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 0243 de 1951 es una norma de simple carácter procedimental.

La Corte en casación de octubre 7 de 1955 (G. J. T. LXXXI número 2159, pág. 392), dijo:

"No puede alegarse en casación el quebrantamiento del artículo 1º del Decreto Legislativo 0243 de 1951, que señala los casos en que puede concederse término probatorio en la apelación de sentencias en juicios ordinarios, pues se trata de una norma simplemente procedimental o adjetiva cuya aplicación por el Tribunal no puede revisarse al través de un error in judicando que sólo existe respecto de leyes sustantivas. La disposición citada no hace referencia a la valoración de las pruebas conforme a la tarifa, de suerte que su quebranto no puede examinarse en casación ni siquiera como medio al través del cual se consumara un error de derecho en la apreciación probatoria que condujera indirectamente a la infracción de otra norma de carácter sustantivo".

El cargo fundado, pues, en que el Tribunal decretó la práctica de la diligencia de inspección ocular con peritos, carece de viabilidad en el recurso, y por lo tanto, atacar la prueba pericial por violación de lo dispuesto por el artículo 1º ya citado, no es de recibo en casación.

2.—Es uno de los extremos vitales de la acción reivindicatoria el que el actor acredite en forma plena que el inmueble de que está en posesión el demandado le pertenece de manera exclusiva y que, como cuerpo cierto esté claramente precisado por sus linderos. Si la parte demandada, como acontece en el caso en estudio, acepta que posee el inmueble, pero que él no está comprendido dentro del globo de terreno que señalan los títulos del actor, éste debe demostrar sin duda alguna, que el inmueble que trata de reivindicar forma parte del a que se refieren las pruebas de dominio por él presentadas y que los títulos que ofrece el demandado para demostrar su calidad de dueño no están de acuerdo con la posesión que alega.

3.—Dentro de la autonomía que tiene el Tribunal para apreciar las pruebas y darles el valor legal correspondiente, la Corte no puede desconocer el criterio en que se inspiró el fallador, sino en el caso en que se demuestre error de hecho evidente o de derecho en la estimación de las pruebas y que ello haya incidido en el quebrantamiento de la norma sustancial a que se refiere el cargo en casación.

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

(Magistrado ponente: doctor Ignacio Gómez Posse).

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal del Distrito Judicial de Tunja en el ordinario promovido por Textiles Samacá contra Bertha Avila de Díaz.

ANTECEDENTES

Textiles Samacá, S. A. promovió demanda contra Bertha Avila de Díaz Galindo contenida en los siguientes numerales:

Primero.—Que la nombrada compañía es dueña con mejor derecho que la demandada del siguiente inmueble que forma parte de la hacienda de "El Rabanal", situada en jurisdicción del Municipio de Samacá y alindado como se expresa en la demanda. "Este inmueble, lo advierte la demanda, lo denomina la parte demandada 'El Vallado' o 'Finlandia'.".

Segundo.—Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la demandada Avila de Díaz Galindo a restituír dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia el inmueble antes alindado a la Compañía "Textiles Samacá, S. A.".

Tercero.—Que se condene a la demandada a pagar al actor los frutos naturales y civiles percibidos o que hayan podido percibirse con mediana inteligencia y cuidado.

Cuarto.—Que se condene en costas a la demandada.

Como hechos fundamentales de la acción se expusieron:

a) La Compañía "Textiles Samacá, S. A." se constituyó por escritura pública Nº 2.033 de 8 de mayo de 1954 otorgada en la Notaría 7ª de Bogotá, debidamente registrada;

b) El señor Antonio M. Sarmiento es actualmente el gerente de Textiles Samacá, S. A.;

c) La Compañía "Textiles Samacá, S. A." adquirió la propiedad de la finca denominada "El Rabanal" por aporte hecho por la Compañía Samacá, S. A., según aparece de la escritura número 2033 citada; los linderos de la finca 'El Rabanal" se expresan en la demanda;

ch) El lote objeto de la reivindicación alindado en el punto primero de la parte petitoria, hace parte de la finca "El Rabanal" señalado en el hecho anterior;

d) La Compañía "Textiles Samacá, S. A." adquirió la finca "El Rabanal" también en mayor extensión, por compra a Francisco J. Fernández, según escritura 404 de 14 de febrero de 1927, otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá;

e) Francisco J. Fernández adquirió la finca 'El Rabanal", que hace parte de otra de mayor extensión denominada "La Siberia", por compra a José Fandiño por escritura Nº 2346 de 6 de octubre de 1926 de la misma Notaría;

f) José A. Fandiño adquirió la finca de "El Rabanal", por compra a Leopoldo Borda M. según escritura Nº 2305 de 1º de octubre de 1926 de la misma Notaría Primera del Circuito de Bogotá;

g) La Compañía "Textiles Samacá, S. A.", es actualmente poseedora dela finca "El Rabanal" y por consiguiente, tiene derecho de propiedad sobre ella;

h) La demandada Bertha Avila de Díaz Galindo, es poseedora material del lote alindado en la parte petitoria de la demanda, con posesión no superior a seis años;

i) La "Compañía Textiles Samacá, S. A." fue poseedora del lote que se reivindica hasta el año de 1949;

j) La posesión de la demandada ha sido de mala fe y ha pretendido crearse un título de dominio por sí misma.

La demandada al contestar el libelo se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas; manifestó que algunos hechos debe probarlos el demandante. En cuanto al numeral h) declaró que es cierto, pero la posesión abarca un lapso mayor del enunciado.

Luego de surtirse el procedimiento de rigor el juez a-quo pronunció la respectiva sentencia favorable a los intereses de la parte demandante, fallo que fue recurrido en apelación para ante el Tribunal Superior por la parte demandada.

En el Tribunal fueron practicadas algunas pruebas, de que luego se hablará y esta entidad pronunció su sentencia revocando la sentencia del inferior y absolviendo a la demandada de los cargos y peticiones de la demanda". La parte demandada presentó como título sobre el predio de El Vallado, la escritura pública Nº 2782 de 25 de octubre de 1947, otorgada en la Notaría de Bogotá, y por medio de la cual el señor Díaz Galindo, esposo de la demandada, adquirió la finca por compra al señor José Antonio Fandiño, quien a su vez la adquirió por compra a José Mariano Jiménez por escritura Nº 298 de 2 de abril de 1946 de la Notaría 1ª de Tunja. Estos instrumentos se encuentran debidamente registrados.

De la sentencia del Tribunal recurrió en casación la parte actora, quien formuló demanda ante la Corte, a la cual dió respuesta oportuna la parte demandada.

EL FALLO IMPUGNADO

El sentenciador hace un análisis de los cua-

tro elementos que estructuran la acción reivindicatoria:

1º—Cosa individual reivindicable o cuota en cosa singular.

2º—Identidad entre la posesión y la cosa que se pretende reivindicar;

3º—Posesión en el demandado; y

4º—Derecho de dominio en el demandante.

Con algunas advertencias el Tribunal acepta que se hallan comprobados los extremos primero, segundo y tercero; pero, declara que el derecho de dominio en el actor respecto del inmueble que se reivindica no se demostró "y por lo tanto la acción no puede prosperar".

El Tribunal hace un detenido análisis de los elementos probatorios que llevaron al juzgador de instancia a proferir el fallo que revocó; formula una crítica razonada al dictamen pericial practicado en primera instancia, le anota varias incongruencias y dentro de la función que le es propia, al verificar esa crítica llega a la conclusión de que ese peritazgo, principalmente no demuestra el extremo de la acción que se alega.

Porque el problema es el siguiente:

La Compañía Textiles Samacá, S. A. pretende con base en los títulos presentados y que se han relacionado antes, que la finca cuya reivindicación impetra, forma parte del globo de terreno a que se refieren los títulos que el actor acompañó a la demanda; y el demandado niega tal extremo y afirma que de acuerdo con los títulos que se han relacionado, el inmueble que posee, no forma parte del inmueble "El Rabanal" de propiedad de Textiles Samacá S. A.. Hace el fallador una detenida confrontación de los títulos referidos y dice:

"Los linderos que figuran en las escrituras números 2305, 2346 y 404 son los mismos y se refieren a la finca "El Rabanal". (v. certificado del c. 2, fl. 1).

'El predio de "El Rabanal" limita con el de "Rama Blanca" por su costado Norte, desde un punto sobre el río Teatinos, donde se comunican los terrenos de "Rama Blanca" y "El Chital", en límite con Pinedas, siguiendo por la cima de la loma, a dar al cerro de Gachaneca (según los títulos del actor) y a su vez el predio de "Rama Blanca", limita por su costado Sur con el de "El Rabanal" desde el "Puente de Piedras", limita por su costado sur con el de "El Rabanal" desde el "Puente de Piedras", por toda la loma de Tobita, vuelve al Occidente a encontrar la punta del cerro de Gachaneca (según los títulos del demandado).

"Los demás linderos que identifican a "Rama Blanca" y "El Rabanal", se materializan en puntos, lugares y orientaciones completamente distintas, en tal forma que no se les podría superponer, en todo o en parte.

"Si se tiene en cuenta que tanto la escritura número 2346 como la 2782, fueron otorgadas por el mismo vendedor, y una vez establecido que los otros linderos que individualizan los predios colindantes, ni son discutidos, ni se pueden confundir, se llega a la conclusión de que el hecho básico de la litis, es la determinación de la línea divisoria o lindero entre los citados dos predios.

Por la parte demandante el lindero que separa su propiedad de la del demandado, queda materializado por una línea que partiendo del punto llamado "Paso de La Vega", sobre el río Teatinos, siga hasta la cima del cerro de Tobita, de éste a un mojón sobre la quebrada de "Alizal" o "Guayabal", hasta el mojón número dos (2); luego sigue el cerro de Fermín, regresa al zanjón o vallado, pasa por 'Peña Fiera" y llega a la "Punta de Gachaneca", localizada en el lugar donde el río Gachaneca se precipita sobre el valle de Samacá. Esta es la misma línea que acogieron los peritos en la primera instancia.

"En cambio, según la parte demandada, la línea limítrofe debe partir del "Puente de Piedra", sobre el mismo río Teatinos, seguir a la "Loma de Tobita" y de aquí en línea recta a la punta más alta del "Cerro de Gachaneca".

"Todos los puntos a que hacen referencia estas dos líneas, fueron observados directamente y constatada su existencia, en las dos inspecciones oculares, de primera y segunda instancia".

El Tribunal, como se ha dejado expuesto, hace un análisis detenido del peritazgo y de la inspección ocular verificados en primera instancia, especialmente en cuanto se refiere al punto de partida del lindero entre los predios de la parte actora y de la demandada, ya que en esa ocasión se tomó el denominado "Paso de La Vega" como iniciación del lindero desechando el llamado "Puente de Piedra".

"Sin embargo, anota el Tribunal, hay declarantes que indican que el punto de partida debe ser el denominado "Puente de Piedra", que ser-

vía de conmunicación entre las fincas de "Rama Blanca" y "El Rabanal", especialmente en tiempo de invierno, porque entonces el "Paso de La Vega" no era practicable. (V. declaración de Francisco Otálora, f. 64 v. c. 2 y especialmente la de Ricardo Gil, fl. 79 del mismo cuaderno)... Pero se discute si se debe tomar la punta más alta del cerro o el lugar en donde se precipita el río Gachaneca sobre el valle de Samacá".

El fallador hace mérito a lo consignado en los títulos escriturarios presentados por ambas partes y manifiesta que tanto en los unos como en los otros "se menciona la 'Punta del Cerro de Gachaneca' como punto de referencia del lindero que separa su predio del de Textiles Samacá, S. A.".

Y dice el juzgador:

"La parte demandada considera que el punto a que se refieren las escrituras es el punto más alto del "Cerro de Gachaneca" que se determinó por los peritos que intervinieron en las diligencias de inspección ocular, de la primera y segunda instancia y que aparece en el plano con una altura de tres mil cuatrocientos cincuenta metros (3.450 mts.). Esto basándose en el significado común del término, que coincide con el expresado en el concepto del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (c. 5 f. 18).

"Los peritos que intervinieron en la primera instancia hacen referencia al sentido que trae el diccionario de la Academia Española (sic) para considerar que la "Punta del Cerro de Gachaneca" es el extremo del mismo cerro, que según ellos se localiza en el mencionado punto por donde se precipita el río Gachaneca. (c. 2 fls. 96 y 96 v.).

"Los peritos que intervinieron en la segunda instancia al responder a la pregunta número trece dicen que el terreno de propiedad de la señora Bertha Avila de Díaz, está fuera de los linderos consignados en la escritura de compra de Textiles Samacá, S. A. (c. 10, fl. 27). Según esto, no toman como punto de referencia el mencionado por donde se precipita el río Gachaneca, sino la punta más alta del cerro del mismo nombre, pues si hubieran tomado el primero, parte del predio de la demandada hubiera quedado a la izquierda de la línea trazada desde el mojón situado en la "Loma de Tobita", a la mencionada "Punta de Gachaneca". Y continúa el Tribunal:

"Pero la sola determinación de los puntos extremos de la línea que sirve de lindero entre los predios de demandante y demandada, no habría resuelto el problema, porque si se trazan líneas rectas, a partir de los mencionados puntos, se tendría lo siguiente:...".

En tres numerales el Tribunal sienta las hipótesis que podrían plantearse en el supuesto del trazo de las varias líneas rectas que se tendieran entre los puntos en que no están de acuerdo las partes y concluye diciendo: "que los peritos que intervinieron en la primera instancia no toman ninguna de estas rectas, explicando así su dictamen:...

"El juzgado, en la sentencia apelada, no explica por qué tomó como línea divisoria entre los predios, la que indicaron los peritos, tal vez porque al aceptar el punto de vista del demandante de que se trataba no de fijar los linderos determinados en los títulos, sino de hacer prevalecer unos títulos sobre otros, dió por demostrado que la zona litigiosa quedaba comprendida dentro de los títulos del demandante, según lo afirmaron los peritos" (c. 2 fl. 98).

Hace una crítica de esa conclusión y se refiere especialmente a la sentencia de primera instancia que estima como confusa cuando analiza el dictamen de los peritos; y al efecto transcribe varios pasos de dicha sentencia.

"En cambio, dice el fallador, los peritos que intervinieron en la segunda instancia consideran que hay oposición entre los títulos de las partes, en relación con el lindero que debe separar los predios y por la respuesta a la pregunta número trece parecen desechar la línea señalada por los primeros peritos. También estos peritos desechan el punto del "Paso de la Vega", por no estar localizado en colindancia con predios de Pinedas y porque al aceptarlo afectaría necesariamente terrenos de terceros. (c. 10 f. 28).

"El Tribunal considera que en principio los títulos presentados por las partes, no están en desacuerdo, si se tiene en cuenta que mutuamente señalan como linderos entre los dos predios, puntos inconfundibles como son el río Teatinos, el occidente partiendo de determinado punto y el "cerro de Gachaneca".

"El Tribunal acepta el concepto de los segundos peritos, cuando consideran que el predio que posee la demandada, está fuera de los linderos del predio de la Compañía Textiles Samacá, S.

A., porque no habiéndose dicho que la línea que los separa, fuera la línea curva, que debiera seguir determinado trayecto por límites arcifinios, es de suponer que se trata de una línea recta".

Pone de presente que el antiguo vendedor de las partes en el juicio, José A. Fandiño, dejara de consignar los linderos arcifinios que debían separar los dos predios conociendo la región y dándose cuenta de los accidentes topográficos de la misma.

Y que, por lo tanto, cuando los títulos hablan de que partiendo del paso del río Teatinos y volviendo al occidente, por toda la cima de la loma, es necesario entender que se refiere a la loma de "Tobita" que es la que en forma inmediata se presenta si se parte del punto denominado "Puente de Piedra", como así se constató en la diligencia de inspección ocular (fl. 71 y 13 de los cc. 2º y 10 respectivamente).

"Para el Tribunal el lindero debe continuar desde el mojón sobre la "Loma de Tobita" en recta a dar a la punta más alta del "Cerro de Gachaneca", sin que se pueda decir que la faja de terreno a la izquierda de esta línea, que ocupa la Compañía, arguya en contra de la línea fijada, porque los linderos de los títulos no pueden entenderse con la precisión de las líneas que fijan las matemáticas...".

Trae a cuento el Tribunal la manifestación del vendedor señor Fandiño cuando dice que es verdad que no le hizo entrega material a la fábrica de Hilados y Tejidos Samacá, que fue a quien le vendió, porque en esa época no valía nada y la fábrica necesitaba la región que queda sobre el rio Gachaneca, para hacer una muralla.

Continúa el fallador exponiendo una serie de argumentaciones en defensa de su criterio, en cuanto sostiene: "que la punta más alta del "Cerro de Gachaneca", debe ser el término de la línea que venga del "Cerro de Tobita", pase por la "Piedra Ajizal" y "Peña Blanca", porque según lo observado, queda al término de dicha línea que es recta; está de acuerdo con el sentido común de la expresión "punta del cerro" y con el técnico expresado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi y fue la trazada por un ingeniero de la compañía materializando el lindero entre los dos predios".

Hace referencia el sentenciador a la determinación de los linderos y construcción de mojones de cemento en los puntos señalados por el ingeniero de la compañía, doctor Gómez, y de la colocación de las placas de cobre correspondientes, trayendo a cuenta la carta dirigida por el señor Alfonso Hurtado, de la Compañía, al doctor Díaz Galindo "en donde se habla que se ha comisionado al administrador de la fábrica para que en compañía del doctor Díaz estudien los títulos correspondientes, a fin de establecer la identidad del lindero que ha de definir "nuestras correspondientes propiedades" y "situar los mojones para el claro delineamiento de estos terrenos". (c. 3 fl. 3).

Después de este análisis, dice el Tribunal:

"De lo anterior se deduce que no habiéndose demostrado que el predio que es objeto de la demanda, esté comprendido dentro del adquirido por la Compañía Textiles Samacá, S. A., no se demostró tampoco que ésta sea dueña del mismo y por lo tanto la acción no puede prosperar".

EL RECURSO

La demanda de casación que fue oportunamente replicada por la parte demandada, formula dos cargos contra la sentencia.

Primer Cargo

Afirma el recurrente que la inspección ocular con asistencia de peritos "tuvo por objeto la determinación de la línea que separa los predios del demandante y demandada, en el trayecto del paso del río Teatinos a la punta del cerro de Gachaneca se verificará con peritos designados por las partes, dentro de la ejecutoria de este auto".

"Son contrarios al artículo 1º del Decreto Extraordinario Nº 243 de 1951 por las siguientes razones:

"1ª—El segundo de los considerandos del citado Decreto dice: 'Que uno de los factores que le restan eficacia a la administración de justicia radica...".

Transcribe el recurrente el segundo de los considerandos del citado decreto y concluye:

"Por consiguiente, la finalidad del artículo 1º del decreto fue y es la de evitar una dilatada prolongación del debate probatorio en las dos instancias, motivo por el cual la inspección ocular decretada por el Tribunal debía contraerse a determinar los puntos que no hubieran sido objeto en la diligencia de inspección ocular practicada en la primera instancia, como es la ju-

rídica interpretación del artículo 1º al cual se refiere el considerando del mismo.

2ª—Estima el recurrente que de acuerdo con lo dispuesto por el Tribunal al ordenar la inspección ocular cometió una serie de errores, cuya entidad no determina en la demanda y lo que es más grave, sin que cite norma alguna sustancial que hubiera sido violada por los supuestos errores.

3ª—"Que al decretar el Tribunal un nuevo peritazgo y apreciarlo luego para dictar el fallo dándole un mérito probatorio que no tiene, violó directamente el artículo 1º del Decreto Extraordinario 243 de 1951. En efecto: dicho artículo primero no menciona esta prueba en la segunda instancia y el artículo 718 del Código Judicial, quedó suspendido en virtud del artículo 6º del citado Decreto Extraordinario, al preceptuar: '...quedan suspendidas las disposiciones legales que le sean contrarias'. Luego, el dictamen pericial de la segunda instancia, no solamente no ha debido ser decretado por el Tribunal, sino que tampoco se puede tener en cuenta, ni darle mérito probatorio alguno".

LA CORTE CONSIDERA:

Los autos proferidos por el fallador y a que se refiere el cargo, fueron dictados sin que el hoy recurrente en casación los hubiera atacado en forma alguna; tuvo allí la oportunidad procesal para oponerse si la hubiera estimado ilegal, al pronunciamiento de una providencia interlocutoria cuya crítica se pretende que cabe dentro del ámbito del récurso extraordinario. Si se aceptara la censura a la prueba pericial verificada dentro de la inspección ocular, ello llevaría a juzgar sobre el mérito legal del auto que la decretó lo que es improcedente dentro de la casación, tanto más cuanto que la norma contenida en el artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 0243 de 1951 es una norma de simple carácter procedimental.

La Corte en casación de octubre 7 de 1955. (to. LXXXI Nº 2159, pág. 392), dijo:

"No puede alegarse en casación el quebrantamiento del artículo 1º del Decreto Legislativo 0243 de 1951, que señala los casos en que puede concederse término probatorio en la apelación de sentencias en juicios ordinarios, pues se trata de una norma simplemente procedimental o adjetiva cuya aplicación por el Tribunal no puede revisarse al través de un error **in judicando** que sólo existe respecto de leyes sustantivas. La disposición citada no hace referencia a la valoración de las pruebas conforme a la tarifa, de suerte que su quebranto no puede examinarse en casación ni siquiera como medio al través del cual se consumara un error de derecho en la apreciación probatoria que condujera indirectamente a la infracción de otra norma de carácter sustantivo".

El cargo fundado, pues, en que el Tribunal decretó la práctica de la diligencia de inspección ocular con peritos, carece de viabilidad en el recurso, y por lo tanto, atacar la prueba pericial por violación de lo dispuesto por el artículo 1º ya citado, no es de recibo en casación.

Se rechaza el cargo.

Segundo Cargo

Dice el recurrente: "Que si algún viso legal tuviera la inspección ocular y el dictamen pericial producido en la segunda instancia, al interpretarlos el Tribunal erróneamente, dándoles el mérito probatorio que no tienen infringió directamente los artículos 716, 723, 724, 725 y 730 del Código Judicial y, como consecuencia, por error de derecho, indirectamente, los ya citados artículos 946, 950 y 952 del Código Civil. De la misma manera, al interpretar el Tribunal erróneamente los títulos presentados por las partes, incurrió en la misma infracción de las citadas disposiciones del Código Civil".

Este cargo por error de derecho en la valoración de la prueba lo discrimina el recurrente en varios puntos. En el primero habla de que la diligencia de inspección ocular practicada en la primera instancia se realizó con gran acuciosidad, y que en ella se recorrieron "y reconocieron los linderos de los predios de Textiles Samacá, S. A. en su totalidad y posteriormente se hizo lo mismo con los terrenos en litigio; y de estos dos reconocimientos hechos por el personal del juzgado se concluyó que los terrenos en litigio están involucrados dentro de los que son de propiedad de Textiles Samacá, S. A.". Y que lo mismo sucedió con el dictamen pericial realizado durante varios días de trabajo y que en cambio no sucedió lo mismo con la prueba de inspección ocular ni con el dictamen pericial practicados en la segunda instancia.

Critica estas diligencias en el sentido especial de que se practicó una diligencia diferente a la

decretada, con lo cual se infringió el artículo 725 del Código Judicial.

Que se orientó un dictamen pericial incompleto y contradictorio, porque los peritos a diferencia de lo que sucedió en la primera instancia, no presentaron ningún documento técnico, como planos etc. sino solamente "apreciaciones infundadas, muchas de ellas de la competencia de juristas, que no de ingenieros, como el cotejo de escrituras, plenamente diferentes, con el objeto de hacerlas coincidir...".

Afirma que estas probanzas de segunda instancia fueron contradictorias y al efecto señala algunos apartes del peritazgo que en concepto del impugnante entrañan serias confusiones. Y que el dictamen de los peritos no fue rendido de conformidad con el artículo 716 del Código Judicial.

En el segundo punto dice el recurrente: "En relación con la línea que separa los dos predios, están de acuerdo las partes en que debe pasar por la "Loma de Tobita" y terminar en el "Cerro de Gachaneca". Pero se discute si se debe tomar el punto más alto del cerro en lugar en donde se precipita el río Gachaneca sobre el valle de Samacá. No son ciertas afirmaciones del Tribunal (sic) por lo siguiente: a) En primer lugar no existe línea que separe los predios, tomando como es lógico, los títulos de la parte demandante, que son muy anteriores a los que pretende hacer valer la parte demandada. La parte demandante ha sostenido desde la presentación de la demanda, que el terreno poseído por la demandada y debidamente identificado por ella misma está incluído dentro de los predios que son de propiedad de la parte demandante. Para demostrarlo, solicité dentro del término probatorio de la primera instancia la práctica de una diligencia de inspección ocular y la recepción de testimonios para identificar, en primer término, los predios de la Compañía Textiles Samacá, S. A. según los títulos presentados desde 1926, y luego el terreno poseído por la demandada, quien aceptó su identificación total al contestar la demanda.

En el aparte b) manifiesta que el actor no ha estado ni está de acuerdo en que la línea a que se refiere erróneamente el Tribunal, debe pasar por la 'Loma de Tobita" y terminar en el cerro de Gachaneca; que el Tribunal está confundiendo los linderos de los predios de las partes en el juicio. Que al aceptar la parte demandada en la misma contestación que es cierto que está en posesión del terreno alindado en la petición de reivindicación, está aceptando que los linderos y su identidad, son los determinados por la parte demandante.

En el aparte c) dice que la discusión sobre la determinación del "Cerro de Gachaneca" hace relación a los linderos del predio general de propiedad de Textiles Samacá, S. A., pero no a los linderos del terreno objeto de la reivindicación, porque éste no toca en ninguno de sus linderos con el "Cerro de Gachaneca" y que dicho punto fue determinado por el Juzgado en pleno, determinando entre otras cosas el sitio exacto donde está la punta del "Cerro de Gachaneca".

En el aparte d) cita alguna jurisprudencia de la Corte.

Concluye manifestando que en la inspección ocular de primera instancia se identificaron los terrenos mediante "la prueba más adecuada" como es la diligencia de inspección ocular, sino que se completó con los títulos desde 1927 y con abundantes testimonios; y además, "dicha identificación se hizo como es lo procedimental, conforme al título del demandante en primer lugar, y que esto no sucedió en la segunda instancia".

En el punto tercero critica el fallo del Tribunal, porque no mantuvo con claridad el principio de la identidad del predio general de Textiles Samacá, S. A. ni tampoco la identidad del predio perseguido en reivindicación; y advierte que el Tribunal no podía aceptar el concepto de los peritos en la diligencia de inspección ocular de la segunda instancia por lo dicho en el primer cargo de la demanda.

En el punto cuarto manifiesta: "el señor Fandiño fue propietario de los terrenos que vendió a Francisco J. Fernández, durante seis (6) días, o sea, como aparece, que los adquirió de Leopoldo Borda M. el 1º de octubre de 1962 y los vendió el 6 del mismo mes, mediante escritura en la misma Notaría Primera de Bogotá; y Fernández los vendió a la Compañía Samacá, S. A. en 1927".

Que en cambio el origen de los títulos presentados por la parte demandada es la adquisición de derechos por José A. Fandiño en 1946, es decir, 20 años después de los otros, para concluír citando un fallo de la Corte en donde se contempla el caso del conflicto entre títulos presentados para acreditar la propiedad.

En el punto quinto expresa que mediante la escritura 795 de fecha 23 de septiembre de 1949 de la Notaría 1ª de Tunja, los señores Félix Díaz Galindo y Julio Gil hicieron una partición amigable en terrenos situados en la vereda de Salamanca, jurisdicción del Municipio de Samacá; y que en esa escritura se dice que han adquirido el dominio pleno por prescripción extraordinaria, ni se cita ni se da fe de escritura alguna acerca del origen del inmueble que se distribuye. Un lote que correspondió a Julio Gil, este lo vendió a Pedro Neisa y Emiliano Rodríguez por escritura 1288 de 18 de noviembre de 1955 y que sobre este lote de la Compañía Textiles Samacá inició un juicio de reivindicación que fue favorable a Textiles, "según las sentencias que cito posteriormente. Otro lote que es el que correspondió a Félix Díaz Galindo es el que tiene ahora en posesión la demandada Bertha Avila de Díaz, y el cual también persigue en reivindicación la Compañía Textiles Samacá, S. A.".

LA CORTE CONSIDERA:

1º—Es uno de los extremos vitales de la acción reivindicatoria el que el actor acredite en forma plena que el inmueble de que está en posesión el demandado le pertenece de manera exclusiva y que, como cuerpo cierto esté claramente precisado por sus linderos. Si la demanda, como acontece en el caso en estudio, acepta que posee el inmueble, pero que él no está comprendido dentro del globo de terreno que señalan los títulos del actor, éste debe demostrar sin duda alguna, que el inmueble que trata de reivindicar forma parte del a que se refieren las pruebas de dominio por él presentadas y que los títulos que ofrece el demandado para demostrar su calidad de dueño no están de acuerdo con la posesión que alega.

2º—El recurrente expone el cargo acusando la sentencia por error de derecho al darle mérito probatorio a la inspección ocular y al dictamen pericial verificados en la segunda instancia, lo mismo que "a la interpretación errónea de los títulos presentados por las partes".

Se ha dicho antes, que las probanzas a que alude la censura fueron practicadas en virtud del ordenamiento de la providencia interlocutoria que las decretó. Y dentro de la autonomía que tiene el Tribunal para apreciarlas y darles el valor legal correspondiente, la Corte no puede desconocer el criterio en que se inspiró el fallador, sino en el caso en que se demuestre el error de hecho evidente o el de derecho en la estimación de las pruebas y que ello haya incidido en el quebrantamiento de la norma sustancial a que se refiere el cargo en casación.

3º—Pero el recurrente no puede considerar que ha cumplido con las exigencias que el recurso le impone haciendo una serie de afirmaciones sin cita precisa de la prueba que considera valorada ilegalmente, pretendiendo llevar a la Corte a un nuevo examen del elenco probatorio; lo que no tiene cabida dentro del ámbito de este recurso extraordinario.

Ataca el impugnante la sentencia por errores de derecho, pero no señala con claridad en dónde se encuentran esos errores; tal parece que la tacha por este aspecto la hace consistir en la discrepancia de apreciación que tiene de la prueba con la que el fallador se ha formado, como consecuencia de una prueba, inspección ocular en la cual intervino directamente la Sala de Decisión del Tribunal.

El impugnante hace afirmaciones que no las respaldan los autos; por ejemplo, afirma que, la discusión sobre la determinación del "Cerro Gachaneca" hace relación a los linderós del predio general de propiedad de Textiles Samacá, S. A. pero no a los linderos del terreno objeto de la reivindicación, porque éste no toca en ninguno de sus linderos con el "Cerro de Gachaneca..."; cuando es lo cierto que tanto en la escritura Nº 957 de 2 de abril de 1946, venta de José Mariano Jiménez a José Antonio Fandiño, al delimitar el terreno objeto de la venta que está en común y proindiviso con herederos de Prudencio Gil, se dice: "linda en general así: por el costado oriental y parte del Sur, con el río Teatinos de por medio, hasta dar al punto denominado "Puerta de Piedras", colinda con el páramo del Chital, y terrenos de los Pinedas; por el Sur, desde este último punto, por toda la cima de la "Loma de Tobita", vuelve hacia el occidente a encontrar la punta del "Cerro de Gachaneca", colinda con terrenos de los Pinedas y de la **Compañía Samacá** (Subraya la Corte); por el Occidente, desde la punta del "Cerro de Gachaneca"... "Y en la escritura 2782 de 27 de octubre de 1947, folios 34 y siguientes del c 3 se consigna la venta hecha por el dicho Fandiño a Félix Díaz Galindo causante de la demandada señora Avila de Díaz; y en ese mismo título se transcriben literalmente los mismos linderos de la escritura anterior, es decir, de la

compra hecha por Fandiño a Jiménez. Esto está demostrado, sin lugar a dudas, que la afirmación del recurrente no es exacta, tanto más cuanto que la declaración del vendedor Fandiño, folio 42 ibídem, citada por el Tribunal en algunos de sus apartes reza: "Es verdad que yo no le hice entrega material a la fábrica de Hilados y Tejidos Samacá que fue a quien yo le vendí, pues en esa época eso no valía nada y la fábrica necesitaba la región que queda sobre el río Gachaneca para hacer una muralla. Sí señor es verdad que tanto en la escritura de venta tanto a la empresa referida como al doctor Díaz Galindo, no figura como línea divisoria la quebrada del vallado, sino la línea determinada por los puntos "Puente de Piedra", sobre el río Teatino, "Loma de Tobita" y "Cerro de Gachaneca". Por consiguiente, es verdad que es a esta línea a la que se refieren los títulos tanto de la empresa Textiles, mejor Hilados y Tejidos Samacá como el doctor Díaz Galindo".

En la propia demarcación que contiene la escritura 2346 de 6 de octubre de 1926, (c. Nº 1 f. 31) venta de José A. Fandiño a Francisco J. Fernández se lee: "... De este cerro volviendo hacia el Norte por toda la hoya del río Teatinos y el deslinde de los Municipios de Samacá y Ventaquemada hasta dar al paso de dicho rio que comunica los páramos de Rama Blanca y El Chital, lindando en esta parte con terrenos de los Pinedas. De este último punto volviendo al Occidente por toda la cima de la loma a dar al "Cerro de Gachaneca" punto de partida...".

¿En dónde se encuentra, pues, el error de derecho que en forma genérica formula el recurrente?

El impugnante en otro de los puntos en que pretende ubicar el error de derecho afirma que por el personal del juzgado "se concluyó que los terrenos en litigio estaban involucrados dentro de los que son de propiedad de Textiles Samacá, S. A.".

Con razón el opositor manifiesta que no siendo esto exacto "el recurrente, para ser serio, está obligado a señalar el pasaje de la inspección ocular en que el juez sentara tal afirmación...".

Por ello la Corte considera que los errores de derecho alegados por el recurrente no se precisan en forma alguna, ni encuentra que el Tribunal hubiera carecido de competencia para ordenar las pruebas que se han comentado, si aquella entidad halló que uno de los linderos y precisamente el fundamental de la controversia, no se encontraba claramente precisado en la anterior diligencia de inspección ocular; y en la segunda instancia los peritos que en ella intervinieron y el propio Tribunal tuvieron a la vista el plano levantado en primera instancia y cuyo examen no demuestra, en forma alguna, que el Tribunal hubiera incurrido en el error de derecho a que alude el recurrente.

Los puntos a que se refieren los títulos de las partes en sus alindamientos, claramente se observan en el plano a que se ha hecho mención. De ello dedujo el Tribunal y de otras pruebas, como la declaración de Fandiño y la postura de mojones realizada por la Compañía de común acuerdo con el doctor Díaz Galindo, que el inmueble de la demandada no forma parte del terreno sobre el cual presenta títulos la Compañía. Porque, por otra parte, aquí no se trata de una confrontación de títulos, como lo pretende el recurrente, para hacer valer el título más antiguo, sino que la demandada ha afirmado que el bien que posee con títulos que ha exhibido, no está comprendido dentro de las propiedades de la Compañía Textiles Samacá.

Estas anotaciones se hacen en razón de las afirmaciones hechas por el recurrente, que más bien campean dentro de un alegato de instancia; pero no dentro del rigorismo formalista del recurso de casación. Y se insiste en que el Tribunal sí podía, como lo hizo, aclarar las dudas que se le presentaban en relación con el lindero que se ha cuestionado.

Los peritos tuvieron en cuenta el plano hecho en primera instancia, los títulos presentados y los mojones que encontraron colocados por la Compañía de acuerdo con el doctor Díaz Galindo. Si la Corte no halla precisados los errores de derecho en la valoración de la prueba a que alude el recurrente, no puede desconocer esa valoración hecha por el fallador de instancia, que recorrió directamente los diversos puntos señalados en los títulos y marcados en el plano.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha nueve (9) de marzo de mil novecientos sesenta y cinco (1965), pronun-

ciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el juicio ordinario seguido por Textiles Samacá, S. A. contra Bertha Avila de Díaz.

Costas a cargo de la parte 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.



SOCIEDAD DE HECHO

Su posibilidad entre concubinos. - Error de hecho en la apreciación probatoria. - Alcance de la autonomía del juzgador en la valoración de la prueba indiciaria. - Error de derecho.

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

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

MARIELA PAEZ REYNA demandó ante el Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá, "a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por los cónyuges Miguel de Alexiades y Galusis y Elena Nomikou Cristodulaki, sociedad representada por esta señora, así como a la sucesión intestada de Miguel de Alexiades y Galusis, representada por la cónyuge supérstite, señora Helena Nomikou Cristodulaki vda. de Alexiades y por Demetrio Alexiades Cristodulaki, María (Marigo) Alexiades Cristodulaki de Ureña e Irene Alexiades Cristodulaki de Munujos, los tres últimos en su condición de hijos legítimos de los cónyuges citados, para que, previo el trámite de los juicios ordinarios de mayor cuantía, "se hicieran las siguientes o parecidas declaraciones:

"PRIMERA. — Entre la señorita Mariela Páez Reyna, mujer soltera, mayor de edad, vecina de Bogotá, con cédula de ciudadanía número 20072271 y Miguel D. Alexiades y Galusis, de origen griego, pero naturalizado en Colombia, con cédula de ciudadanía número 33141, se formó una sociedad de hecho que existió durante VEINTISEIS AÑOS contados desde comienzos de 1934 hasta el 10 de enero de 1960, día en que falleció en Bogotá el mencionado señor Alexiades.

"SEGUNDA.—Durante esos 26 años la sociedad de hecho reconocida en el punto anterior adquirió el patrimonio del cual forman parte los bienes muebles e inmuebles que se enumeran a continuación...". (Sigue en el libelo la correspondiente relación de bienes).

"TERCERA.—Procédase a liquidar dicha sociedad de hecho y distribúyanse los bienes enumerados en el punto anterior, junto con sus mejoras y frutos pendientes, en dos partes iguales: una para la demandante, señorita Mariela Páez Reyna, y otra para la herencia del señor Miguel D. Alexiades y Galusis, previa deducción del pasivo.

"CUARTA.—Ordénase la entrega a la demandante, señorita Mariela Páez Reyna, diez días después de ejecutoriada esta sentencia, de la mitad de tales bienes, equivalente a la cuota parte que en derecho le corresponde en la referida sociedad, más los frutos naturales y civiles que la hayan acrecido.

Petición Subsidiaria

"Caso de no prosperar las peticiones principales anteriores debe hacerse, como subsidiaria, la siguiente declaración:

"La sucesión del señor Miguel D. Alexíades y Galusis, representada por las personas mencionadas en la primera petición principal, debe a la señorita Mariela Páez Reyna, mujer soltera, mayor de edad, vecina de Bogotá, con cédula de ciudadanía número 20072261 de Bogotá, la suma de TREINTA MIL ($ 30.000.00) pesos, más los intereses de esta suma al seis por ciento (6%) anual, liquidados a partir del día treinta (30) de junio de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) hasta la fecha en que la obligación se satisfaga completamente; deuda que adquirió el señor Alexíades y que hizo constar en el documento firmado en Bogotá, el veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), reconocido junto con la firma del deudor

por el Notario 1º de Bogotá el día 26 de los mismos mes y año. Este pago se hará diez días después de ejecutoriada la sentencia, junto con los costos y costas del juicio, incluyendo agencias en derecho".

De los 26 hechos en que se apoya la demanda, se transcribe en seguida lo siguiente:

"1º—En noviembre de 1933 vino a Colombia, por primera vez, con el ánimo de establecerse en el país, obtener medios de subsistencia y buscar mejor fortuna, el señor Miguel D. Alexíades y Galusis, natural de Kalino, Grecia, hijo legítimo de Demetrio Alexíades y María Galusis. El señor Alexíades vino solo, sin familia ni compañía de ninguna clase, desprovisto de dinero, como quiera que al llegar a Bogotá, al finalizar el precitado año, apenas disponía de quinientos (US$ 500.00) dólares norteamericanos, es decir, apenas lo suficiente para atender a sus necesidades personales durante algunas semanas. Su propósito al radicarse en esta capital era el de elaborar un producto farmacéutico denominado 'Antibyxina Alex' y darlo al expendio, pero su precaria situación económica apenas le alcanzó para procurarse un modesto alojamiento, mientras buscaba los medios adecuados para alcanzar el objetivo propuesto.

"2º—Acorde con sus disponibilidades encontró albergue en la pensión de las señoritas Lucrecia, Inés, Ana Lucía y Mariela Páez Reyna, instalada en la carrera 7ª, entre calle 18 y 19 de Bogotá, a donde se trasladó algunos días después de su llegada a esta ciudad. Allí entabló relaciones amistosas con una de las cuatro dueñas de la pensión, doña Mariela Páez Reyna, relaciones que fueron íntimas durante veintiseis (26) años desde comienzos de 1934, cuando la pensión se trasladó a otro local de la carrera 8ª, entre calles 19 y 20, de esta misma ciudad, donde continuó viviendo el señor Alexíades, sin que fuera el concubinato un fin en sí mismo, ya que la unión convenía a una serie coordinada e inequívoca de negocios conjuntos y de utilidades patrimoniales, como se expone en los hechos siguientes:

"3º—El establecimiento de la pensión en la carrera 8ª, entre calles 19 y 20, se debió, pues, tanto a la necesidad de alojarse independientemente el señor Alexíades y doña Mariela Páez, como a la de explotar ese negocio, siendo doña Mariela la directa encargada de su manejo. Con los rendimientos acumulados en cerca de dos años, compraron un lote por la suma de cuatro mil quinientos sesenta y cuatro ($ 4.564.00) pesos, ubicado en el Barrio Quesada, de Bogotá, con frente a la calle 51, entre carreras 15 y 16, como consta de la escritura Nº 1023 de 17 de septiembre de 1935, otorgada ante el Notario Quinto de Bogotá, registrada en este circuito el 2 de octubre del mismo año, en el Libro Primero, pág. 475, número 5433 y matriculada en la página 81 del tomo 22. En el instrumento figura como adquirente exclusivo el señor Alexíades y así ocurrió con todos los que acreditan compras posteriores. Los linderos de este solar están determinados en la relación contenida en el punto segundo de la parte petitoria del presente libelo.

"4º—Al promediar el año de 1936 la pensión se trasladó a una casa de propiedad del señor Francisco Rocha, ubicada en la calle 24 y distinguida con el número 7-59. Pero en este local ya figuraron como propietarios conjuntos don Miguel D. Alexíades y doña Mariela Páez Reyna, hasta el extremo de que fue él quien suscribió el contrato de arrendamiento y se comprometió a responder por las instalaciones que habían sido entregadas a ambos, bajo riguroso inventario. Esta pensión fue explotada por los dos dueños y de ella derivaban los medios para subsistir y otras ganancias patrimoniales.

"5º—En ese mismo local de la calle 24 apartaron una alcoba para instalar el rudimentario dispositivo destinado a producir ampolletas de 'Antibyxina Alex' que el señor Alexíades y la señorita Páez trabajaban y distribuían, ayudados, a veces, en las tareas subalternas, por la muchacha del servicio y un sobrino de ésta. De manera que uno y otra se hicieron a un doble ingreso procurado, percibido y administrado conjuntamente: el negocio de la pensión y la fabricación incipiente de la droga. Andando el tiempo y en vista de que el comercio hacía pedidos cada vez más grandes de 'Antibyxina', la instalación hubo de ensancharse y así fueron tomadas otras habitaciones destinadas a huéspedes, hasta que la pensión fue absorbida completamente y desapareció.

"6º—En el solar comprado en la calle 51, entre carreras 15 y 16, de que trata el hecho 3º de esta demanda, fue construído con fondos provistos por el trabajo de ambos, un edificio de varias plantas, distinguido con el número 15-39 de la citada calle 51, para que satisfaciera esta triple finalidad: a) Disponer de un local adecuado para el laboratorio productor de 'Antybixina',

en vista del extraordinario desarrollo del negocio; b) Disfrutar de una habitación propia en donde el señor Alexíades y la señorita Páez Reyna convivieron desde 1940 hasta enero de 1960, en que falleció aquél; c) Usufructuar de una renta por concepto de alquileres de los departamentos restantes. Este triple objetivo se cumplió plenamente desde que se trasladaron a vivir allí.

"8º—Al concluír este edificio (calle 51 Nos. 15-39 y 15-53) y al instalar en él el laboratorio y la común habitación en el departamento Nº 301, doña Mariela Páez no sólo era la señora de la casa donde convivió con el señor Alexíades, pues ella compró algunos muebles para la nueva instalación, hizo refaccionar los que habían adquirido antes y que usaron en la última pensión de la calle 24, sino la administradora general: arrendaba los apartamentos, los entregaba a los inquilinos, se entendía con todo lo concerniente a reparaciones locativas, recibía los arriendos, que, a veces, eran pagados también al señor Alexíades; circunstancias que crearon la convicción de que ella era condueña del edificio.

"9º—Instalado definitivamente el laboratorio en el nuevo local de la calle 51, número 15-39, la persona responsable de su funcionamiento fue, hasta su clausura en 1954, doña Mariela Páez. Ella nombraba las empleadas, cuyo número llegó a 28, les daba tareas, las instruía, las seleccionaba, en fin, las dirigía con absoluta libertad de mando. Convenía, también, los sueldos y los pagaba, así como las prestaciones; controlaba el trabajo de ellas; las sancionaba en caso de incumplimiento; concedía licencias; las reprendía y despedía sin consultar a ninguna persona. El señor Alexíades no intervenía en la designación ni en el manejo de las operaciones y éstas apenas lo identificaban como condueño de la empresa, mas sin que existiera entre él y ellas ninguna relación personal.

"11º—De igual modo, la adquisición de elementos para el laboratorio: muebles, materias primas, ampolletas, cajas para empaques, así como los contratos de seguros de transporte de la mercancía dentro del país y fuera de él, se hacían conjuntamente o por disposición autónoma de la señorita Páez Reyna o del señor Alexíades. Y los pagos de tales materias y las primas de los seguros eran atendidos indistintamente por el uno o por la otra, mediante cheques girados por él o por ella, sobre sus cuentas bancarias respectivas, sin que mediara consulta en cada caso particular.

"12º—Muchas veces viajó el señor Alexíades a distintas ciudades de Colombia, entre las cuales se recuerda a Cali, Barranquilla, Girardot, Medellín, Ibagué y otras localidades del departamento del Tolima. Varios viajes hizo fuera de Colombia, a Cuba, México, El Salvador, Brasil, Costa Rica, Perú, Venezuela, Panamá, Estados Unidos, Canadá, Chile, Argentina, España y Grecia. Su ausencia duraba hasta seis meses, tiempo durante el cual el giro de los negocios quedaba por completo a cargo de doña Mariela Páez, quien debía duplicar sus esfuerzos para atender la administración de los inmuebles y el rendimiento del laboratorio, además de las otras actividades que naturalmente iban desprendiéndose de éstas. Jamás objetó el señor Alexíades la manera como se manejaban los intereses comunes a él y a doña Mariela, y, antes bien, vivía muy reconocido por los éxitos financieros que cada año obtenía su compañera.

"13º—En algunas ocasiones viajó don Miguel Alexíades con doña Mariela Páez Reyna al exterior, a Estados Unidos, al Brasil, y al Perú. La ausencia se debió en este caso al montaje de un laboratorio similar al de Bogotá, permaneciendo ambos en Lima durante seis meses. En ese tiempo, y así ocurrió cuantas veces tuvo necesidad de salir doña Mariela de Bogotá, lo que prueba su participación necesaria, e insustituíble, se suspendió la producción y quedó clausurada toda actividad que no fuera la de atender los pedidos de la droga ya fabricada y almacenada, gestión atribuída a un empleado que obraba por cuenta de los dos empresarios.

"14º—Con las utilidades obtenidas por concepto de ventas de 'Antibyxina' y con el valor de los arriendos del edificio de la calle 51, número 15-39, don Miguel D. Alexíades y doña Mariela Páez fueron adquiriendo a título de compraventa los inmuebles y muebles (artículos de platería, vajillas, adornos y demás elementos necesarios para el hogar dentro de exigencias cada vez más gravosas, vehículos automotores, acciones bursátiles, depósitos bancarios), que se relacionan e individualizan en el punto segundo de la parte petitoria de la presente demanda y cuya nueva enumeración en este lugar sería redundante.

"Los bienes aparecen comprados por el señor Alexíades y, efectivamente, él firmaba las escrituras de adquisición de inmuebles y las facturas de los muebles; él gestionaba la compra o la venta de acciones de empresas comerciales, de dentro y fuera del país, acciones que a

su vez producían dividendos que, sumados a la renta de los edificios y al ingreso por concepto del laboratorio, aumentaron extraordinariamente el patrimonio común. Pero todos estos valores fueron hechos a base del trabajo directo, material y conjunto con doña Mariela Páez Reyna y son fruto de la coordinación de los esfuerzos realizados con ella para crearlos, desde que se unieron para ese fin, todo dentro de un régimen de recíproca confianza. De este modo se formó en veintiseis años de labor ininterrumpida, la fortuna representada como se indica en el referido punto SEGUNDO de la sección petitoria.

"Estos bienes son los inventariados dentro del juicio de sucesión del señor Alexíades y Galusis, como patrimonio exclusivo de éste, según denuncias hechas por quienes tienen interés en que se les adjudiquen y que son las mismas personas contra quienes se dirige la presente demanda; de modo que se pretende disponer de una totalidad que no pertenece a la mencionada sucesión, ya que la mitad de tales bienes pertenece a la señorita Páez Reyna. Además, no puede asegurarse que dentro de ese inventario esté todo el haber que figura como del causante, porque él mantenía depósitos en bancos del extranjero y comerciaba en acciones de empresas de fuera del país. De modo que la acción **prosocio** tiene por objeto dividir no sólo las cosas expresadas, sino todas las que hayan sido adquiridas a nombre del señor Alexíades desde comienzos de 1934, hasta el 10 de enero de 1960, mientras duró la asociación de esfuerzos con mi mandante.

"15º—Tal fue la intensidad con que se trabajó en el laboratorio y tan grande la acumulación de droga que en el año de 1954 tuvieron que suspender su producción, ya que las existencias resistían el consumo de varios años. A pesar de la demanda, el laboratorio continúa cerrado y hasta la fecha de iniciar esta acción sigue dentro del mismo régimen de clausura establecido hace más de un lustro por la señorita Páez Reyna: las máquinas en su lugar con el embalaje original, los muebles y demás elementos como ella quiso que quedaran guardados y los depósitos con buena provisión de 'Antibyxina Alex'.

"16º—A veces separaban fraccionariamente utilidades y las destinaban a gastos personales del señor Alexíades y de doña Mariela Páez. Fue así como él pudo atender fuertes erogaciones, referidas en el hecho 20 y como ella reunió la cantidad de treinta mil ($ 30.000.00) pesos que el año de 1958 dio en mutuo al señor Alexíades, con interés del 6% anual, crédito que debía ser pagado el 30 de junio de 1949, pero que no lo fue, de modo que aún se adeuda, junto con los réditos pactados hasta el día en que la obligación se satisfaga completamente. Y fue así como adquirió también para sí unas cédulas del Banco Central Hipotecario.

"17º—Don Miguel D. Alexíades y Galusis había contraído matrimonio en Atenas, Grecia, el 11 de mayo de 1916 con la señora Elena Nomikou Cristodulaki, pero a Colombia vino solo, en noviembre de 1933, como está dicho, pues no se entendió con su esposa y vivieron separados, al menos desde el año últimamente indicado (1933) hasta su muerte, ocurrida en Bogotá en enero de 1960. La cónyuge Nomikou Cristodulaki residió desde entonces en España sin preocuparse de los negocios y demás actividades de su esposo, y, por eso mismo, sin que contribuyera en nada al crecimiento de una fortuna cuya participación en gananciales reclama en la mortuoria de su cónyuge. Ella jamás vino a Colombia, y cuando el señor Alexíades viajó a Madrid no modificó las yertas relaciones de cortesía que los distanciaban. De allí el que todas las personas que algo tuvieron que ver en la existencia y labores del señor Alexíades en Colombia lo consideraran soltero, llegando, muchas de ellas a creer que su legítima esposa era doña Mariela Páez Reyna.

"18º—Dentro del matrimonio celebrado en Atenas con doña Elena Nomikou Cristodulaki, el señor Alexíades tuvo cuatro hijos, llamados María (a quien familiarmente se le conoce con el nombre de Marigó), Irene, Demetrio y Miguel Alexíades Cristodulaki; los tres primeros residen en las vecindades de que doy cuenta en esta demanda y el último murió. Ninguno de los cuatro se entendió con los negocios de su padre, ni supieron cómo se manejaban, pues los que vinieron a Colombia lo hicieron cuando la fortuna era próspera para don Miguel D. Alexíades y Galusis, cuando disponía de un patrimonio cuantioso amasado con el duro trabajo de doña Mariela Páez Reyna. Uno de los nombrados, el señor Miguel Alexíades Cristodulaki, llegó en enero de 1949, siendo estudiante; graduado en 1953, enfermó un año después y falleció en Nueva York, en 1955, sin dejar descendencia. Otro, de nombre Demetrio Alexíades Cristodulaki ingresó a Colombia en 1955, volvió a España y más tarde retornó a nuestro país. Doña Irene, la otra hija, como su señora madre, jamás entró a Colombia y María (Marigó), sólo

vino en julio de 1945. No hubo, pues, oportunidad para que los hijos de don Miguel D. Alexíades y Galusis contribuyeran en forma efectiva al incremento del patrimonio que reclaman en su totalidad, desconociendo que la mitad de los bienes dejados por su padre como de propiedad de él, pertenecen a una tercera persona que es mi mandante.

"19º—Las relaciones de los hijos de don Miguel D. Alexíades cuando vinieron a Colombia, fueron muy cordiales, hasta exageradamente afables con doña Mariela Páez Reyna. Llegaban a la casa donde su padre convivía con ella, ubicada, como está expuesto, en la calle 51 Nº 15-39, apartamento 301, y allí recibían atenciones, amabilidades y servicios y afectos hogareños; familiaridad y buen trato recíprocos estimulados por los sentimientos del señor Alexíades y Galusis, quien siempre guardó para su compañera estimación y altos miramientos que no amenguaron en ninguna de las situaciones que se le presentaron desde que la conoció hasta su muerte.

"20º—A pesar del distanciamiento, que al menos durante 27 años tuvo con su cónyuge, don Miguel D. Alexíades procuraba que ella no soportara privaciones en España y, además de los recursos que le hacía llegar, adquirió, para la familia formada con ella, con los dineros provenientes de las utilidades obtenidas en los negocios conjuntos con doña Mariela Páez Reyna, en el año de 1953, una casa veraniega en el 'Hoyo de Manzanares' encuadrada en la Sierra del Guadarrama; y, luego, con fondos de la misma fuente compró dos pisos de un edificio en el Nº 40 de la calle Alcántara, Madrid, uno para su hija María (Marigó) y otro para la cónyuge Elena Nomikou Cristodulaki.

"21º—Don Miguel D. Alexíades y Galusis tuvo el justo propósito de entregar a doña Mariela Páez Reyna la participación que a ésta correspondía en la fortuna trabajada conjuntamente por los dos, y hasta en una ocasión dijo haber comprado un inmueble para ella. Sin embargo, sus últimas determinaciones fueron las de vender gran parte de los bienes y marcharse a Europa, donde ella no fuera conocida y no sintiera el desagrado de su posición de simple compañera. En estas consideraciones lo sorprendió la muerte. Sin embargo, como prueba de reconocimiento de la gran deuda que mantenía a favor de la señora Páez Reyna, el 21 de febrero de 1958 otorgó un testamento parcial en el cual legó a ésta el derecho de usufructo vitalicio de una parte del edificio situado en la carrera 16 y distinguido en su puerta de entrada con el número 50-36, testamento que consta en la escritura pública número 959, del 21 de febrero de 1958, otorgado en la Notaría Cuarta de este Circuito y cuya diligencia de apertura fue protocolizada por escritura Nº 1068 de 1960 otorgada en la misma Notaría.

"23º—El 10 de enero de 1960 falleció en esta ciudad don Miguel D. Alexíades y Galusis, sin haber dividido el patrimonio personal suyo que estaba y está confundido con el de la señorita Páez Reyna; sin haber pagado el capital y los intereses de que trata el documento relacionado en el hecho 15º (sic.) y dejándole a su socia nada más que el usufructo parcial de que trata el hecho 21º.

"24º—La cónyuge supérstite, doña Elena Cristodulaki v. de Alexíades y los hijos habidos dentro del matrimonio, Demetrio, Irene y María (Marigó), pidieron se abriera la sucesión del difunto, lo que así decretó el Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá por auto del 21 de marzo de 1960; auto en el cual reconoció a las tres últimas personas como herederas del causante y a la cónyuge su opción de gananciales. Además, dentro del juicio de sucesión se enumeraron ya los bienes relictos y se ha practicado el inventario y avalúo de los mismos. Estos bienes son los mismos que se relacionan en el punto SEGUNDO de la parte petitoria del presente libelo y a los cuales hago referencia expresa en el hecho 14º, porque, aparentemente, figuran a nombre del causante; pero la realidad jurídica es que a éste sólo pertenece una mitad, y la otra a mi mandante.

"Los muebles de que trata el citado punto SEGUNDO de la parte petitoria fueron tomados del apartamento Nº 301 del edificio de la calle 51 Nº 15-39, donde don Miguel D. Alexíades y Galusis convivió durante veinte años con la señorita Páez Reyna, es decir, del mismo lugar donde residió hasta su muerte, sin discriminación ninguna, dejando a la demandante carente de los muebles y enseres (camas, mesas, asientos, hasta utensilios de cocina) más indispensables para instalarse en uno de los apartamentos cuyo usufructo testamentario le quedó, según lo dicho en el punto 21º.

"25º—Dentro del juicio de sucesión de que trata el hecho 24º doña Mariela Páez Reyna aceptó la asignación testamentaria que le hizo el señor

Alexíades en escritura 959 de 21 de febrero de 1958, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, pero expresamente dejó a salvo la presente declaración de su patrimonio como partícipe de la sociedad de hecho formada con el mencionado señor. Así lo hizo saber al Juez Séptimo Civil de este Circuito en el memorial-poder que me confirió el 25 de abril de 1960; así lo manifesté al juzgado en escrito del 31 de mayo próximo pasado y así lo aceptó ese despacho en auto de 16 de mayo de 1960.

"26º—La sociedad conyugal formada por e matrimonio de don Miguel D. Alexíades y doña Elena Nomikou Cristodulaki quedó disuelta por la muerte de aquel (Arts. 152 y 1880 del C. C.), pero aún no se ha hecho la liquidación de la masa, ni dentro del juicio de sucesión del señor Alexíades y Galusis, ni en ninguna otra forma. En el actual estado, los representantes de esa comunidad ilíquida de bienes son los hijos Demetrio, Irene y María Alexíades Cristodulaki, los tres como herederos universales del finado, y la nombrada cónyuge sobreviviente".

La sentencia de primer grado, dictada el 18 de mayo de 1963, determina:

"1º—No se hacen las declaraciones principales 1ª, 2ª, 3ª y 4ª sobre existencia de sociedad de hecho, y en consecuencia, ABSUELVESE a los demandados Elena Nomikou Cristodulaki v. de Alexíades —como representante de la sociedad conyugal— que en vida formó con el señor Miguel D. Alexíades y Galusis, y Demetrio Alexíades Cristodulaki, mayor y vecino de Bogotá, María (Marigó) Alexíades Cristodulaki de Urueña e Irene Alexíades Cristodulaki de Munujos— como representantes de la sucesión del señor Miguel D. Alexíades y Galusis.

"2º—Por ser absolutoria la sentencia, no hay lugar a deducción de excepción perentoria alguna.

"3º—SUBSIDIARIAMENTE, se condena a los demandados Elena Nomikou Cristodulaki v. de Alexíades— representante de la sociedad conyugal formada con el causante Miguel D. Alexíades y Galusis, y a los herederos de éste, señores Demetrio Alexíades Cristodulaki, mayor y vecino de Bogotá, María (Marigó) Alexíades Cristodulaki de Urueña e Irene Alexíades Cristodulaki de Munujos, mayores y vecina la primera de Madrid (España) y la segunda de Barcelona (España), a pagar a la señorita Mariela Páez Reyna, mayor y de esta vecindad, la suma de TREINTA MIL PESOS ($ 30.000.00), junto con los intereses del seis por ciento anual (6%), a partir del día 30 de junio de 1949 en adelante, pago que harán diez días después de la ejecutoria de esta sentencia.

"4º—Se condena a la parte demandante a pagar las costas en cuanto no prosperaron las peticiones principales.

"5º—Asimismo se condena a la parte demandada a pagar las costas causadas en cuanto a la petición subsidiaria que prosperó".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de 27 de agosto de 1964, confirmó en parte la sentencia de primer grado y la revocó en otra, en los siguientes términos:

RESUELVE:

"1º—Confirmar los numerales primero, segundo y tercero de la parte resolutiva del fallo apelado.

"2º—Revocar los numerales cuarto y quinto resolutivos del mismo fallo.

"3º—Se declara no probada la prescripción alegada en esta instancia.

"4º—Sin costas en ninguna de las instancias del juicio".

Fundamentos de la sentencia acusada.

Examina en primer lugar la competencia del juez de primera instancia que recibió la demanda, y dice que aunque la demandante citó al juicio a la sucesión de Miguel D. Alexíades, representada por sus herederos y a la sociedad conyugal de aquél representada por la cónyuge supérstite y aunque la sociedad conyugal y la herencia carecen de capacidad para ser parte, pues ésta sólo asiste a las personas jurídicas y a las naturales (Art. 230 del C. J.) y la sucesión y la sociedad conyugal no son ni lo uno ni lo otro, esa impropiedad del libelo para señalar el sujeto pasivo de la relación jurídico-procesal no significa que falte el presupuesto procesal en estudio, pues, como lo ha sostenido la Corte, "demandar a la sucesión de N. N., como tales, directamente, son formas equivalentes, representativas de una misma idea: la de que el extremo pasivo de la acción y de la relación procesal es el heredero y no la sucesión, no la comunidad universal, no el patrimonio del difunto, sino el sucesor". (G. J. 2145, pág. 325).

Respecto al fondo del pleito y a las peticiones en él incoadas, la sentencia contiene el análisis que a continuación aparece, tomado del estudio del Tribunal:

Importa determinar si entre la demandante y el causante de los demandados existió la sociedad de hecho a que se refiere la primera súplica del libelo, pues, es de ella de donde han de tomar vida las demás pretensiones que se acumulan de manera sucesiva en las peticiones principales de la demanda, motivo por el cual el estudio de las acciones consecuenciales de la primera incoada por la demandante sólo podrá avocarse en el caso de que la referente a la declaratoria de la sociedad de hecho esté llamada a recibir un pronunciamiento favorable.

De manera uniforme ha venido sosteniendo la jurisprudencia, la existencia de las sociedades de hecho y la posibilidad de que éstas se lleguen a dar entre concubinos. Los artículos 2083 del C. C. y 472 del Código de Comercio reconocen de manera expresa tal clase de sociedades y por lo que respecta a las que se forman entre concubinos, ellas han sido admitidas por la Corte Suprema de Justicia, Corporación ésta que en sentencias de 30 de noviembre de 1935 (G. J. Nº 1901-2, pág. 476), 19 de mayo de 1950 (G. J. Nº 2081-82, pág. 192), 1º de octubre de 1953 (G. J. Nº 2135, pág. 481), 26 de marzo de 1958 (G. J. Nº 2194, pág. 490) y 20 de mayo de 1959 (G. J. Nº 2211-12, pág. 553), para no citar más, han reconocido la posibilidad de que entre concubinos se forme por los hechos una sociedad cuando se dan los requisitos y circunstancias indispensables al efecto.

"Tendientes a demostrar las circunstancias constitutivas de la sociedad de hecho que se formó por la explotación de los negocios de hotel y de la elaboración y venta de la 'Antibyxina Alex', obran en autos las declaraciones de nudo hecho, ratificadas dentro del término probatorio del juicio, de Santiago de la Mora (fs. 125 a 127 cdn. 1º y 16 vto. a 17, cd. 2º) Bernarda Díaz (fs. 129 vto. a 132, cdn. 1º y 11, cdn. 2º), Eduardo Bodmer Bernal (fs. 139 a 142, cdn. 1º y cdn. 2º), Alicia Vásquez Barreto, María Elena Rey, Cecilia Vásquez Barreto (fs. 143 vto. a 146, cdn. 1º, 21, 25 vto. cdn. 2º), Emma Rodríguez de Guevara, Clara Ruge de Beltrán, María Solórzano de Cuervo, José Caicedo Barón (fs. 147 vto. a 151, cdn. 1º, y 26 vto. 24 vto. 19, cdn. 2º), Francisca Bravo Quiñones, Luis Alberto Castiblanco (fs. 152 a 156 cdno. 1º, y 12 vt. 14, cudn. 2º), Carlos Belén Pizano y Jorge Regueros Peralta (fs. 157 a 161 cdn. 1º, y 24/26 cdn. 2º). También declararon durante el término probatorio del juicio Elvia García de Bodmer (fs. 17 vto. a 19, cdn. 2º), José Luis Chavarriaga (fs. 19 a 20), Elvira Rivas Enciso de Look, Inés Vásquez de Silva (fs. 21 vto. a 23, cdn. 2º), Lucía Moreno de Vásquez (fs. 27 cdn. 2º) y Andrés Aistidu (fs. 54 vto. a 56 cdno. 2º).

"Bernarda Díaz, Agustín García, Francisco Bravo Quiñones, Luis Chavarriaga, Elvira Rojas Enciso de Look, Eduardo Bodmer Bernal y Santiago E. de la Mora, son los deponentes que se refieren a las primeras actividades económicas que ejecutaron don Miguel D. Alexíades y doña Mariela Páez, esto es a la explotación de un hotel y a la elaboración en una pieza de la casa donde la pensión funcionaba del producto 'Antibyxina Alex'. Los demás deponentes narran la actividad de Mariela y Miguel en el manejo del laboratorio que funcionaba en el edificio de la calle 51 con la carrera 15 de Bogotá, lugar donde se fabricó en gran cantidad aquella droga para darla al mercado nacional e internacional y a la participación de la compañera del causante de los demandados en la administración de los apartamentos de dicho edificio. Unos y otros deponentes se refieren a la vida que en común hacían don Miguel y doña Mariela, quienes bajo un mismo techo convivían.

"Dice Bernarda Díaz en su declaración que Miguel D. Alexíades se alojó en una pensión manejada por la demandante y las hermanas de ésta a fines del año de 1933. Expone que cuando llegó a trabajar en esa pensión, que funcionaba entre las calles 18 y 19 de la carrera séptima de esta ciudad, ya se encontraba alojado allí el señor Alexíades, desde hacía unos pocos días. Agrega que **'luego nos pasamos a la pensión de la carrera 8ª entre calles 19 y 20 y allí siguió el doctor Miguel como inquilino.** Más o menos en este sitio —relata la deponente— fue cuando el doctor Miguel trabó relaciones con la señoria Mariela, siendo esto ya en 1934. **Después el doctor Miguel y la señorita Mariela alquilaron la casa de un señor Rocha en la calle 24 Nº 7-59 y pusieron una pensión por cuenta de ellos dos y entonces yo me fuí al lado de ellos poco más o menos en 1936.** A mí me dio pena de la señorita Mariela porque **la familia de ella no le volvió a hablar, pues, sus hermanas se pusieron furiosas con el doctor Miguel'.**

"Agustín García expone: 'Conocí al señor Miguel D. Alexíades desde el año de 1933, cuando

él llegó a Bogotá, por recomendación directa que me hizo la casa comercial de Jorge Garcés B. de Cali, de la cual era yo distribuidor (sic.) en mi negocio de drogas de esta ciudad con el fin de que yo lo atendiera y me hiciera cargo de la distribución del producto medicinal llamado 'Antibyxina', que Alexíades se proponía elaborar...'. Agrega el deponente que Alexíades se hospedó pocos días después de llegar a Bogotá en la pensión de la familia de la demandante, a donde **'concurría yo casi a diario en busca del señor Alexíades'**.

"Recuerdo que muy en seguida de que el señor Miguel D. Alexíades se pasó a vivir donde la familia Páez Reyna —dice el declarante— el señor Alexíades y doña Mariela Páez Reyna entablaron estrechas relaciones de amistad y algún tiempo después montaron ellos dos una pensión en la calle 24 entre las carreras 7ª y 9ª ya que allí no hay carrera 8ª y en ese establecimiento de común acuerdo los dos iniciaron en forma rudimentaria la fabricación del producto medicinal de nombre 'Antibyxina'." Manifiesta el señor García que las relaciones entre la demandante y la familia de ésta se rompieron debido a la amistad de Mariela con Alexíades.

"Francisca Bravo Quiñones dice en su exposición: 'Conocí al señor Miguel D. Alexíades como inquilino de la pensión que hacia 1934 o 1935 tuvieron las señoritas Lucrecia Páez Reyna y hermanas en la carrera octava (8ª) entre calles 19 y 20 de esta ciudad de Bogotá. Tiempo después volví a ver al doctor Alexíades en la calle veinticuatro (24) número siete cincuenta y nueve (7-59) en la pensión que él y Mariela habían montado, pensión que era manejada casi totalmente por Mariela por cuanto el doctor Alexíades poca atención le prestaba a la pensión'. También dice la testigo, lo mismo que los otros dos declarantes antes referidos, que en un cuarto de esa pensión se principió a elaborar la 'Antibyxina Alex', en forma rudimentaria pero con éxito y rendimiento.

"El doctor Luis Chavarriaga expone que vivió en la pensión de la calle 24 con carrera séptima, que manejaban conjuntamente Alexíades y Mariela y que en una de las piezas de la casa donde funcionaba esa pensión 'existió un pequeño laboratorio, en el cual trabajaban conjuntamente el Dr. Alexíades y la señorita Páez Reyna, ahí les colaboraba el servicio doméstico y ahí se preparaban una inyecciones contra la gripe, que se llamaban Antibyxina Alex (sic.). En **esa misma pensión, cuando yo llegué a ella**, —expresa el testigo— vivía el papá y una hermana de la señorita Mariela'. (se subraya).

"Doña Elvira Rojas Enciso de Look dice que conoció al doctor Alexíades desde cuando llegó a Bogotá y se hospedó en la pensión de las Páez Reyna, 'que fue en el año de 1935', 'si mal no recuerdo'. En esa pensión, dice la deponente, el señor Alexíades inició en asocio de la señorita Mariela Páez, el laboratorio Alex; después el señor Alexíades y Mariela Páez pusieron una pensión en la calle 25 con carrera 9ª, allá siguieron el laboratorio y por tal razón mantuvieron relaciones personales, comerciales, industriales y hogareñas...'.

"El declarante Santiago E. de la Mora expone que conoció a Miguel D. Alexíades en junio de 1939 y que para esa época 'ya el producto Antibyxina era de gran consumo dentro del país y fuera de él'. 'Poco antes de la segunda guerra mundial —dice el doctor de la Mora— el doctor Alexíades acumuló en los depósitos del edificio grandes cantidades de materias primas, preveyendo (sic.) la conflagración'.

"Don Eduardo Bodmer Bernal expone también que Alexíades y Mariela tuvieron una pensión en la calle 24 con la carrera 7ª de Bogotá, 'la cual era explotada conjuntamente por los dos y de la cual ambos derivaban utilidades'. Pone igualmente de presente el declarante que en dicha pensión Mariela y Miguel 'montaron un laboratorio de drogas, especialmente dirigido hacia la producción de Antibyxina...'.

"Ahora bien, si según las exposiciones juradas de las personas que conocieron más de cerca la iniciación y desarrollo de las relaciones entre Miguel D. Alexíades y Mariela Páez Reyna, el causante de los demandados no tuvo ninguna ingerencia en el manejo de la pensión que funcionó en la carrera 8ª entre calles 19 y 20 de esta ciudad, pues, como lo dice la testigo Bernarda Díaz 'allí siguió el doctor Miguel como inquilino', las afirmaciones que contiene el hecho tercero de la demanda aparecen desvirtuadas por las mismas pruebas aportadas por la actora, ya que si según la testigo que se acaba de mencionar y las manifestaciones de García y de Francisca Bravo Quiñones, doña Mariela Páez Reyna y el doctor Alexíades sólo abandonaron la pensión de la familia de la demandante cuando se trasladaron a la casa de la calle 24 con la carrera séptima de Bogotá, se debe concluir que no es cierto que la pensión de la carrera 8ª

entre calles 19 y 20 de Bogotá hubiera sido explotada por Mariela y Miguel, pues, éste en esa pensión, que perteneció a la familia de la demandante, era un comensal, y no uno de sus empresarios.

"Y si Mariela y Miguel no explotaron la pensión de la carrera 8ª entre calles 19 y 20 de Bogotá, no puede ser cierto que el segundo hubiera adquirido 'con los rendimientos acumulados en cerca de dos años' de dicha pensión un lote ubicado en la calle 51 entre carreras 15 y 16 de esta ciudad, inmueble que en sentir de la actora, pertenece a la sociedad de hecho a que se refiere la primera súplica de la demanda, puesto que dicho bien lo compró Alexíades el 17 de septiembre de 1935, tal como lo demuestra plenamente la escritura número 1023, otorgada en aquella fecha ante la Notaría Quinta de esta ciudad, que en copia, debidamente registrada, se acompañó a la demanda (fs. 1 a 3 del cd. 1º) y para esa fecha únicamente se puede aceptar la existencia del concubinato de Alexíades con Mariela, pero no la de un vínculo económico entre los amancebados, ya que éstos, según los testimonios referidos, sólo montaron la pensión de la calle 25 con la carrera séptima de Bogotá a mediados de 1936.

"Se tiene, pues, demostrado, con los mismos elementos de convicción aportados por la demandante que no son ciertas las afirmaciones que ella hace en el hecho tercero de su libelo, ya que el lote de terreno del barrio Quesada de Chapinero no lo pudo adquirir Miguel D. Alexíades, con las utilidades obtenidas en la explotación de una pensión perteneciente a los amantes, por la potísima razón de que antes de promediar el año de 1936 aquellos no habían 'montado' ningún hotel y el título de adquisición de tal bien data del año anterior.

"Se dice en la demanda que Miguel D. Alexíades llegó a Colombia 'desprovisto de dinero', al finalizar el año de 1933, con el propósito de elaborar y dar al mercado la 'Antibyxina Alex'. El testigo Agustín García expone que a él se le confió la labor de distribuír tal producto. Y al ser interrogado sobre si conocía a doña Mariela Páez Reyna, expone que la conoció 'exactamente desde el día en que el señor Miguel D. Alexíades se fue a vivir a la pensión de la familia de ella, puesto que a dicho lugar concurría yo casi a diario en busca del señor Alexíades'.

"Ahora bien, si Alexíades llegó a Colombia en 1933 apenas con 'lo suficiente para atender a sus necesidades personales durante algunas semanas' y si en septiembre de 1935, antes de que 'montara' con su amante una pensión, había capitalizado la suma de cuatro mil quinientos sesenta y cuatro pesos ($ 4.564.00) para comprar el lote de que da cuenta la escritura número 1023, ya citada, es lógico concluír que esa suma de dinero la adquirió el causante de los demandados en la elaboración de la 'Antibyxina Alex'. Por ello, se explica la manifestación que hace el declarante García de concurrir casi a diario en busca de Alexíades, pues, aquel era el distribuidor de la droga que el último preparaba. Por ello, también, Alexíades, el 3 de marzo de 1934, pocos meses después de su llegada a Bogotá, obtuvo a su favor el 'registro de la marca de fábrica y de comercio que consiste en la denominación 'ANTIBYXINA ALEX'..., de lo cual da cabal cuenta la copia que aparece a folios 104 vto. y 105 del cuaderno 3º, que, solicitada como prueba por la parte demandante, fue aportada al juicio en legal forma.

"No se puede, pues, aceptar, como se pone de presente en el hecho quinto de la demanda, que sólo 'al promediar el año de 1935', Miguel D. Alexíades hubiera principiado a elaborar en Colombia la 'Antibyxina Alex', puesto que si aquél llegó a Bogotá, en noviembre de 1933, carente de medios económicos, tuvo que ser con las utilidades que le proporcionaba la elaboración de tal droga, que pudo subsistir y comprar en septiembre de 1935, de contado, según lo establece la escritura 1023, un lote de terreno por la no despreciable suma de dinero para aquella época de cuatro mil quinientos sesenta y cuatro pesos ($ 4.564.00).

"Y que Alexíades venía explotando la droga antes de que se instalara con su amante en la pensión de la calle 24 con la carrera séptima, lo cual ocurrió 'al promediar el año de 1936', es cosa que pone de presente doña Elvira Rivas Enciso de Look, en la declaración que rindió durante el término probatorio del juicio a petición de la parte actora (fls. 21 vto. y ss, cdn. 2º).

"Se tiene, pues, que 'al promediar el año de 1936', entre Alexíades y Mariela no se había formado ninguna sociedad de hecho, proveniente de la explotación de un negocio de hotel por parte de aquellos y que para esa época Miguel D. Alexíades era propietario de una marca de fábrica y comercio, cuya explotación le estaba proporcionando muy buenas utilidades con las

cuales había adquirido, meses antes, un inmueble de considerable valor.

"En las circunstancias vistas en que se encontraba Alexíades en el año de 1936, pudo formarse entre él y doña Mariela Páez Reyna una sociedad de hecho que tuviera por objeto la explotación de una pensión y de un laboratorio?

"Para poder responder a ese interrogante es preciso considerar:

"La sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación (Art. 2079 del C. C.)".

"Los elementos esenciales del contrato que define el Art. 2079 del C. C., esto es: 'aporte de dos o más personas; fondo común constituído con dicho aporte; objeto o fin de especulación; distribución de ganancias y de pérdidas, y voluntad de asociación' (G. J. LXXI, pág. 342), deben hallarse presentes, también, en las sociedades de hecho para que éstas alcancen existencia jurídica, y puedan darse por demostradas judicialmente. Así lo ha dicho la Honorable Corte en sentencias del cinco y del treinta de agosto de 1954, que aparecen publicadas en la Gaceta Judicial Nº 2141, páginas 252 a 257 y 407 a 412.

"En la primera de las sentencias dichas dice la H. Corte:

"La sociedad de hecho debe reunir en su integridad los elementos esenciales de las sociedades regulares, con excepción de las solemnidades que fueren prescritas especialmente por la ley; y a menudo su existencia se infiere por medio de simples presunciones...".

"Y en la segunda expresa: 'Para que pueda tenerse por demostrada la existencia de una sociedad de hecho es menester que se acrediten aquellos elementos sin los cuales no se configura una sociedad, es a saber: aportes consistentes en bienes o en industrias, participación en las ganancias y en las pérdidas'.

"Precisa, pues, determinar si la demandante logró o no demostrar los elementos que tipifican un contrato de sociedad que vinculara a Mariela con Miguel a partir de 1936 en adelante, ya que de ese año hacia atrás sólo existió entre ellos un concubinato y no una compañía de hecho, según antes se estudió.

"Dicen Bernarda Díaz y Agustín García que Alexíades y Mariela 'montaron' una pensión en la calle veinticuatro con la carrera séptima de Bogotá, en uno de cuyos cuartos fue instalado un laboratorio rudimentario para producir la droga 'Antibyxina Alex', en cuya fabricación intervenían Alexíades y Mariela, la deponente Díaz, que servía en la pensión y un sobrino de Bernarda. También el doctor Luis Chavarriaga, Francisca Bravo Quiñones, Elvira Rojas Enciso de Look, Eduardo Bodmer y Santiago E. de la Mora, hablan de la pensión de la calle 24 y de la elaboración en la casa donde ella funcionaba de la 'Antibyxina Alex'.

"Nada dicen los testigos respecto de la forma como fueron aportados los elementos para montar dicha pensión, ni de los implementos para el funcionamiento de un pequeño laboratorio. Pero como la pensión y el laboratorio necesitaban de algunos elementos para su funcionamiento, sólo en el caso de que ellos hubieran sido aportados por Miguel y por Mariela, se debe tener por demostrado el primer requisito de una sociedad de hecho encaminada a explotar un hotel y la fabricación de una droga.

"Al guardar silencio los declarantes sobre el aspecto visto, posiblemente porque no fueron interrogados sobre él, la prueba testifical no puede acreditar el primer elemento de la sociedad de hecho a que se contrae la primera súplica de la demanda. Además, si se tiene en cuenta que Alexíades había explotado con éxito, antes de 1936, la 'Antibyxina Alex', tal como ya se estudió, es forzoso concluír que para la instalación del taller destinado a la elaboración de esa droga no hizo ningún aporte la demandante, y, por lo tanto, que él fue montado de manera exclusiva por Miguel D. Alexíades, propietario, desde comienzos de 1934, de la marca de fábrica y comercio que le daba derecho a explotar la droga, que en tan poco tiempo le había proporcionado tan buenas utilidades y ello antes de que se elaborara en la pensión de la calle 24 con la carrera séptima.

"Tampoco puede acreditar la prueba testimonial que aportó la actora que ésta hubiera tenido 'participación en las ganancias y en las pérdidas' resultantes de la elaboración de la 'Antibyxina Alex' esto es del negocio encaminado a la producción de esa droga. Por el contrario, dicha prueba viene a ser una negación de ese elemento del contrato de compañía, ya que si entre Mariela y Miguel hubiera existido realmente

una sociedad de hecho, Alexíades no hubiera exteriorizado a varias personas su intención de retribuír los servicios de su amante haciéndole una donación mortis causa, según lo exponé el testigo Santiago E. de la Mora, y lo confirma la carta testamentaria de aquél, que en copia aparece a folios 35 a 37 del primer cuaderno, sino exponiendo a esas personas que iba a traspasar a doña Mariela la parte de los bienes que a ella les correspondía por concepto de las utilidades obtenidas en la elaboración de la droga, manifestación esta última que no aparece en boca de ningún testigo.

"Cierto que las personas que conocieron más de cerca la manera como se originaron las relaciones concubinarias entre Miguel y Mariela, hablan en sus declaraciones de la colaboración de Alexíades en el manejo de la pensión de la calle 24 con la carrera séptima de Bogotá y de la ayuda de Mariela en la elaboración de la droga. Pero, de allí no puede inferirse un consentimiento encaminado a formar una sociedad entre Alexíades y la señorita Páez Reyna, ya que si éstos eran amantes, y la segunda conocía el negocio de hotel, pues, con su familia lo había manejado, en tanto que Alexíades el de la droga, lógico es que en el inmueble en donde los dos convivían y donde funcionaba una pensión y un laboratorio, Miguel prestara ayuda en la marcha de la pensión y Mariela colaborara con las sirvientas de la pensión en la fabricación de la droga. La ingerencia de Alexíades en la marcha de la pensión y la de Mariela en el funcionamiento del negocio de Alexíades, 'es, como lo ha dicho la Honorable Corte, el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y de otro o de ambos', y no un signo indicativo de la sociedad de hecho a que se refiere la actora.

"Y para finalizar lo referente a la etapa del negocio de hotel, es oportuno anotar la contradicción en que incurren Bernarda Díaz y Agustín García con el doctor Chavarriaga, pues, según los dos primeros deponentes, Mariela rompió con su familia, la cual no volvió a tratar, debido a sus relaciones con Alexíades, al paso que según el doctor Chavarriaga, 'en esa misma pensión, cuando yo llegué a ella, vivía el papá y una hermana de la señorita Mariela'. Como el testigo se refiere a la pensión de la calle 24 con la carrera séptima y como Bernarda y García expresan que cuando principió a funcionar tal pensión, las relaciones entre la demandante y la familia de ésta se habían suspendido, es patente la contradicción de los declarantes.

"Tampoco de la circunstancia de que Mariela Páez Reyna atendiera, cuando Alexíades se ausentaba de Bogotá, para viajar dentro del país o fuera de él, por razones de negocios o de descanso, el laboratorio donde se fabricaba la 'Antibyxina Alex', sobre lo cual se pronuncian todos los deponentes aportados por la demandante, puede inferirse un consentimiento encaminado hacia un contrato de sociedad, pues, 'en un caso en que la concubina alegó y probó que reemplazaba al concubinario en sus ausencias del trabajo y se ocupaba en labores de ordeño, fabricación de quesos, cuidado de animales domésticos, alimentación de peones, plantación y cuidado de sementeras, etc., dijo la Corte: 'En presencia de los hechos concretos, tal como aparecen establecidos en este proceso, no es posible deducir en realidad la existencia de los elementos vitales para que jurídicamente pueda aceptarse una sociedad de hecho, dentro del concubinato habido entre... En la manera general o indiscriminada como se ven sus relaciones a la luz de las pruebas, **no se puede distinguir y aislar el elemento aporte con la singularidad y determinación necesarios, ni deducir tampoco inequívocamente el consentimiento recíproco con ánimo de asociación económica, que debe resultar evidente, aunque implícito, en el sentido de hechos específicos de conjunto para lucrar.** La vida común de esos amantes discurre lejos de toda intención contractual, y la solidaridad y atención de las actividades comunes en recíproco beneficio que ha demostrado Lucía Ceballos, no son sino las que corresponden ordinariamente a la mujer en las uniones amorosas, no constitutivas ni reveladoras por sí solas de un propósito preconcebido de asociación económica'. (G. J. 2135, pág. 483). (Subraya el Tribunal).

"La prueba documental que se acompañó a la demanda, lejos se encuentra de poder acreditar una sociedad de hecho entre Mariela y Miguel, pues, de las escrituras mediante las cuales el causante de los demandados compró los inmuebles que alega la demandante pertenecen a tal sociedad, nada puede inferirse sobre la existencia de ella, y por lo que respecta a las cartas que Miguel le envió a la actora, como tales misivas son documentos privados que no alcanzaron a adquirir la calidad de auténticos, puesto que fueron objetados por los demandados y la demandante no acreditó que hubieran sido

escritos por Miguel D. Alexíades, nada pueden demostrar.

"Para concluír el estudio de la apelación interpuesta por la parte actora es preciso anotar que, fuera de que las pruebas aportadas por aquella no pueden acreditar la existencia de una sociedad de hecho encaminada e explotar los negocios de hotel y de la elaboración de drogas, que hubiera vinculado a la demandante con el causante de los demandados, éstos demostraron que entre Miguel D. Alexíades y Mariela Páez Reyna, no pudo existir una sociedad de hecho, proveniente de la ayuda que le prestó la segunda al primero, en la marcha de los negocios de éste.

"En efecto, en las posiciones que absolvió la demandante a petición del apoderado de uno de los demandados (fs. 97 y ss. cdn. 3º) expuso aquella al responder a la pregunta séptima, en la cual se le interrogó sobre si sabía que en los libros de contabilidad de Alexíades figuraban partidas por concepto de sueldos y prestaciones pagados a ella: 'Es cierto y aclaro: conocí la contabilidad y era llevada conjuntamente con Miguel D. Alexíades y si en ella figuraban sueldos, eran para justificar gastos de la sociedad, es decir, para que no hubiera tantas ganancias y así hubiera menos impuestos. Las partidas, si figuraban yo nunca las recibí puesto que no era empleada'. Y a la pregunta cuarta, que es del siguiente tenor: 'Es cierto o no que durante los de (sic.) 1943 y siguientes hasta el año de 1957 inclusive, hizo declaraciones de renta sobre su patrimonio y ganancias obtenidas y denunció los sueldos recibidos del señor Alexíades como empleada de sus laboratorios', contestó la demandante: 'Es cierto y aclaro: Esas declaraciones de renta me las hacía Miguel D. Alexíades quien una vez hechas, me las presentaba y yo las firmaba, pero nunca recibí sueldo. La prueba pericial que como anexa a la inspección ocular se practicó durante el término probatorio del juicio (fs. 19 y ss. cdno. 3º), da cuenta de esos libros de contabilidad, que objetados para los efectos del Art. 645 del C. J. por el apoderado de la demandante, fueron reconocidos de manera expresa por ésta en las posiciones que absolvió, al manifestar que tales libros eran llevados 'CONJUNTAMENTE' por ella y Alexíades.

"Ahora bien, si la demandante tenía acceso a la contabilidad de Alexíades, si ayudaba a llevarla, si en ella figuran partidas pagadas a la demandante por concepto de sueldos y de prestaciones sociales, durante muchos años, si también durante varios períodos fiscales, la demandante afirmó a la Administración de Hacienda Nacional tener la calidad de empleada de Alexíades y percibir por ese concepto los sueldos que figuran en sus declaraciones de renta, podrá admitirse que entre la demandante y el causante de los demandados hubiera existido una sociedad de hecho? La respuesta necesariamente tendrá que ser negativa, ya que quien ha figurado durante tantos años como empleado no puede alegar que durante los mismos años haya tenido la condición de socio de su empleador.

"Y no se diga que la confesión que hizo la demandante al absolver posiciones es indivisible, pues, al admitir la absolvente que ella llevaba 'conjuntamente' con Alexíades la contabilidad, reconoció, desautorizando a su apoderado, los libros de contabilidad, que éste había objetado, y como en esos libros figuran partidas por concepto de sueldos y prestaciones pagados a doña Mariela Páez Reyna, que ella había ayudado a sentar, pues, la contabilidad era llevada 'conjuntamente' por los amantes, se está ante el caso de que existen otras pruebas —los libros de contabilidad y las declaraciones de renta— fuera de la confesión de la demandante, razón por la cual ella es divisible y debe aceptarse en cuanto establece o da cuenta de la condición con que aparece la actora en los citados libros y en sus declaraciones de renta...

"De lo hasta aquí visto es preciso concluír que las peticiones sobre la existencia de la sociedad de hecho y consecuenciales a ella no estaban llamadas a prosperar, razón por la cual hizo bien el a quo en rechazarlas".

LA IMPUGNACION

Se hace en dos cargos basados en la causal del artículo 52 del Decreto-Ley 528 de 1964.

PRIMER CARGO

La sentencia recurrida viola indirectamente los Arts. 2079, 2081, 2083 y 2141 del Código Civil y los Arts. 472 y 475 del Código de Comercio Terrestre, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de unas pruebas y en la falta de estimación de otras, lo que determinó la no aplicación de las anteriores normas sustanciales, siendo el caso de hacerlo, en relación con los Arts. 1759 del C. C. y 603, 607, 609, 645 y 210 del C. J.

Los errores de hecho en que incurrió el Tribunal lo llevaron a no dar por demostrado, estándolo, que entre don Miguel D. Alexíades y doña Mariela Páez Reyna existió una sociedad de hecho que se extendió —por lo menos— desde principios de 1936 o marzo de 1936 hasta el 10 de enero de 1960, sociedad que se ocupó de la producción y venta del producto farmacéutico denominado "Antibyxina Alex", de la compra de lotes y construcción de edificios para renta y de la compra de valores bursátiles, con ánimo de lucro, mediante el consentimiento de ellos, a lo largo de todo ese tiempo, y que se inició con un negocio de hotel.

Asimismo el sentenciador de segundo grado se equivocó de hecho al dar por demostrado, sin estarlo, que entre el señor Alexíades y la Páez Reyna no existió la sociedad de hecho o por los hechos a que antes me referí.

Se trata de errores de hecho manifiestos y ostensibles que, por lo mismo y a pesar de la autonomía que tienen los falladores de instancia, deben ser corregidos en casación.

Las pruebas erróneamente apreciadas fueron:

a) La demanda con que se inició el juicio (fls. 194 a 212 del cdno. 1º);

b) Las declaraciones rendidas por Santiago E. de la Mora (fls. 154 a 158 del cdn. 1º y 16 vto. a 17 del cdn. 2º); Agustín García Castro (fls. 164 a 168 del cdn. 1º y 14 vto. del cdno. 2º); Eduardo Bodmer Bernal (fls. 169 a 173 del cdn. 1º y 16 del cdn. 2º); Alicia y Cecilia Vásquez Barreto (fls. 174 a 177 del cdn. 1º y 21 y 25 vto. del cdn. 2º); Emma Rodríguez de Guevara, Clara Ruge de Beltrán y José Caicedo Varón (fls. 178 a 182 del cdn. 1º y 26 vto., 24 vto. a 25 y 19 del cdn. 2º); Francisca Bravo Quiñones y Luis Alberto Castiblanco (fls. 183 a 187 del cdn. 1º a 12 vto. y 14 del cdn. 2º); Carlos Belén Pizano (fls. 188 a 190 del cdn. 1º y 25 del cdn. 2º); Jorge Regueros Peralta (fls. 191 y 192 del cdn. 1º y 26 del cdn. 2º); Elvia García de Bodmer (fls. 17 vto. a 19 del cdn. 2º); José Luis Chavarriaga (fls. 19 a 20 del cdn. 2º); Elvira Enciso de Look e Inés Vásquez de Silva (fls. 21 vto. a 23 del cdn. 2º); Lucía Moreno de Márquez (f. 27 del cdn. 2º) y Andrés Aristidu (fls. 55 a 57 del cdn. 2º);

c) Posiciones absueltas por la actora (fls. 96 a 101 cdn. 3º);

d) La memoria testamentaria que corre a folios 35 a 37 del primer cuaderno;

e) Las escrituras visibles a folios 1 a 34 del cuaderno 1º; y las declaraciones de renta de Alexíades (cdn. fotocopias);

f) Las contestaciones a la demanda (fls. 245-248 y 259 a 260 del cdn. 1º); y

g) Diligencias de inspección ocular y dictamen pericial (fls. 19 a 67 del cdn. 3º).

Las pruebas dejadas de apreciar son:

a) Declaraciones de Hipólito Gómez Acevedo, Stavros Pandiris y Juan Bohórquez (fls. 7 vto. a 13 del cdn. 3º);

b) Documentos de los folios 74 y 75 del cdn. 1º;

c) Constancia emanada del señor Alexíades (fs. 77 del cdn. 1º);

d) Cartas de los folios 79 a 107 ib.;

e) Comprobantes de consignación de folios 108 a 149 ib.;

f) Documentos del folio 21 del cuaderno 3º;

g) Declaraciones de renta de fls. 22 y 23 del cdn. 3º; y

h) Posiciones absueltas y cartas reconocidas por María Alexíades (fls. 31 a 51 del cdn. 2º).

En la demanda con que se inició el juicio se advierte en los hechos 3º y 14º que los bienes aparecen comprados por el señor Alexíades y, más aún, con el libelo se presentaron copias de las respectivas escrituras, con la reproducción de la nota de registro. Y la actora en las posiciones que absolvió confirma lo anterior. Ello se debió a la confianza que existió entre Alexíades y la Páez y a que así lo prefirieron por motivos comerciales y dentro de cierto régimen de división del trabajo, pero para el caso de autos carece de importancia el que fuera Alexíades quien figurara como dueño exclusivo aparente del patrimonio. Lo esencial es determinar que ese patrimonio que fue adquirido con las utilidades provenientes del trabajo sostenido, conjunto y paralelo de ambos, tiene el carácter de aporte social.

El principal análisis probatorio del ad-quem radica en las declaraciones de Bernarda Díaz, Agustín García, Francisca Bravo Quiñones, José Luis Chavarriaga, Elvira Rojas Enciso de Look, Eduardo Bodmer Bernal y Santiago E. de la Mora, de las cuales deduce que el negocio de pensión entre Miguel y Mariela no se

inició en el local de la carrera 8ª entre calles 19 y 20, sino en el de la calle 24 Nº 7-59; que el lote comprado por medio de la escritura número 1023 de 17 de septiembre de 1935, de la Notaría Quinta de Bogotá, no pudo ser adquirido por Alexíades, por tanto, con los rendimientos habidos en la explotación de la pensión de la carrera 8ª, sino con los provenientes de la elaboración de "Antibyxina Alex", y que fue exclusivamente Alexíades quien dotó de elementos el laboratorio farmacéutico. El sentenciador de segundo grado llega a estas falsas conclusiones mediante la dilucidación fraccionaria de las declaraciones y apoyo en argumentos triviales y en nimiedades inoperantes.

No se desquicia la acción por el hecho de que la explotación en común de la casa de huéspedes se inicie en marzo de 1936 en la calle 24 Nº 7-59 y no en el establecimiento de la carrera 8ª, a comienzos de 1934. Esto quiere decir simplemente que la sociedad de hecho se inicia de manera franca y pública en marzo de 1936. Entonces la declaración judicial de su existencia debió partir de esa época. Como lo dispone el Art. 210 del C. J., en las declaraciones y condenas jurisdiccionales se llega hasta los hechos y derechos demostrados, es decir, que pueden dictarse decisiones parciales.

Aunque la escritura 1023, ya citada, dice que Alexíades pagó de contado el precio del lote de la calle 51, lo cierto es que éste fue adquirido con dinero prestado, a plazos. La testigo Díaz dice: "El lote de la calle 51 lo compró el doctor Miguel en dos contados y con plata prestada". En igual sentido depone el doctor de la Mora. Como de conformidad con el Art. 1759 del C. C., los instrumentos públicos no hacen plena fe en cuanto a la verdad de las declaraciones hechas por los otorgantes, si el sentenciador aprecia en debida forma los testimonios mencionados hubiera llegado a la conclusión de que el precio del inmueble no fue satisfecho de contado sino a plazos, que para atender a estos compromisos Alexíades prestó dinero y que el crédito abierto en 1935 para el anterior menester lo cubrió después de 1936, con utilidades derivadas de la pensión de la calle 24 y de la producción de "Antibyxina". De otra parte, el precio del lote ($ 4.564.00) no significó, aun entonces, una suma de consideración.

Con base en la declaración del señor García no se puede establecer, como sí lo hizo el Tribunal, que el dinero para la compra del lote de la calle 51 lo hubo Alexíades mediante la capitalización que le había permitido la producción de "Antibyxina", en primer lugar porque el precio fue pagado a plazos y en segundo término porque el testigo alude con toda propiedad al producto que Alexíades "se proponía elaborar" (subrayo). Tal como está empleada la inflexión verbal, el señor García se refiere a un proyecto futuro. Y de ahí que resulte inexacta la afirmación del Tribunal, en el sentido de que cuando García acudía con frecuencia a la pensión de las señoritas Páez, a buscar a Alexíades recién llegado éste llegó a Bogotá, fuera el "distribuidor de la droga que el último preparaba". Este testigo advierte que en la pensión de la calle 24 fue donde "de común acuerdo los dos **iniciaron** en forma rudimentaria" la elaboración de la droga (subrayo).

El Tribunal echa de menos la prueba de cómo fueron aportados los elementos con que se dotaron la pensión y el laboratorio y dice que "sólo en el caso de que ellos hubieran sido aportados por Miguel y por Mariela, se debe tener por demostrado el primer requisito de una sociedad de hecho encaminada a explotar un hotel y a la fabricación de una droga". Además del olvido del Art. 2081, que permite que a las compañías se aporte servicio o trabajo apreciable en dinero, se tiene que la casa Nº 7-59 de la calle 24, conforme al inventario de los folios 74 y 75 del cuaderno 1º, incluyó muchos servicios, dependencias, muebles y utensilios propios como para el funcionamiento de una pensión. Este inventario, firmado como está por el señor Alexíades, no apreciado por el Tribunal, se tiene como reconocido al tenor del artículo 645 del C. J., por no haber sido objetado o redargüido de falso. Por otra parte, uno de los apoderados de la parte demandada al referirse al hecho 4º en su escrito de contestación de la demanda, expresó: "Si efectivamente el contrato se firmó con el señor Alexíades fue en todo caso con el propósito de ayudar a la demandante y prestarle un servicio como arrendatario o fiador". De igual modo, el otro de los apoderados de la misma parte en relación con el propio hecho, prácticamente lo aceptó al afirmar: "Nunca el figurar como fiador de una persona acredita la existencia de una sociedad. Es de suponer, con lógica elemental, que el resto de la dotación del hotel fue financiado con las ganancias del mismo".

Anota el recurrente que siendo mínima la inversión que reclamó la dotación del laboratorio, no puede repararse mucho en ella, como aporte

social en sí mismo considerado y menos cuando las utilidades de la pensión permitieron hacerlo.

El ad quem incurrió en el defecto de fraccionar las declaraciones anotadas, con el objeto de "analizar aisladamente las entresacas de tales testimonios", lo que "no se compadece con las directivas lógicas que han de guiar el razonamiento en la estimación de tales medios" (Cas. de 21 de febrero de 1964, G. J. 2271, pág. 133).

Así no acudió al cúmulo de declaraciones que obran en autos, en estrecha vinculación entre sí y con otras piezas del proceso. Así omitió una visión de conjunto, que hubiera equivalido a convicción plena.

Si el Tribunal se hubiera tomado la onerosa tarea, como era su deber, de estudiar detenidamente las pruebas que he señalado como equivocadamente estimadas y como no apreciadas, hubiera encontrado los elementos constitutivos de la sociedad de hecho alegada por la actora.

Se refiere en seguida a varios testimonios que obran en el proceso, señalando los que a su juicio tienen mayor interés, así:

"a) El doctor de la Mora expresa: 'Por haber vivido mucho tiempo en el mismo edificio de la calle cincuenta y uno (51) y por mi trato continuo posterior, nunca tuve la impresión de que doña Mariela Páez fuera una empleada del doctor Alexíades y jamás he oído decir que recibiera sueldo de él'.

"b) Bernarda Díaz... califica así la ninguna subordinación laboral de Mariela hacia Miguel: 'Qué iba a ser empleada la señorita Mariela del doctor Alexíades, si era su todo en la vida y en los negocios a la cual trataba como su auténtica señora y no tenía que pagarle sueldo'.

"c) Agustín García... manifiesta: 'Jamás consideré que doña Mariela Páez fuera empleada del laboratorio, pues me dí cuenta que sus actividades y autoridad en el Laboratorio eran de la misma categoría de las de don Miguel, pues ella dirigía con independencia, sin cobrar ni recibir ningún salario. Y repito que en cuanto a los negocios doña Mariela no estuvo subordinada a don Miguel'.

"d) Eduardo Bodmer Bernal... 'Por lo que he expuesto y por las confidencias que Miguel D. Alexíades me hizo, puedo afirmar que existió una especie de sociedad entre el citado señor Miguel Alexíades y la señorita Mariela Páez Reyna, hecho éste que fue de conocimiento público entre sus relaciones sociales y comerciales'.

"e) Francisca Bravo Quiñones dice: 'Cuando se pasaron a dicho edificio sólo estaban terminados dos apartamentos y Mariela siguió ocupándose de la construcción hasta terminarla para seguir luego con la decoración y acondicionamiento de los apartamentos para poderlos arrendar, constándome, por haberlo visto, que Mariela se entendía con los inquilinos, les hacía los contratos y se apersonaba de esa actividad'.

"f) Luis Alberto Castiblanco: 'En el Laboratorio —dice— la señorita Mariela era la que pagaba los sueldos, recibía el personal de trabajadoras, ordenaba, regañaba y era la persona con quien todos nos entendíamos... Era la señorita la que se entendía con los inquilinos de los apartamentos para los contratos, los cobros, reclamos y absolutamente con todo'.

"g) Carlos Belén Pizano: 'Es decir que ambos trabajaban conjuntamente como si existiera de hecho una sociedad entre ambos, pues siempre ví a don Miguel, cuando se dirigía a ella hacerlo igual a igual'.

"h) El doctor José Luis Chavarriaga dice que le consta que la pensión era administrada conjuntamente por Alexíades y la Páez Reyna y que él se entendía indistintamente con uno y otra, pero especialmente con la última'.

"i) Elvia García de Bodmer expone que Alexíades le presentó a la Páez como a su 'compañera y propulsora y gestora de todos sus negocios'... Me dí cuenta como era además del saber público, que ellos o sea Miguel D. Alexíades y Mariela Páez Reyna, tenían una sociedad de hecho, por ejemplo el lote de terreno que tienen en la carrera 10ª, entre calles 15 y 16, fue comprado con ganancias del laboratorio como también las acciones de Bavaria y Chocolates'.

"j) Elvira Rivas Enciso de Look: 'Me consta que don Miguel D. Alexíades tenía relaciones muy cordiales con doña Mariela Páez Reyna, pues tenía absoluta confianza en ella y el negocio del laboratorio lo tenía ella a su cargo siempre y podía desempeñar todas las actividades comerciales y de manejo y administración.

"l) Alicia y Cecilia Vásquez Barreto, Emma Rodríguez de Guevara, Clara Ruge de Beltrán y

Lucía Moreno de Márquez declaran que a ellas las contrató directamente Mariela Páez, y que ella les pagaba los sueldos, les daba órdenes y las dirigía en el trabajo.

"ll) Jorge Regueros Peralta y José Caicedo Barón dicen que se entendieron con la Páez y que a ella le entregaron los cánones y ella administraba el edificio.

"m) Hipólito Gómez Acevedo: 'Yo no puedo catalogar a la señorita Mariela Páez como empleada del doctor Miguel D. Alexíades porque él no nos la presentó como empleada, pero sí ella ejercía el mando sobre los empleados y trabajadores que había en el laboratorio'.

"n) Juan Bohórquez 'Unicamente me consta que la señorita Mariela Páez Reyna daba órdenes a los empleados en el laboratorio Lefel, pero no presencié que le hubieran hecho ningún pago como empleada...".

De igual manera, el ad quem no encuentra la prueba sobre la voluntad de asociación entre Alexíades y la Páez. Al respecto expone: "Cierto que las personas que conocieron más de cerca la manera como se originaron las relaciones concubinarias entre Miguel y Mariela, hablan en sus declaraciones de la colaboración de Alexíades en el manejo de la pensión de la calle 24 con la carrera séptima de Bogotá y de la ayuda de Mariela en la elaboración de la droga. Pero, de allí no puede inferirse un consentimiento encaminado a formar una sociedad...". Claro que la affectio societatis expresa no existe en el caso de autos, pues entonces sobraría la acción. Pero los hechos, tal como están acreditados por el conjunto de testimonios acotados y por otras pruebas complementarias, revelan implícitamente el consentimiento. ¿Qué quiere decir entonces un trabajo conjunto en actividades económicas comunes, durante más de 20 años y la presencia de un capital de consideración?

El papel de la actora en la asociación, libre y legalmente consentida por Alexíades y por ella, no fue el "simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes", ni sus actividades fueron las que "corresponden ordinariamente a la mujer en las uniones amorosas, no constitutivas ni reveladoras por sí solas de un propósito preconcebido de asociación económica", según las conocidas jurisprudencias de la H. Corte, sencillamente porque la asociación se ocupó de una empresa industrial y comercial, con mercado nacional e internacional, al lado de otros negocios de entidad, cuya atención exigió jornada completa. No fue un papel secundario como el ordeño, el cuidado de animales domésticos o el manejo de una pequeña tienda, sino muy principal, en negocios grandes, no domésticos, lo que les permitió a los demandados sostener que Mariela era empleada de Alexíades.

La prueba de los demandados, encaminada a establecer que la demandante era empleada de Alexíades, es precaria. La declaración de Stavros Pandiris, a la luz de la más sana crítica, no ofrece credibilidad, por las contradicciones en que incurrió al ser interrogado. Las deponencias de Hipólito Gómez Acevedo y Juan Bohórquez no establecen subordinación laboral, y al contrario, le reconocen a la actora la categoría autónoma que tuvo. En el dictamen pericial los peritos afirman que no encontraron recibo de la Páez Reyna, por concepto de salarios y prestaciones sociales. Y ni siquiera pudieron precisar la denominación del cargo que —según los demandados— desempeñó. Debo advertir que los peritos se excedieron en el objeto del dictamen al absolver un cuestionario adicional, contrariando la finalidad específica de esa prueba, lo que le resta eficacia. Por lo demás. el dictamen se contrae a transcribir los asientos de los libros de contabilidad que con su puño y letra llevó el señor Alexíades, anotaciones que sólo constituyen prueba contra el comerciante que los llevaba. Algunos de los libros llevados por Alexíades carecen de registro. Con respecto a los documentos privados y a los públicos producidos en el exterior, no reconocidos ni autenticados legalmente, no debe perderse de vista que la parte actora les negó autenticidad en la diligencia de inspección ocular, cuando fueron presentados. En relación con las declaraciones de renta y patrimonio de Alexíades, allegadas al proceso, observó que ellas no emanan de la Páez, pues aparecen presentadas únicamente por él y que no alcanzan a constituír ni siquiera un indicio contra la actora por no provenir de ella y porque las declaraciones de renta solo tienen por objeto la liquidación de los impuestos. Además, hay que convenir, haciendo a un lado los puritanismos teóricos, que en nuestro medio se evaden total o parcialmente los gravámenes fiscales, haciendo figurar falsos empleados, entre otros ardides.

El sentenciador de segunda instancia comenta especialmente las posiciones absueltas por la

actora y todo parece indicar que su decisión la tomó con base en las supuestas confesiones de la misma en la respectiva diligencia. En las tres primeras respuestas la absolvente negó que hubiera sido trabajadora al servicio de Alexíades y que hubiera recibido sueldos y prestaciones sociales de él. La pregunta cuarta, mañosamente redactada, inquiere de la demandante si entre 1943 y 1957 hizo declaraciones de renta y patrimonio y si en ellas denunció los sueldos recibidos de Alexíades, respondió: "Es cierto y aclaro; esas declaraciones de renta me las hacía Miguel Alexíades quien una vez hechas, me las presentaba y yo las firmaba, pero nunca recibí sueldos". La interpretación recta de la respuesta es la de que sí presentó las declaraciones, que ellas eran hechas por Alexíades y que no recibió sueldos. Por medio de la pregunta 7ª capciosamente se le indaga si como empleada conocía y veía los libros de contabilidad de él y si tuvo conocimiento de que en ellos se hacían los asientos de los sueldos que se le pagaban, así como las prestaciones que como empleada se le reconocían. La absolvente dijo que sí conocía esa contabilidad por ser llevada conjuntamente con ella y aclaró que si figuraban sueldos era para justificar gastos de la sociedad y pagar menos impuestos, agregando a renglón seguido: "Las partidas, si figuraban yo nunca las recibía puesto que no era empleada" (subrayo). En su respuesta no afirmaba la absolvente que tuviera conocimiento de que figuraban asientos por los conceptos anotados y advirtió que si aparecían no había recibido los correspondientes valores, por no haber sido empleada. La absolvente hizo aclaraciones y modificaciones íntimamente relacionadas con su primer aserto, concernientes al hecho de no haber sido empleada, tal como lo permite el artículo 609 del C. J., razón por la cual la respuesta es indivisible. Las salvedades o modificaciones no configuran hechos diferentes o nuevos al debatido y no constituyen verdaderas excepciones, como lo sostiene el ad quem. incurriendo en error de hecho en la apreciación de esta prueba.

No fueron considerados por el Tribunal los comprobantes de consignación de los folios 108 a 113 del Cdn. 1º, ni las chequeras y talonarios de chequeras de los folios 114 a 150 ibídem, que dan fe de las cuentas corrientes que mantuvo la actora en el The First National City of New York y The Royal Bank of Canadá, que denuncian movimiento de valores del laboratorio y los arriendos. Estos documentos, no redargüidos de falsos, ni objetados como tales, ni tachados de inauténticos, se tienen como reconocidos.

En cambio, les fue negada autenticidad a las cartas dirigidas por Alexíades a la actora, desde distintos lugares del exterior. Pero agregadas como están a los autos, por sí solas se recomiendan como auténticas, por lo menos ante la conciencia íntima del sentenciador. A estas misivas alude indirectamente el testigo Bohórquez, la demandada María Alexíades en las cartas que reconoció ante el cónsul de Colombia en Madrid y su apoderado se apoya en ellas en su alegato de bien probado en la primera instancia (f. 306 cdn. 1º). Las pruebas que anteceden ponen de presente que las relaciones sexuales entre Miguel y Mariela discurrieron en un ambiente de prudencia y que prácticamente quedaron subordinadas a la actividad económica, que no tuvo por móvil la prolongación de la vida concubinaria sino el lucro.

A consecuencia de los errores de hecho anotados, consistentes en la mala apreciación de unas pruebas y en la no estimación de otras, conforme la enumeración hecha, el Tribunal dejó de aplicar las disposiciones sustanciales citadas en el cargo, siendo el caso de hacerlo, con lo cual se las transgredió indirectamente, en relación con los artículos 1759 del C. C., 210, 603, 607 y 645 del C. J. Y en mucho atentó contra la unidad de la admirable jurisprudencia que sobre sociedades de hecho entre concubinos ha decantado la H. Corte en los últimos 30 años, citada y comentada en la demanda con que se inició el juicio y en la propia sentencia recurrida.

LA CORTE CONSIDERA:

Como el primer cargo se hace por violación indirecta de disposiciones de los Códigos Civil y de Comercio referentes al contrato de sociedad y más concretamente a las normas que rigen la sociedad de hecho, afirmándose que el quebranto de la ley sustancial proviene de errores de hecho en la apreciación de unas pruebas y en la falta de estimación de otras, lo que llevó al sentenciador de segundo grado a no reconocer la existencia de la sociedad de hecho en el caso del litigio, ha sido necesario para la Corte traer a este fallo la extensa relación de hechos en que se basó la demanda, el análisis realizado por el Tribunal de los elementos conexos con los indicios que deberían configurar la prueba, según el criterio del mismo, y finalmente, el no

menos dilatado planteamiento contenido en la impugnación.

En el caso **sub-judice** la demanda se basó en los hechos que en ella se mencionan, vinculados a las relaciones de carácter sentimental y de orden económico entre Miguel D. Alexíades y Mariela Páez Reyna, tendientes a establecer la existencia entre ellos de una sociedad de hecho para fines de lucro. Se trajeron al proceso posteriormente las pruebas que las partes consideraron conveniente aducir para sostener las pretensiones de la demanda, o la negación de sus pedimentos y la absolución de los demandados.

El haz probatorio lo constituyen numerosos testimonios de personas que declaran acerca de las circunstancias en que se cumplieron las relaciones indicadas entre Alexíades y la Páez Reyna; prueba documental formada por escritura pública; certificaciones sobre estado civil; confesiones; cartas y papeles privados; libros y documentos de contabilidad; inspección ocular y pericial sobre ellos, y dictamen correspondiente.

Indicados por el propio recurrente, los reparos más serios al fallo acusado consisten en el análisis, que considera equivocado, hecho por el Tribunal, de las declaraciones de Bernarda Díaz, Agustín García, Francisca Bravo Quiñones, José Luis Chavarriaga, Elvira Rojas Enciso de Look, Eduardo Bodmer y Sant ago E. de la Mora, "de las cuales deduce que el negocio de pensión entre Miguel y Mariela no se inició en el local de la carrera 8ª entre calles 19 y 20, sino en el de la calle 24 número 7-59; que el lote comprado por medio de la escritura número 1023 de 17 de septiembre de 1935, de la Notaría Quinta de Bogotá, no pudo ser adquirido por Alexíades con los rendimientos habidos en la explotación de la pensión de la carrera 8ª, sino con los provenientes de la elaboración de 'Antibyxina Alex', y que fue exclusivamente Alexíades quien dotó de elementos el laboratorio farmacéutico. Que aunque la escritura 1023 dice que Alexíades pagó de contado el precio del lote de la calle 51, es lo cierto que éste fue adquirido con dinero prestado a plazos, afirmación que se hace basándola en lo dicho por la testigo Díaz y el deponente de la Mora. Que la asociación entre Alexíades y la Páez Reyna no fue el resultado de una común vivienda e intimidad extendida al manejo y administración de los bienes, porque "la asociación se ocupó de una empresa industrial y comercial, con mercado nacional e internacional". Que el dictamen de los peritos que examinaron la contabilidad "se contrae a transcribir los asientos de los libros de contabilidad que de su puño y letra llevó el señor Alexíades, anotaciones que sólo constituyen prueba contra el comerciante que los lleva". Que en relación con las declaraciones de renta y patrimonio de Alexíades 'aparecen presentadas únicamente por él y que no alcanzan a constituír ni siquiera un indicio contra la actora por no provenir de ella y porque las declaraciones de renta sólo tienen por objeto la liquidación de los impuestos... y que en nuestro medio se evaden total o parcialmente los gravámenes fiscales, haciendo figurar falsos empleados, entre otros ardides". Que si es cierto que en las posiciones absueltas por la actora, al responder a la pregunta de si en las declaraciones de renta y patrimonio denunció los sueldos recibidos de Alexíades, respondió: "Es cierto y aclaro: esas declaraciones de renta me las hacía Miguel D. Alexíades quien una vez hechas, me las presentaba y yo las firmaba, pero nunca recibí sueldo", la interpretación de la respuesta es la de que sí presentó las declaraciones, que ellas eran hechas por Alexíades y que no recibió sueldos. Que la absolvente dice que sí conocía la contabilidad por ser llevada por Alexíades conjuntamente con ella y que si figuraban sueldos era para justificar gastos de la sociedad y pagar menos impuestos, pero que ella no recibió esos sueldos porque no era empleada.

1.—Alude el recurso a los testimonios de Santiago E. de la Mora, Bernarda Díaz, Agustín García, Eduardo Bodmer Bernal, Francisca Bravo Quiñones, Luis Alberto Castiblanco, Carlos Belén Pizano, José Luis Chavarriaga, Elvia García de Bodmer, Elvia Rivas Enciso de Look, Alicia y Cecilia Vásquez Barreto, Emma Rodríguez de Guevara, Clara Ruge de Beltrán, Lucía Moreno de Márquez, Jorge Regueros Peralta, José Caicedo Barón, Hipólito Gómez Acevedo y Juan Bohórquez, en los términos sintéticamente reproducidos, todos ellos conducentes a demostrar que Mariela Páez no fue empleada de Miguel D. Alexíades y no recibía sueldo por su colaboración en el negocio de explotación de la droga; pero todos esos testimonios, como ha podido verse, expresan el **concepto** o **"la impresión"** de cada deponente sobre que Mariela no fue empleada de Alexíades y que no recibía sueldo; y algunos declarantes afirman que "a

su juicio" existió una especie de sociedad entre Miguel D. Alexíades y Mariela Páez Reyna, deducido de que Mariela administraba con autonomía el edificio celebrando los contratos con los inquilinos, y que en el laboratorio pagaba los sueldos, recibía el personal, hacía los contratos, los cobros, etc.; otros testigos expresan lo mismo basándose en que recibían sus sueldos de Mariela Páez, quien los dirigía en el trabajo.

El esfuerzo del recurso por quitarle su base a uno de los extremos que sirven al fallador de segundo grado para formar su criterio, referente a la prueba testimonial, no alcanza, por lo visto, a debilitar, menos aún, a destruír los fundamentos en que ese extremo se apoya.

2.—No se desvirtúa por dos declaraciones de testigos lo manifestado en la escritura 1023 citada, sobre que Alexíades pagó de contado el precio del lote de la calle 51. El artículo 1759 del C. C., refiriéndose a las manifestaciones consignadas en un instrumento público, dice que ellas hacen plena fe contra los declarantes. Miguel D. Alexíades, que otorga la escritura 1023, declara que se hizo de contado el pago del precio del lote.

3.—Que la pretendida sociedad de hecho se ocupara en una empresa con mercado nacional e internacional, no cambia, por esa razón, la naturaleza de las relaciones entre Alexíades y la Páez Reyna.

4.—Los libros de contabilidad fueron llevados conjuntamente por Alexíades y la Páez Reyna, según declaración de esta última; luego los asientos consignados en ellos constituyen prueba contra ambos.

5.— Aunque las declaraciones de renta tienen por objeto la liquidación de impuestos, ello no impide que cuando menos puedan ser consideradas como indicios.

6.—La Páez Reyna afirma que conocía la contabilidad de Alexíades por ser llevada conjuntamente con ella, pero que no recibió sueldos como empleada. El recurso expresa: "La absolvente dijo que sí conocía esa contabilidad por ser llevada conjuntamente con ella y aclaró que si figuraban sueldos eran para justificar gastos de la sociedad y pagar menos impuestos". Como el fallo impugnado lo anota, la confesión hecha por la Páez Reyna es divisible, porque existen otras pruebas —los libros de contabilidad y las declaraciones de renta—, que si no existieran, la confesión sería indivisible.

Ciertamente las páginas 48 a 57 v., cuaderno Nº 3 del expediente, están formadas por la relación que los peritos hacen de las partidas de gastos generales en que aparecen, mes a mes, desde enero de 1943, asientos en el libro de Cuenta y Razón, de los sueldos pagados a Mariela Páez Reyna.

Tampoco aparecen pues justificadas las observaciones del recurso a que aluden los puntos 2 a 6 antes relacionados.

Los reparos de la impugnación deben ser examinados, en el ámbito de la casación, dentro de la preceptiva legal pertinente y con el criterio que la doctrina ha señalado.

"Cuando el Tribunal de segunda instancia —ha dicho la Corte— forma su convicción a virtud de indicios, en materia susceptible de esta especie de prueba, su concepto sobre la certeza de los hechos presumidos es intocable en casación, salvo el caso de CONTRAEVIDENCIA, de que podrían enunciarse las siguientes hipótesis: que el sentenciador tenga por probados hechos básicos, sin estarlo, es decir que haya sacado deducciones de hechos que no están acreditados en el proceso; o que haya ignorado hechos debidamente comprobados, suficientes por sí mismos para hacer imposible la deducción que pretendió inferir de otros hechos; o que haya dejado de relacionar los varios indicios entre sí, cuando de esta labor habría necesariamente de deducirse una conclusión contraria a la abrazada por él; o en fin, cuando en la interpretación de los indicios o en la operación de conectar unos con otros, haya establecido una relación que repugna la lógica en la vinculación de causa a efecto.

"Por lo tanto, si en el proceso mental realizado por el juzgador, éste no resulta convicto de contraevidencia, ni en la contemplación de los hechos constitutivos de los indicios, ni en la tarea dialéctica de discriminar, sopesar y relacionar éstos, en razón de lo cual llegó a las conclusiones de hecho en que cristaliza la prueba, entonces, aunque sobre el elenco indiciario se pueda ensayar por el crítico interesado un análisis diverso al verificado por el sentenciador, para sacar consecuencias contrarias a las obtenidas por éste, tiénese que en esa contraposición de razonamientos forzosamente ha de prevalecer el del Tribunal, cuyas decisiones, como emanadas de quien es el agente de la justicia, revestidas están de la presunción de acierto.

"Claro es que la valoración de la prueba indiciaria, sujeta está a las normas que se contienen en los artículos 662 a 667 del Código Judicial, a cuyo abrigo se afianzan los postulados sobredichos. Por eso, no podría tener eficacia de plena prueba la presunción de hombre que consistiera en un indicio único no necesario (663), o no suficientemente grave y preciso para poder ser único (664), o que se extrajese de una coincidencia de indicios no graves, ni precisos, ni conexos entre sí (665), o de hechos que no están plenamente probados (666), o de un concurso de indicios que se refiere a uno solo o en que los argumentos sobre un hecho dependen todos de un solo argumento (667).

"Pero, siendo las calidades de necesidad, unicidad, pluralidad, gravedad, precisión y conexidad de los indicios, cuestiones de hecho cuya apreciación está confiada al juzgador de instancia, es perfectamente claro que la noción que éste se haya formado de tales calidades no puede ser desconocida en el recurso extraordinario, sino por razón de incidencia, demostrada, en error de hecho evidente". (Corte Suprema, Sala de Casación Civil, sentencia en el ordinario de Carlos Londoño Mejía contra Adelaida Giraldo de Piedrahita y otro, de 22 de noviembre de 1965, no publicada aún en la Gaceta Judicial).

Encuentra la Corte que la sentencia acusada hace un estudio de la prueba indiciaria en el presente juicio, conexa con la supuesta existencia de una sociedad de hecho para fines de lucro, entre Miguel D. Alexíades y Mariela Páez Reyna, que satisface plenamente las exigencias que este medio probatorio requiere y acorde con la doctrina que expone la sentencia de casación a que antes se ha aludido.

Los indicios son diversos, independientes unos de otros y conectados con el hecho que se pretende demostrar. Al analizarlos el Tribunal no incurre en CONTRAEVIDENCIA, pues no tiene por probados hechos que no lo están en el proceso; no ignora hechos debidamente establecidos, ni deja de tener en cuenta aspectos que el recurso plantea como de ineludible consideración. Sin embargo el fallador no halla configurada la prueba indiciaria, conforme a la estimación que hace de los elementos que debían constituírla, sobre existencia de la sociedad de hecho entre Alexíades y la Páez Reyna.

La Corte no puede desconocer en el presente recurso extraordinario la apreciación que el juzgador de segunda instancia ha hecho, en el fallo acusado, de los elementos referentes a la prueba indiciaria, que lo llevó a no encontrar acreditada la pretendida prueba que se adujo para demostrar la existencia de una sociedad de hecho entre la actora y el señor Miguel D. Alexíades. Tal apreciación no es contraria a la evidencia, como se ha anotado. Las bases en que se apoya, sustentatorias del juicio del fallador respecto del haz indiciario, no fueron afectadas ni menos invalidadas. En esas condiciones, el criterio del Tribunal sobre la certeza de los hechos presumidos es intocable por la Corte en este recurso.

El cargo no prospera.

Segundo Cargo

La sentencia recurrida viola indirectamente los artículos 2079, 2081 y 2141 del Código Civil y los artículos 472 y 475 del Código de Comercio Terrestre, por falta de aplicación, proveniente de error de derecho en la apreciación de las pruebas, motivado por infracción de medio de los artículos 606, 609, 910 y 697 C. Judicial, en relación con el parágrafo único del artículo 2º del Decreto Extraordinario Nº 243 de 1951 (artículo 575 del C. J.).

Para fundar el cargo se expresa que los errores de derecho en que incurrió el **ad-quem** determinaron que no tuviera como demostrado, estándolo, que entre Miguel D. Alexíades y Mariela Páez Reyna existió una sociedad de hecho. Cita numerosas declaraciones de testigos y sostiene que conforme a ellas "ha quedado plenamente comprobada la existencia de la sociedad de hecho"; que el alcance probatorio de esos testimonios "lo hizo al fundamentar el primer cargo, haciendo las transcripciones indispensables". Que como no lo estimó así el fallador de segunda instancia, incurrió en la **violación medio** del artículo 697 del C. J., la que lo llevó a la **violación fin** de las disposiciones sustanciales invocadas al enunciar este cargo.

"Esto es más evidente si se repara en que en el proceso figuran pruebas documentales que guardan estrecha conexión con la materia a que se contraen las declaraciones, pruebas a las que concretamente me referí en la sustentación del cargo anterior.

"Las posiciones a que fue sometida la actora constituyen una prueba irregularmente producida, no tanto por haberse presentado el nuevo pliego de preguntas cuando estaba vencido el

término para solicitar pruebas y cuando se hallaban practicadas las pedidas por la actora, lo que va contra la lealtad de las partes en el proceso, sino porque fueron absueltas en una fecha en que no podían ser oídos los demandados por no haber satisfecho unas costas.

"Evidentemente, la actora absolvió posiciones a petición de los demandados el 11 de octubre de 1962.

"Los demandados interpusieron recurso de alzada contra el auto de 8 de febrero de 1962 (f. 71 cdn. 3º) y el Tribunal Superior de Bogotá, mediante providencia de 30 de abril de ese año, visible a folios 81 vuelto y 82 del mismo cuaderno, confirmó el auto apelado y condenó en costas a la recurrente, las cuales fueron liquidadas en $ 101.00 y debidamente aprobadas (fls. 82 y 83 vtos. cdno. 3º).

"Consta en el folio 318 del cuaderno 1º que los demandados consignaron las costas, incompletas, el 27 de mayo de 1963. Luego las posiciones fueron absueltas después de la ejecutoria del auto que aprobó la liquidación de las costas y mucho antes de que el valor de éstas fuera consignado, es decir, cuando no podía oírse a la parte que había solicitado esa prueba, conforme lo preceptúa el Parágrafo del artículo 2º del Decreto Nº 243 de 1954 (sic.), sustituto del artículo 575 del C. J.

"En consecuencia, al darle el Tribunal pleno valor a las posiciones absueltas por la demandante, cometió error de derecho, pues estimó una prueba que no podía apreciar, por la razón anotada. Y no vaya a sostenerse que con la consignación a posteriori sobrevino la convalidación de esa probanza, porque no fue consignado el valor total de las costas".

SE CONSIDERA:

1.—Las referencias que se hacen a las declaraciones de testigos y la afirmación de que conforme a ellas quedó demostrada la existencia de la sociedad de hecho se refieren a una materia que ya fue estudiada al despachar el primer cargo; y que no articula con la sola novedad que el segundo cargo implica, al plantear la existencia de una infracción de medio, "en relación con el parágrafo único del artículo 2º del Decreto Extraordinario Nº 243 de 1954 (artículo 575 del C. J.)".

2.—El Decreto Extraordinario a que seguramente quiso referirse el recurrente es el 243 de 1951 y no el 243 de 1954, que él señala; y como se indica que aquél sustituyó el artículo 575 del C. J., debe admitirse que hay un error de cita de la fecha de un decreto, mas no de la disposición que se pretende invocar. Esta, artículo 2º, Decreto 243 de 1951, dice:

"Artículo 2º—El artículo 575 del Código de Procedimiento Civil quedará así:

"Se condena en costas, salvo las excepciones legales, en los casos siguientes:

"1º... 2º... 3º... 4º... y 5º...

"Parágrafo.—El litigante que ha sido condenado en costas, una vez ejecutoriado el auto aprobatorio de la liquidación respectiva no será oído en juicio mientras no presente el recibo de pago o no consigne su valor".

Por la infracción de lo dispuesto en el parágrafo transcrito, y según se anotó, se plantea el segundo cargo.

No comprende pues, consecuencialmente, sino el punto relacionado con la audiencia en el juicio a una parte que no ha pagado el valor de unas costas, concretamente la cantidad de $ 10.00 moneda legal, diferencia entre la de $ 101.00, monto de las costas liquidadas y la de $ 91.00 que se cubrió de acuerdo con constancia que aparece en autos. Los otros puntos a que alude el recurso, afirmando que constituyen reparos por infracciones de carácter legal, no quedan comprendidos, por tanto, en el segundo cargo del recurso.

3.—El cargo en sí se refiere a la admisión como prueba de las posiciones absueltas por la actora, cuando no podía ser oída por estar pendiente el pago del saldo de $ 10.00 como costas.

Decretadas y absueltas las posiciones, y en la hipótesis de que el peticionario de la prueba no hubiera debido ser oído, si la demandada, sin reclamo alguno las absolvió, no puede ser admitida ahora a desconocer el mérito demostrativo de su propia confesión.

RESOLUCION

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 veintisiete (27) de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), proferida en el presente juicio 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 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.



CASACION

Alegación de error de hecho y de derecho, simultáneos, respecto de un mismo medio de prueba. - Cargos subsidiarios. - Violación directa y violación indirecta de la ley. - En cada uno de los cargos que se formulen en casación, deben precisarse en forma concreta las normas legales que se estiman violadas.

1.—Es constante la doctrina expuesta por la Corte en numerosos fallos en los cuales se manifiesta que no es de recibo en casación alegar al mismo tiempo el error de hecho y el de derecho, porque ellos entrañan situaciones distintas y contrarias. Al efecto puede verse lo expuesto por la Corte en casación de 24 de junio de 1965 (Ordinario de Domingo Monsalve Muñoz contra Luis y Francisco Monsalve Muñoz).

2.—Por lo que respecta al cargo hecho en forma subsidiaria, ha dicho la Corte que esta manera de acusación es inaceptable en el recurso extraordinario, como puede verse en sentencia del 20 de febrero de 1959 (G. J. XC. pág. 22 y 23).

3.—La lectura del cargo pone de presente que en él se incluyen diversos y contrarios conceptos sobre su contenido. Afirma la censura que el fallador violó en forma directa por interpretación errónea del concepto de culpa las normas sustanciales citadas, pero al mismo tiempo hace clara alusión a que el Tribunal se equivocó en la interpretación de las pruebas, lo que equivale a formular un ataque por violación indirecta de las normas sustanciales citadas. Semejante planteamiento coloca a la Corte en situación de no poder definir, ni lo puede hacer dentro de la órbita del recurso, cuál es en realidad el cargo propuesto, el que ha debido ser preciso y claro en su formulación, esto es si se trata de violación directa o indirecta de las aludidas normas.

4.—No es correcto dentro de la técnica del recurso extraordinario citar como violadas normas sustanciales señaladas en censuras distintas. Los cargos son autónomos, tienen individualidad propia y por lo tanto en cada uno de ellos deben precisarse en forma concreta las normas legales que se estiman violadas.

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

(Magistrado ponente: doctor Ignacio Gómez Posse).

Se resuelve el doble recurso de casación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en la demanda ordinaria promovida por CECILIA ASTORQUIZA contra el BANCO CAFETERO de la ciudad de Pasto.

Primero.—Cecilia Astorquiza L. ingresó a trabajar al servicio del Banco Cafetero en Pasto desde el 21 de julio de 1955 con el cargo de archivera que desempeñó hasta el 22 de julio de 1959, en que fue despedida con nota "confidencial" que le dirigiera el gerente concebida en estos términos: "Pasto, julio 22 de 1959. - CONFIDENCIAL. - Señorita Cecilia Astorquiza L. - La Ciudad. - Estimada señorita: En cumplimiento de terminantes instrucciones impartidas por la oficina principal, comunicamos a Ud., que hemos resuelto dar por terminado el contrato de trabajo a partir del 19 de los corrientes, que en su condición de empleada de la sucursal tenía firmado con el Banco desde el 21 de julio de 1955. - Fundamos la anterior determinación en el hecho de haber encubierto el desfalco que venía produciéndose en la sección de ahorros, a cargo del señor Luis Eduardo Escrucería, con la apropiación indebida de fondos correspondientes a clientes de ahorros. - En cuanto a las prestaciones sociales que se han causado a su favor, sírvase reclamarlas en esta oficina. Al agradecer a Ud. los servicios

prestados a la institución, quedamos como sus atentos servidores y amigos. Banco Cafetero. - Sucursal de Pasto. (Firmado) Tancredo Rincón O., Gerente".

Segundo.—El despido de la señorita Astorquiza fue resuelto por el Banco a raíz de ilícitos que se venían cometiendo en el mismo y que fueron denunciados por el gerente en orden a que la justicia penal adelantara la correspondiente investigación.

Tercero.—El juicio fue fallado en primera instancia sin cargo alguno en contra de Cecilia Astorquiza, a quien ni siquiera se indagatorió dentro de la investigación, puesto que el instructor le recibió declaración juramentada, colocándose a ella al margen del hecho de encubridora que le imputó el gerente del Banco demandado. Tal fallo fue confirmado en segunda instancia por el Tribunal Superior.

Cuarto.—A raíz de la investigación penal Cecilia Astorquiza quebrantada en su patrimonio moral por la imputación que le hiciera el gerente, tuvo que ausentarse de Pasto y radicarse en Cali. Su reputación, conducta social y el honor de su persona y familia, colocados en tela de juicio fueron motivos suficientes para ausentarse de esta ciudad.

Quinto.—Cecilia Astorquiza atendía con su sueldo el sostenimiento de su casa, por cuyo motivo, con el despido injustificado, se le han causado perjuicios de orden material a la vez que perjuicios de orden moral deducidos del hecho de haberse colocado en menos ante la sociedad de Pasto, y del inmenso sufrimiento que le ocasionó el despido resuelto con base en la imputación de "encubridora" de los ilícitos cometidos contra el patrimonio del Banco.

Con base en los hechos anteriores, la actora formuló las siguientes súplicas:

"a) Que el Banco Cafetero de esta ciudad, está obligado a pagarle la suma de $ 100.000.00, como perjuicios materiales ocasionados a ella como consecuencia de las falsas imputaciones de que fue víctima por parte de la directiva del Banco...

"c) Que el Banco Cafetero debe pagar a la señorita Astorquiza la suma de $ 10.000.00 como indemnización por perjuicios morales objetivados...

"d) Que el mismo Banco está obligado a pagarle la suma de $ 50.000.00 por perjuicios morales subjetivos...".

La acción la fundamentó en lo dispuesto en los artículos 2341, 2347 y 2356 del C. C.

El Banco demandado se opuso rotundamente a las peticiones de la demanda; admitió unos hechos parcialmente, negó otros y advirtió que "el despido de la señorita Cecilia Astorquiza se hizo por justa causa, lo cual consigna el gerente doctor Tancredo Rincón O. en la nota confidencial citada, aunque en forma no bien precisada; que el despido se debió a causa legal y justa sin que se le hubiera hecho denuncio alguno por comisión de ilícitos". Acepta que la "señorita Astorquiza no apareció como procesada en la investigación de los hechos delictuosos por abuso de confianza y otros ilícitos cometidos en la sección de ahorros y otras dependencias del Banco". Afirma la contestación asimismo: "Que la nota de despido es confidencial, y la afirmación de encubrimiento se refiere a causal de despido porque como hecho delictuoso no se ha denunciado".

La sentencia de primera instancia condenó al Banco Cafetero Sucursal en la ciudad de Pasto "A indemnizar la suma de $ 2.000.00 moneda corriente a la señorita Cecilia Astorquiza, como satisfacción de perjuicios morales subjetivos causados por culpa o imprudencia al imputarle un grave cargo con ocasión de un ilícito realizado en dicha entidad".

Apelada esta sentencia por los apoderados de las partes, la querella fue desatada por el Tribunal en el fallo objeto de los recursos y en donde se resolvió: "Condenar al nombrado Banco representado por su gerente Tancredo Rincón O., a indemnizar la suma de $ 10.000.00 a la señorita Astorquiza por compensación de los perjuicios morales objetivados causados por culpa al imputarle un cargo grave con ocasión de un ilícito realizado por otras personas en dicha entidad".

LA SENTENCIA ACUSADA

El fallador hace un análisis en relación con la responsabilidad civil extracontractual y determina los elementos axiológicos que en esta clase de acciones deben demostrarse de manera plena por el demandante.

a) La culpa o hecho dañoso; b) El perjuicio; y c) La relación de causalidad entre aquella y éste.

Al entrar a estudiar la culpa, el Tribunal da cuenta de los antecedentes que anteriormente

se han expuesto y se refiere a la denuncia presentada por el gerente del Banco el 19 de junio de 1959, ampliada posteriormente el 25 de julio y luego el 27 de agosto del citado año.

Y anota el Tribunal que "Es muy oportuno observar, según las transcripciones que anteceden, que el señor gerente al formular su denuncia y sus ampliaciones, no sindicó a persona alguna determinada como responsable y que sin embargo, el 22 de julio de 1959, o sea tres días después de haberse presentado el denuncio inicial", el gerente comunicó a la señorita Astorquiza que en cumplimiento a determinantes instrucciones impartidas por la oficina principal, la entidad bancaria había resuelto dar por terminado el contrato de trabajo con ella suscrito, fundándose "en el hecho de haber encubierto el desfalco que venía produciéndose en la sección de ahorros".

Destaca el Tribunal el contraste de la conducta asumida por el gerente para no denunciar concretamente a persona alguna como responsable de los ilícitos para, inmediatamente después despedir a la señorita Astorquiza por haber encubierto el desfalco que venía produciéndose en la sección de ahorros. "Es decir, imputó a dicha empleada la calidad de encubridora. El encubrimiento es un delito previsto en el artículo 199 del C. P....".

Y agrega el fallador:

"Pero sucede que posteriormente siguió su curso la investigación hasta que por fallo de 25 de agosto de 1960, el Juzgado Primero Superior de Pasto resolvió condenar a Jaime Castañeda Domínguez y a Luis Eduardo Escruceria como responsables de un delito de abuso de confianza. Esa sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior, por fallo de 30 de enero de 1961. En dichos fallos, como puede verse de las copias que corren a folios 17 y ss. del cuaderno Nº 2, no se culminó ninguna condena contra la empleada Astorquiza, ni como responsable directa, ni como encubridora. Pero hay más aún: ni siquiera se le recibió indagatoria, sino una simple declaración".

"Resulta entonces que la justicia penal ninguna responsabilidad dedujo contra la señorita Astorquiza. ¿Cómo es posible —se pregunta el Tribunal— que el señor gerente, al iniciarse la investigación, haya imputado a la empleada tantas veces nombrada el cargo de encubridora?".

"Sin mayor esfuerzo salta a la vista el error de conducta, la falta de diligencia y previsión, la ligereza como actuó el señor gerente del Banco Cafetero, al imputar en contra de una empleada de su dependencia, un cargo de tánta gravedad que implica la ejecución de un hecho delictuoso. Que es precisamente lo que constituye la culpa, la cual según los hermanos Mazeaud consiste en 'un error de conducta en que no hubiera incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del perjuicio'. Actividad culposa que se hace más notoria si se tiene en cuenta que la señorita Astorquiza ningún control, ninguna revisión o ingerencia, tenía en el desempeño de sus funciones sobre las secciones de ahorros y de cartera en las cuales se produjo el desfalco; y si se tiene en cuenta también que un gerente de un Banco, por ser persona preparada, ilustrada, de experiencia, o por lo menos presumírsele de tal, debe observar una conducta serena, prudente en el trato, tanto con los clientes como con los empleados que trabajan bajo su dependencia".

De lo anteriormente expuesto, el fallador deduce: "Que se ha evidenciado la ejecución del hecho culposo, o simplemente culpa, cuyas consecuencias se pasan a averiguar en el capítulo siguiente".

Otro aparte de la sentencia versa sobre el daño ocasionado a la señorita Astorquiza por la destitución inmotivada. Al efecto el Tribunal reproduce y comenta las declaraciones de José Vicente Ibarra, Alfredo Coral Velasco, Mariana Herazo de Trujillo y el doctor Eduardo Trujillo Herazo de las cuales infiere que: "Como puede verse de los cuatro testimonios antes transcritos, que corresponden a personas honorables de la ciudad de Pasto como lo abona el juez del conocimiento, las consecuencias del despido fueron graves para la empleada Astorquiza. El impacto no sólo repercutió moral y materialmente en su propia persona, sino en el de su familia que ambas —ella y su familia— son de reconocida honorabilidad, de conducta privada y pública honestas, y por lo mismo acreedoras al aprecio y estimación de la sociedad de Pasto".

Pasa luego el fallador a hacer la distinción entre los bienes patrimoniales y extrapatrimoniales que pueden ser afectados por el hecho de terceros y se extiende en el estudio de lo que es el perjuicio moral propiamente dicho y los perjuicios de afección "que son los que hieren

la parte afectiva del patrimonio moral, las convicciones y los sentimientos de amor dentro de las vinculaciones familiares, como la pérdida o el daño a personas queridas o la destrucción o deterioro de objetos materiales representativos de valor de afección".

Y al referirse concretamente al artículo 2341 del C. C., dice:

"Ciertamente, el artículo 2341 del C. C. no hace distinción del daño que produce el delito o la culpa y que genere la obligación de indemnizar a la víctima, habla lisa y llanamente del daño producido. Es, como ya se anotó, la Corte Suprema de Justicia, la que aceptando la doctrina de los autores, ha establecido jurisprudencia en el sentido de clasificar las distintas clases de daños. Y así del sinnúmero de doctrinas que sobre el particular podrían citarse, basta transcribir la siguiente:

'La reparación de daños morales, no definida ni establecida especialmente en nuestro derecho, ha sido desde hace largos años admitida por la jurisprudencia nacional al igual que la referente a perjuicios materiales, en consideración a que la ley no hace diferencia entre las dos especies de daños y a que los intereses morales no pueden estar jurídicamente menos protegidos que los propiamente patrimoniales. La aplicación que a esta doctrina se ha venido dando, adolece, sin embargo, de cierta vaguedad y falta de diferenciación adecuada en estas dos causas de reparación en forma que va dando lugar a generalizaciones excesivas que aconsejan recordar, aunque sea en el modo sumario que el caso requiere, la naturaleza de los daños morales que pueden comprometer la responsabilidad civil.

"Adoptada esta dualidad de fuente en la acción de reparación civil, se han dividido los bienes jurídicos de la persona en las dos grandes categorías de patrimoniales y extrapatrimoniales. Los primeros que sirven para procurar a sus dueños satisfacciones pecuniarias o apreciables en dinero, como los derechos reales, los de crédito, los que resultan del ejercicio de una profesión u oficio, etc.; y los segundos, inherentes a la persona humana, como el derecho a la vida, la libertad, el honor, la reputación, y los derechos de familia que se originan en las cualidades de hijo, padre, esposo, etc. De esta clase surge la del daño, que en sentido lato es la privación o menoscabo de un bien, según afecte o lesione a una u otra de las dos categorías.

"Daño o perjuicio material es el que consiste esencialmente en una disminución o quebranto de un bien en un sentido pecuniario, y que puede afectar a una persona en su patrimonio, como construyendo fosos para secar una fuente, o destruyendo o desmejorando bienes raíces o mobiliarios; o en su PERSONA FISICA, como un accidente de locomoción, el error de un médico o de un cirujano o farmacéutico, el contagio de una enfermedad, especialmente venérea.

"Perjuicio moral es el que sobreviene de un hecho ilícito que ofende, no los derechos patrimoniales ni la persona física, sino la personalidad moral del damnificado hiriendo uno de sus intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama PATRIMONIO MORAL de una persona. El daño moral puede entenderse de dos maneras que dan lugar a su subdivisión, en PERJUICIOS MORALES PROPIAMENTE DICHOS, que son los que afectan la "parte social del patrimonio moral", como los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales, protegidos por las leyes que sancionan la calumnia, la injuria, la difamación, y en PERJUICIOS DE AFECCION que son los que hieren la parte afectiva del patrimonio moral, las convicciones y los sentimientos de amor dentro de las vinculaciones familiares, como la pérdida o el daño a personas queridas o la destrucción o deterioro de objetos materiales representativos de valor de afección. Ambas especies de daño moral se han tenido por nuestra jurisprudencia como fuentes generadoras de la obligación de reparar; la última fundada en un mero interés sentimental o de afecto, que Josserand llama pretium doloris y que Ripert combate por considerar inconveniente e inmoral ponerle precio al dolor, se admitió por la Corte, a pesar de la evidente dificultad para su apreciación que siempre resulta arbitraria y a pesar de que carece de naturaleza compensatoria, desde el año de 1922 en sentencia de 21 de julio en la que estableció que para la fijación del cuantum debe tenerse en cuenta la posición social de los interesados, el grado de cultura, y la magnitud del pesar causado..." (sentencia de 15 de marzo de 1941. T. L. pág. 794 de la G. J.)".

Sobre estas consideraciones y otras en que abunda el fallo deduce el sentenciador la existencia del daño moral objetivado ocasionado a la actora.

En otro acápite estudia la relación entre la culpa y el daño y al efecto expresa, entre otras

consideraciones que: "en el caso que se estudia y teniendo presente las pruebas allegadas al juicio, es fácil deducir que entre el hecho culposo ejecutado por el gerente del Banco Cafetero de esta ciudad y el perjuicio o daño producido en el patrimonio moral y material de la empleada despedida, existe una necesaria y obligada relación". Afirma que: "Según las probanzas, Cecilia Astorquiza desempeñó el cargo de jefe de correspondencia, archivo y almacén con eficiencia y honorabilidad, condiciones que reconoce el propio gerente en su absolución de posiciones". Vuelve a insistir en el cargo formulado en la carta de despido para concluír que las condiciones de honorabilidad y buena conducta de una persona se ponen en tela de duda cuando han mediado antecedentes del que es motivo de estudio, por ello la persona afectada con el cargo delictivo de que se le hace objeto gratuitamente, se encuentra en situación económica desventajosa por falta de trabajo y de facilidad para conseguirlo, debido precisamente a las circunstancias anotadas".

Y trae a colación el siguiente comentario:

"Pero el señor apoderado del Banco trata de establecer que el traslado de la señorita Astorquiza de esta ciudad a la de Cali se debió a que allá tenía sus familiares, y que allá tenía deseos de ir a trabajar. Esta circunstancia no está suficientemente esclarecida, pues la prueba en todo caso es contradictoria; pero lo que es cierto y evidente es que una persona en tales circunstancias, necesariamente tiene que desplazarse del sitio donde se le inculpó la ejecución de un ilícito, tanto para salvaguardiar su nombre y buena fama, como para conseguir trabajo".

"De lo hasta aquí expuesto puede concluírse ya que la demandante ha logrado establecer de manera plena los requisitos que estructuran y confluyen a darle vida jurídica a la acción de responsabilidad civil extracontractual o culpa aquiliana. Es del caso ahora averiguar si se ha demostrado, como lo requiere la ley, la cuantía de los daños materiales y morales".

Bajo el título "cuantía de los daños", el sentenciador examina el concepto pericial de los señores doctor Bayron Silva Hurtado y Telmo Mutis D., quienes manifestaron que no avalúan ningún perjuicio material "pues consideran que en los autos no existe un punto de partida cierto y determinado, que permita siquiera por inferencia llegar a una evaluación global (sic) de los perjuicios materiales causados; por esta razón nos abstenemos de entrar a considerar los perjuicios materiales". Este concepto de los peritos lo acepta el Tribunal.

Perjuicios morales.

Se refiere la sentencia a lo que sobre el particular expusieron los expertos:

"La determinación de los perjuicios morales requiere bases ciertas del daño, aunque no determinen cantidad, porque de lo contrario el experticio en este punto se reduciría a una simple operación aritmética y entraría a confundirse en muchos casos con el perjuicio material. Para nuestro concepto partimos de los siguientes hechos que existen en el expediente: a) La demandante señorita Astorquiza L., estuvo en el Banco Cafetero; b) La demandante a raíz de un hecho penal en el cual no figura como procesada, fue suspendida de su cargo; c) La suspensión del cargo que desempeñaba le fue comunicada por oficio que hace referencia penal a un proceso en el cual no tiene ni siquiera participación accesoria como actora; d) Estuvo al servicio del Banco Cafetero desde el 21 de julio de 1955 hasta el 19 de julio de 1959; c) Según unas declaraciones (otras niegan este hecho) la demandante señorita Cecilia Astorquiza se vió obligada a trasladarse a Cali a buscar trabajo por no poderlo conseguir en esta ciudad en virtud de su despido del Banco Cafetero; f) La demandante goza del aprecio de sus conocidos y sociedad en general por su buena conducta y honorabilidad. Con los citados elementos de juicio y considerando que el perjuicio moral al cual se refiere el C. P. en su artículo 95 únicamente tiene por objeto estrictamente el daño inmaterial (sic) subjetivo imposible de determinarse hasta el punto de que se confunde con el pretium doloris de que habla Josserand, consideramos nosotros que en el presente caso sí existen presupuestos ciertos y suficientes para determinar la lesión que ha sufrido el patrimonio moral de la demandante en su repercusión social, por lo cual fijamos los perjuicios de carácter moral en la suma de $ 20.000.00". (fl. 16 c. Nº 7).

Y luego de hacer un estudio sobre el perjuicio moral objetivado para que pueda ser determinado en suma de dinero, manifiesta que: "Para el caso que estudia el Tribunal existe el concepto pericial de los doctores Bayron Silva Hurtado y Telmo Mutis D. Este concepto se pro-

dujo en forma unánime, se corrió en traslado a las partes y no fue objetado. Por tanto tiene las características de plena prueba, según el artículo 721 del C. C.".

Entra el Tribunal a motivar la existencia de una concurrencia de culpas entre la demandante y el Banco. Culpa que por parte de la señorita Astorquiza al no dar inmediato aviso a la gerencia del Banco de los hechos delictuosos de que le dieron cuenta los inculpados "no da pie para incluírla en la categoría de delincuente como encubridora". Porque la misma investigación penal llegó a la conclusión de la absoluta inocencia de la señorita Astorquiza; pero al mismo tiempo se advierte la culpabilidad del Banco que el fallador analiza a la luz de algunos expositores, para concluír que: "dando vigencia a la teoría de la división de responsabilidad bajo la forma de una moderación de los daños y perjuicios reconocidos a la víctima, ese avalúo se le atenúa en contra del actor del daño, condenándolo a pagar únicamente la suma de $ 10.000.00, o sea en su mitad, por razón se repite de la concurrencia de culpa".

RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE

El cargo.

El recurrente acusa la sentencia por "infracción directa (por error de hecho y de derecho en la estimación de algunas pruebas) de los artículos 2341 y 2342 a 2352 inclusive, del C. C." que distribuye en varios apartes así:

Infracción directa. - La hace consistir el recurrente en que el sentenciador violó directamente las citadas normas por cuanto que no dio aplicación a lo dispuesto por el artículo 553 del C. J., porque ha debido condenar "en abstracto para que a posteriori" se hubiera fijado el quantum de los perjuicios materiales ocasionados a la señorita Astorquiza.

El recurrente para fundamentar su censura transcribe varios pasos de la sentencia y manifiesta: "Que sin lugar a duda el Tribunal halló establecidos de manera plena los requisitos que estructuran y confluyen a darle vida jurídica a la responsabilidad civil extracontractual o culpa aquiliana, pero echó de menos la completa demostración de los perjuicios materiales, solamente porque no fueron expresamente fijados por los peritos en su experticio y que al encontrar el Tribunal integrados todos los elementos que conforman la acción indemnizatoria, debió necesariamente formular la respectiva condenación en abstracto a fin de que los perjuicios totalmente demostrados en el juicio, fuesen liquidados mediante el incidente ulterior previsto en el citado artículo 553 del C. J.".

El impugnante se refiere a una serie de testimonios recibidos en juicio y con los cuales afirma se demostró que la señorita Astorquiza había recibido indudables perjuicios materiales, testimonios que el Tribunal no tuvo en cuenta, como debiera haberlo hecho, para hacer la correspondiente condenación en abstracto por perjuicios materiales causados a la actora.

La Corte considera:

El Tribunal no violó en forma directa "por falta de aplicación" las normas señaladas en conjunto por el recurrente con una indudable falta de técnica al formular el recurso; todo lo contrario: el fallador al pronunciar su sentencia la fundamentó precisamente en las disposiciones sustanciales en que se pretendiera apoyar el cargo; pero el recurrente sostiene la censura invocando una norma procedimental que, según su criterio, el Tribunal ha debido aplicar para hacer una condenación en abstracto en relación con los perjuicios materiales cuando el dictamen de los peritos manifiesta en forma clara que "no existe un punto de partida cierto y determinado que permita siquiera por inferencia llegar a una evaluación de los perjuicios materiales causados". Si dentro del debate probatorio en el juicio se llegó a ese extremo, el Tribunal no ordenó la condena en abstracto, porque los mismos expertos no encontraron base para poder determinarlos, cuando, como lo anota el propio Tribunal, le hubiera sido fácil a la actora producir la correspondiente demostración.

El cargo, por lo demás, aparece formulado de manera contraria a los preceptos que regulan el recurso; pues si de acuerdo con el impugnante el Tribunal no tuvo en cuenta las declaraciones que se refieren al hecho de que la actora en el juicio recibió indudables perjuicios materiales, el ataque por violación de las normas citadas no podía hacerse por vía directa como se ha hecho, sino acusando por error de hecho en que hubiera incurrido el fallador por la no apreciación de los referidos testimonios.

Se rechaza el cargo.

"Violación indirecta.—A esa violación, dice el impugnante llegó el Tribunal por error de hecho

y de derecho en la apreciación de las pruebas reproducidos de donde dijo derivar la culpa concurrente de la demandante". Transcribe un paso de la sentencia en la cual se afirma que la señorita Astorquiza sí tuvo conocimiento de los hechos delictuosos perpetrados en el Banco Cafetero y que sobre ella "pesaba la obligación ineludible de informar sobre el particular a su superior inmediato, el gerente del Banco". Ataca esta apreciación del fallador y entra al análisis de las pruebas con las cuales pretende sostener que "el sentenciador cometió un evidente error de hecho y de derecho en la apreciación casi tácita que hizo del haz probatorio, con violación indirecta de las precitadas normas sustantivas". "Este doble error jurídico y de facto repercutió en la condena" que llevó al fallador a reducir a la mitad la condena en cuanto al pago de los mismos perjuicios morales objetivados, violando "por mala aplicación los artículos 2341 y 2352 del C. C.".

LA CORTE CONSIDERA:

Es constante la doctrina expuesta en numerosos fallos en los cuales se manifiesta que no es de recibo en casación alegar al mismo tiempo el error de hecho y el de derecho, porque ellos entrañan situaciones distintas y contrarias; así en sentencia de 24 de junio de 1965, aún no publicada en el Organo de la Corporación, se dijo:

"En múltiples ocasiones lo ha repetido la Corte, que es contrario a la técnica de casación acusar por error de hecho y de derecho, simultáneamente, una determinada prueba, porque un proceder semejante va directamente en contra del ordinal primero del artículo 520 del Código Judicial, según el cual ha de afirmarse si la violación de la ley, en el caso de errónea estimación de la prueba, tiene lugar por error de derecho o por error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Además, porque resulta contradictorio que la acusación se produzca en ambos sentidos, cuando la impugnación por error de valoración legal supone necesariamente que la prueba existe materialmente en el proceso y que ha sido estimada. Y siendo esto así no es posible hablar de error de hecho, que implica desconocer la prueba que obra en el proceso o dar por militante en él una que allí no existe".

Se rechaza el cargo.

Recurso del Demandado Opositor

Se inicia la demanda exponiendo los antecedentes del negocio; y transcribe la carta dirigida a Cecilia Astorquiza, que dió origen al litigio; se insertan algunos párrafos de la sentencia recurrida y se afirma que:

"Ciertamente en el Banco Cafetero S. A., en su sucursal de la ciudad de Pasto fué víctima por parte de sus empleados Jaime Castañeda y Luis Eduardo Escrucería del delito de abuso de confianza, consistente en la apropiación de cerca de veintitrés mil pesos de la sección de ahorros, ilícito cometido en forma continuada desde el mes de septiembre del año de 1956 y el mes de junio del año de 1959.

"La señorita Cecilia Astorquiza L., desde el mes de julio del año de 1955 era empleada del Banco Cafetero S. A. en la sucursal de la ciudad de Pasto. Los mismos comprometidos en el abuso de confianza al Banco lo informaron a la señorita Astorquiza el ilícito cometido desde el día 16 de junio de 1959, quien se dió a la tarea de tratar que estos consiguieran la suma de dinero sustraído pero sin darle cuenta al gerente del Banco, ni denunciarlos ante las autoridades, situación que se continuaba al recibo de la carta que se ha transcrito y que lleva fecha 22 de julio siguiente.

La Censura

Contra la sentencia del Tribunal se formulan cinco cargos que se enumeran en el capítulo primero de la parte segunda, expuestos así:

"1º—Violación de la ley sustantiva en forma directa por error de interpretación (artículo 520 del C. J. ordinal 1º, artículo 52 Decreto-ley 2525 de 1963, ordinal 1º).

"2º—Violación de la ley en forma indirecta por error de hecho (inciso 2º artículo 520 del C. J. Decreto-ley 2525 de 1963, inciso 2º).

"3º—Violación de la ley en forma indirecta, por error de hecho (inciso 2º, artículo 520 del C. J. Decreto-ley 2525 de 1963, inciso 2º).

"4º—Violación de la ley en forma indirecta por error de hecho (inciso 2º artículo 520 del C. J. Decreto-ley 2525 de 1963, inciso 2º).

"5º—Violación de la ley sustantiva en forma indirecta por error de derecho (inciso 2º artículo 520 del C. J., Decreto-ley 2525 de 1963, inciso 2º).

Cargo Primero

Dice el recurrente que el Tribunal relieva: "Que en la denuncia que formuló el señor Tancredo Rincón O., en su condición de gerente del Banco Cafetero S. A. y en sus ampliaciones no 'sindicó a persona alguna determinada como responsable'. Y que este hecho es evidente, como lo es también que la carta donde se encuentra el dicho que se estima como culposo por parte del Banco es de fecha 22 de julio de 1959, es decir, tres días después de la presentación de la denuncia y ocho después de haber tenido conocimiento la señorita Astorquiza de la sustracción de los dineros de la Caja de Ahorros del Banco Cafetero. Expone el recurrente que estos hechos "y la circunstancia de que la investigación penal sobre desfalco no sindicó a la señorita Astorquiza, en el delito de abuso de confianza, son tomados por el Tribunal como sillares de la estructuración de la culpa...".

Y más adelante manifiesta que al comentar el aparte del fallo, que se ha transcrito: "Estos hechos desde el punto de vista probatorio no admiten discusión, son verdad procesal que se impone, pero el Tribunal cometió error sobre el significado de la norma para apreciar falsamente la noción de culpa contenida en los artículos 2341, 2356, 2357 y concordantes del C. C....".

Luego entra el impugnante a hacer una distinción entre lo que debe entenderse por noción de culpa en abstracto y la misma noción desde el punto de vista concreto: trae a cuenta a los hermanos Mazeaud, sobre este particular para concluír que la apreciación del Tribunal para encontrar configurada la culpa pone de manifiesto una "mala interpretación de las normas que regulan el concepto de la culpa puesto que la culpa civil no intencional debe aplicarse in abstracto, situándose en las mismas circunstancias del actor del daño valorando su conducta en sentido objetivo".

Concluye el cargo declarando que el fallador violó en forma directa las citadas normas sustantivas "puesto que en la sentencia se hace una apreciación de la culpa en forma subjetiva cuando el criterio jurídico es el objetivo".

"Subsidiariamente, dice el opositor demandante en casación, ataco el fallo por violación de la ley sustantiva en forma indirecta como consecuencia de la mala apreciación de los hechos...".

LA CORTE CONSIDERA:

Atrás se ha insertado el párrafo correspondiente de la sentencia en que el fallador invocando también a los hermanos Mazeaud citados por el recurrente opositor define la culpa como un error de conducta en que no hubiera incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias externas en que se hallara el autor del perjuicio. Y no es exacto que el sentenciador hubiera hecho una apreciación de la culpa en forma simplemente subjetiva, porque él precisó las circunstancias concretas en que sin explicación alguna se escribió la carta de destitución de doña Cecilia Astorquiza. Esta situación la ha tenido en cuenta en forma concreta el Tribunal para deducir la culpa del Banco frente a una empleada de inferior categoría dentro de la institución, pues con evidencia manifiesta resulta que el gerente tuvo conocimiento del hecho delictivo porque de ello le dió aviso el 17 de junio de 1959 Beatriz Ramírez Morán, inspectora de caja y revisora de los comprobantes de ahorros, a quien la víspera la demandante, quien se encontraba en uso de vacaciones, le dió el informe respectivo porque estimó "que Beatriz sería la persona indicada para avisarle de esto al gerente del Banco, como en realidad lo hizo"; el conocimiento del desfalco lo tuvo la actora el 16 de junio, porque de ello le dió cuenta uno de los sindicados materiales que pretendió conseguir dinero para ocultar el delito; es decir, el mismo día en que la señorita Astorquiza tuvo conocimiento del delito, en esa misma fecha le dió cuenta a su superiora inmediata, la inspectora de caja y revisora de los comprobantes de ahorros. El 19 de junio el gerente del Banco presentó el denuncio respectivo y el 22 le dirigió a la actora la carta en que dió por terminado el contrato de trabajo con ella existente "fundando la determinación en el hecho de haber encubierto el desfalco que venía produciéndose en la sección de ahorros, a cargo del señor Luis Eduardo Escurcería". El gerente a quien hay que suponer como persona prudente y responsable de sus actos, como así lo considera el fallador, debió tener en cuenta también la situación concreta en que se hallaba la señorita Astorquiza, empleada perfectamente desvinculada de las actividades de la sección bancaria en donde se cometió el desfalco.

Es claro que el gerente del Banco podía prescindir en cualquier momento de los servicios de su empleada, mediante el pago de las prestacio-

nes legales a que hubiere lugar; la señorita Astorquiza en este evento ninguna reclamación distinta podría hacerle al Banco; pero ella lo que demanda son los perjuicios causados por la imputación delictiva que se le hizo en la carta que se ha cuestionado.

Si hubiera estimado que la señorita Astorquiza era encubridora, el gerente ha debido formular contra ella un denuncio en concreto, en cumplimiento de una obligación legal y que correspondiera al cargo que le hizo en la referida carta.

La existencia de la culpa que el Tribunal encontró demostrada es una cuestión de hecho, y el fallador dentro del ámbito que tiene para la apreciación de la prueba que dió origen a la culpa, formó su concepto y el recurrente no ha expuesto un motivo que dé lugar a la Corte para invalidarlo.

Los artículos 2356 y 2357 del Código Civil citados también como violados no tienen con el cargo ninguna relación que permita aceptar que el Tribunal los infringió.

Por lo que respecta al cargo hecho en forma subsidiaria, ha dicho la Corte que esta manera de acusación es inaceptable en el recurso extraordinario, como puede verse en sentencia del 20 de febrero de 1959 (G. J. XC. págs. 22 y 23).

Se rechaza la censura.

Cargo Segundo

Se ataca la sentencia "por violación de la ley sustantiva en forma directa al haberse interpretado erróneamente el concepto de culpa consagrado en los artículos 2341 y 2356 del C. C. y muy especialmente en el artículo 2357 y concordantes de la misma obra, puesto que el Tribunal erró al establecer entre el hecho específico legal y concreto (sic) lo que implica un error de diagnóstico jurídico, ya que la culpa del demandante es absorbente del hecho que se le pueda imputar al Banco".

En este mismo capítulo formula luego un cargo subsidiario "por violación de la ley sustantiva en forma indirecta por error de hecho manifiesto..." ...como consecuencia de la mala apreciación de los hechos culposos de la demanda violatorios de normas legales preexistentes".

Al sostener el cargo, glosa un aparte de la sentencia en que se advierte que "hay en el expediente ciertas pruebas que permiten deducir que la señorita Astorquiza sí tuvo conocimiento de los hechos perpetrados en el Banco Cafetero...". Reproduce el impugnante otros pasos de la sentencia entre ellos el que sigue: "Pero es preciso poner muy en claro que este simple conocimiento que tuvo la señorita Astorquiza de la ejecución del ilícito, no da pie para incluirla en la categoría de delincuente como encubridora; en primer lugar, porque la investigación penal, llevada hasta su final, ninguna responsabilidad penal se dedujo contra ella; y en segundo lugar, porque el delito de encubrimiento, como lo dijo la Corte 'Es aquel que se consuma después de un delito principal, y en el que el agente sin haber comprometido su actuación con anterioridad o simultaneidad, oculta, favorece o facilita la fuga del delincuente, borra los rastros o huellas... o realiza otros actos análogos destinados a favorecer a los delincuentes o a entorpecer la acción de la justicia'. Estos hechos que en manera alguna ejecutó el demandante".

El opositor demandante afirma que el Tribunal olvidó el contenido del artículo 201 del Código Penal y que desde este punto de vista la condición de encubridora de la demandante es evidente "y que el equívoco en la interpretación de las pruebas es manifiesto, puesto que al tener conocimiento del delito, porque le fuera contado por los empleados autores de él, estaba en la obligación que le imponía la ley de denunciar a las autoridades y ante la obligación también que disponía el Código Sustantivo del Trabajo en poner en conocimiento de su superior jerárquico".

Afirma el recurrente que la "imputación por parte del gerente del Banco a la demandante, en el sentido de ser encubridora, tampoco alcanza a constituír una falsa imputación, ya que de tipificarse algún ilícito, sería el de calumnia, que describe el Código Penal..." Y que: "Las falsas imputaciones que sirven de fundamento a la causa petendi en el ámbito jurídico penal equivaldría al delito acotado, y resulta bien claro que esta figura en sus afines reclama como elemento relievante de su estructuración el medio eficaz de divulgación del pensamiento... con la advertencia de carácter confidencial de la carta...".

Adelante estima: "Que no sólo no ocurre culpa, por parte del Banco, sino que la culpa de la demandante absorbe la imputada al Banco" y al efecto para sostener su punto de vista cita

apartes de una sentencia de la Corte de fecha 25 de marzo de 1953.

Se Considera:

La lectura del cargo pone de presente que en él se incluyen diversos y contrarios conceptos sobre su contenido. Afirma la censura que el fallador violó en forma directa por interpretación errónea del concepto de culpa las normas sustanciales citadas, pero al mismo tiempo hace clara alusión a que el Tribunal se equivocó en la interpretación de las pruebas, lo que equivale a formular un ataque por violación indirecta de las normas sustanciales citadas. Semejante planteamiento coloca a la Corte en situación de no poder definir, ni lo puede hacer dentro de la órbita del recurso, cuál es en realidad el cargo propuesto, el que ha debido ser preciso y claro en su formulación, esto es si se trata de violación directa o indirecta de las normas citadas.

La censura subsidiaria no es admisible como se expuso antes.

No obstnate lo que se deja expuesto, se estima conveniente determinar cuál fue el motivo que inspiró el fallo recurrido. A la señorita Astorquiza ninguna implicación se le dedujo por la justicia penal en relación con los hechos que fueron materia de la investigación, pues que ni siquiera fue recibida en declaración indagatoria; ella puso en conocimiento de su superiora señorita Beatriz Ramírez Morán, inspectora de la Caja del Banco, los hechos que le contaron los imputados directos en el fraude a los intereses del Banco; esta empleada a su turno, dió el aviso del caso al gerente, quien por ese motivo formuló los respectivos denuncios.

El Tribunal ha dicho que la conducta de doña Cecilia, si no comprometió en forma alguna su responsabilidad penal, como lo demuestran las copias de los fallos penales, en ningún caso señala la existencia de una actuación dolosa que generara el encubrimiento a que se refiere la carta del gerente del Banco. Con base en esta apreciación el fallador llegó a la conclusión de la existencia de una concurrencia de culpas, dándole aplicación a lo dispuesto por el artículo 2357 del Código Civil.

La deducción hecha por el Tribunal en estos aspectos, no puede ser modificada por la Corte dentro de la forma como se ha planteado la censura.

El artículo 2356 del Código Civil que vuelve a citar el censor como violado en forma directa, contiene la presunción de culpa por actividades peligrosas; ningún fundamento ni explicación alguna expone el recurrente para aceptar la violación de la citada norma por parte del fallador.

El cargo es inane.

Cargo Tercero

En esta censura se ataca el fallo "por violación de la ley sustantiva en forma indirecta por error de hecho manifiesto de las pruebas con las cuales se pretendía acreditar el daño, lo que conlleva una aplicación indebida de los artículos 2341, 2356, 2342, 2343, 2344, 2346 y 2352 del Código Civil, originada en un error de interpretación por parte del sentenciador". Para fundamentar el cargo se transcriben algunos párrafos de la sentencia y al hacer una simple enumeración de la prueba testifical, anota el recurrente: "Todos estos declarantes coinciden en afirmar que se dieron cuenta cuando la señorita Astorquiza fue despedida del Banco Cefetero en su sucursal de Pasto. Presumen en cuanto los perjuicios que se le pudieran causar con su despido. Pero en cuanto a lo principal, de si se enteraron del cargo de encubridora que hizo el Banco a la señorita Astorquiza, según la carta que se conoce en autos, son contestes en afirmar que carecen de todo conocimiento".

Se Considera:

El cargo formulado carece de todo fundamento pues los testigos citados sí dicen "que a raíz de un ilícito penal cometido en dicho Banco, Cecilia Astorquiza fue despedida de esa entidad causándole con esto graves perjuicios morales y materiales...".

Si los testigos hacen las anteriores afirmaciones es porque ellos consideraron que destituída la señorita Astorquiza, cuando ya se tenía conocimiento de la investigación penal, esa destitución tenía una relación directa con el ilícito cometido por otros empleados del Banco. Por otra parte, la sentencia se apoya no solamente en los precitados testimonios, sino en otras pruebas, como la misma carta que ha dado origen al juicio que se está definiendo.

No se ve, pues, dónde aparezca evidente el error de hecho en que se fundamenta la censu-

ra, ya que el Tribunal sí apreció la prueba a que el censor se refiere.

Se rechaza el cargo.

Cargo Cuarto

Afirma el opositor demandante que: "El Tribunal cometió error de hecho en la apreciación de las pruebas del daño y en lo tocante a la culpa concurre una mala interpretación del elemento culposo"; y que por el error de hecho violó la serie de disposiciones sustanciales que se han citado anteriormente.

La Corte Considera:

El cargo se rechaza, porque el recurrente no precisó en forma alguna, como ha debido hacerlo, el error de hecho que hubiera cometido el Tribunal en la apreciación de las pruebas que no se citan siquiera en la formulación de la censura.

Cargo Quinto

Se acusa la sentencia por error de derecho "Porque se han apreciado pruebas allegadas inoportunamente al proceso, pues, como ya se dijo, el dictamen pericial debió practicarse antes de la citación para sentencia, como lo preceptúa el artículo 597 del Código Judicial, lo que lleva a la violación sustantiva por violación indirecta, en razón de la mala aplicación de los artículos del Código Civil citados anteriormente y cuya consideración por sí sola implica que no se tenga como probado el cuánto de los perjuicios morales objetivados".

Alega el impugante que la prueba decretada por el Tribunal no encaja dentro de ninguno de los casos excepcionales a que se refiere el artículo 1º del Decreto Legislativo 243 de 1951 y que "En el caso sub-judice, la prueba fue aceptada por el inferior, y el peritazgo no se practicó por falta de diligencia del interesado; a tal efecto pidió ya precluída la etapa de práctica de prueba la restitución del término siendo negada por el funcionario de primera instancia". Niega que la prueba recibida en la segunda instancia pueda calificarse como una inspección ocular.

Se Considera:

El auto del Tribunal, y al cual se refiere el recurrente, en una forma vaga, tiene fecha 28 de agosto de 1962 (folio 1 v. c. Nº 7). Allí se ordenó la práctica de la diligencia de inspección ocular con intervención de peritos, diligencia que había sido solicitada en la primera instancia. Este auto fue ampliamente controvertido y el fallador resolvió mantenerlo en toda su vigencia.

No es exacto que la prueba referida se haya allegado inoportunamente al proceso, como fácilmente puede comprobarse con las constancias procesales. El recurrente, por otra parte, no ha debido contentarse con plantear el cargo sin dar la fundamentación que lo respaldara.

No es correcto dentro de la técnica del recurso extraordinario citar como violadas normas sustanciales señaladas en censuras distintas. Los cargos son autónomos, tienen individualidad propia y por lo tanto en cada uno de ellos deben precisarse en forma concreta las normas legales que se estiman violadas.

Practicado el peritazgo como consecuencia de una providencia ampliamente discutida en instancia, la Corte no puede en casación admitir la censura formulada con base en la inoperancia de una prueba correctamente aducida en instancia.

Se rechaza el cargo.

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 tres (3) de abril de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio ordinario seguido por Cecilia Astorquiza contra el Banco Cafetero (sucursal de Pasto).

No hay costas.

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

SEPARACION DE BIENES

Para iniciar este juicio se puede escoger entre el procedimiento especial y el ordinario, pero después de incoada la acción por una de estas vías, no se puede proponer por la otra, ni el fallado en juicio especial puede revisarse en juicio ordinario. - La violación del Art. 471 del C. Judicial no puede por sí misma motivar la infirmación de un fallo en casación por la causal 1ª - No cabe acusar en casación por la causal 6ª del Art. 520 del C. J. (hoy 4ª del Art. 52 del Decreto 528 de 1964), en razón de incompetencia de jurisdicción que se pretende ocurrida en juicio distinto del que se debate.

1.—Si una de las causales de disolución de la sociedad conyugal la constituye la sentencia de "separación total de bienes" (Art. 1820 Ord. 3º C. Civ.), no es menos cierto que esa causal es específicamente distinta de las de divorcio y nulidad del matrimonio, a que, además de las de disolución del vínculo y presunción de muerte de uno de los cónyuges, se refiere el mismo artículo.

Por ello, el Código de Procedimiento organiza de manera distinta el trámite de los juicios de nulidad y divorcio del matrimonio civil (capítulos I y II del Título XIX del Libro Segundo), de un lado, y el del juicio de separación de bienes (Título XX), del otro. Tratándose de este último, regulado en principio como especial, previene in fine el artículo 799 ibid. que "La acción de separación de bienes podrá intentarse también por la vía ordinaria en cualquier tiempo". Pero es claro que el franqueo de este camino no se hace en concepto de revisión del juicio especial ya fallado, sino como una simple alternativa, en cuya virtud puede el actor, en la incoación del proceso en cualquier tiempo, elegir cualquiera de las dos especies de juicio; mas, una vez elegido el especial, la sentencia que en éste recaiga tiene fuerza conclusiva, con valor material de cosa juzgada, tal y como si se hubiese dictado mediante juicio ordinario.

Puede verse en este sentido el fallo de la Sala Plena de casación civil de 17 de noviembre de 1954, en donde, estudiando el mérito de la sentencia proferida en juicio especial de separación de bienes, juzgó que ésta no estaba sujeta al arbitrio de ser revisada por la vía ordinaria (LXXIX, 2149, Págs. 94 a 97).

Es desacertada la alegación de que, como en la demanda del juicio de separación de bienes, se alargó la súplica a impetrar la disolución de la sociedad conyugal, ello sacaba el debate de los quicios del juicio especial y obligaba, entonces, a encauzarlo por la vía del juicio ordinario. Porque, si la sociedad conyugal se disuelve, por ministerio de la ley, en virtud de la sentencia de separación total de bienes, quiere decir que el pedido de tal separación y su otorgamiento por el sentenciador llevaban ínsita como ineludible consecuencia la disolución de la sociedad. Ciertamente por este aspecto nada se agregaba a la pretensión deducida en el juicio especial, que pudiera hacer cambiar su naturaleza para exigir que se convirtiese en ordinario.

2.—El artículo 471 del Código de Procedimiento, es una consigna de reflexión y orden para los jueces, y su infracción, cuando se produce, no basta por sí sola a estructurar cargo alguno por la causal primera de casación, mientras no se alegue formalmente el quebranto del precepto sustancial en que haya repercutido la indebida formulación de la sentencia (XLII, 1899, Pág. 311; LXXXIII, 2174/75, Pág. 841).

Y si se redarguyera que el último inciso del artículo 471 consagra el principio fundamental de la congruencia de los fallos, tendría que observarse al recurrente que este principio, de cuyo desconocimiento se originaría un error in procedendo, informaría, no la causal primera, sino la segunda de casación, consistente en el defecto de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; y que el cargo que se ventila no tiene por ámbito el de la causal segunda o de incongruencia, causal ésta que no fue propuesta por el recurrente, sino que toda su argumentación, reducida a una crítica de

la decisión del Tribunal frente al problema probatorio, tiende indiscutiblemente a que sobre el resorte de la causal primera, y con el sólo apoyo del artículo 471 del C. J., se haga una revisión del concepto que el sentenciador tuviera de las pruebas, y por este camino se le quiebre su pronunciamiento. Forma esta de acusación que no se compadece con la índole del recurso.

3.—Brilla al ojo la improcedencia de la censura en relación con la causal sexta de casación, de que pretende valerse el recurrente para acusar de nulidad, por incompetencia de jurisdicción en el Tribunal, la sentencia en que éste decretó la liquidación de la sociedad conyugal.

Porque, la materia de este recurso de casación no es el fallo dictado en el juicio especial de separación de bienes, sino el proferido en el presente juicio ordinario, que es un pronunciamiento completamente distinto.

Si, pues, no se estructura aquí ataque alguno por incompetencia de jurisdicción en el sentenciador para conocer de esta segunda causa, incoada precisamente con la pretensión de que se decretase la nulidad de lo actuado en el aludido juicio especial, ello por sí solo muestra palmariamente que la impugnación por la causal 6ª del artículo 520 del C. J. está fuera de órbita.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., treinta de noviembre 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 Cartagena, con fecha 26 de marzo de 1963, en el juicio ordinario seguido por Eduardo Hernández Castilla frente a Petrona Canoles de Hernández.

— I —

ANTECEDENTES

Ocurre que, con anterioridad al presente juicio ordinario, Petrona Canoles de Hernández demandó ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartagena, a su cónyuge Eduardo Hernández Castilla, para que, mediante el trámite señalado en el título XX del Libro II del Código Judicial, artículos 796 y siguientes, se decretase "la separación de bienes de la sociedad conyugal" que la actora tenía contraída con el demandado y, como consecuencia de ello, se procediera "a la disolución y liquidación definitiva de dicha sociedad". En fundamento de tal acción, la peticionaria alegó los hechos de vivir su marido en público amancebamiento con otra mujer y haber abandonado él sus deberes matrimoniales.

Sobre este pedimento, adelantóse el juicio especial respectivo, que fallado en forma adversa a la actora por el juez **a quo**, fue resuelto por el Tribunal Superior de Cartagena, en el recurso de alzada interpuesto por aquélla, mediante sentencia de 10 de marzo de 1959, en que se decidió lo siguiente: "1º) Revócase la sentencia apelada; 2º) Decrétase la separación de bienes de la sociedad conyugal formada por los señores Eduardo Hernández Castilla y Petrona Canoles de Hernández; 3º) Procédase a su liquidación de conformidad con las normas legales y adjudíquese a cada cónyuge lo que en derecho le corresponde; 4º) Manténganse las medidas preventivas de embargo y secuestro mientras lo anterior se efectúa; 5º) Decláranse no probadas las excepciones de desistencia de la acción y de prescripción; 6º) Condénase en costas al demandado".

Y devuelto el negocio al Juez del Circuito, recibió de éste auto de "Obedézcase y cúmplase lo resuelto por el superior".

— II —

EL PRESENTE LITIGIO

Dados estos antecedentes, Eduardo Hernández Castilla trajo a juicio ordinario a Petrona Canoles de Hernández en solicitud de las siguientes declaraciones:

"a) Que es nula, carece de valor y efectos legales, la actuación del juicio especial de separación de bienes que el día 12 de mayo de 1958, inició en el Juzgado 2º Civil de este Circuito, la señora Petrona Canoles contra el señor Eduardo Hernández Castilla y que culminó en la sentencia de fecha 10 de marzo del año de 1959, proferida por el Honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial;

"b) Que es nula, carece de valor y efectos legales, la sentencia aludida en el pedimento anterior, de fecha 10 de marzo del año de 1959, proferida por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena;

"c) (Subsidiaria de las dos anteriores) Que es nula, sin ningún valor ni efecto, la declaración del ordinal 3º que contiene la misma sentencia;

"d) (Subsidiaria de la anterior) Que es incongruente la declaración del ordinal 3º, de la aludida sentencia, carece de fuerza obligatoria;

"e) (Subsidiaria de las tres primeras) Que la actuación del juicio de separación de bienes mencionado carece de elementos probatorios que justifiquen el decreto de separación de bienes;

"f) (Subsidiaria de las tres primeras) Que ni la demanda inicial del pleito de separación de bienes, ni la actuación subsiguiente, sirven de base jurídica para decretar la disolución y liquidación definitiva de la sociedad conyugal formada por el matrimonio celebrado entre Eduardo Hernández Castilla y Petrona Canoles".

La primera instancia de este juicio ordinario recibió fallo por el cual se decidió que "No se accede a decretar la nulidad solicitada en el presente negocio", y se condena en costas al demandante; y ese pronunciamiento, contra el cual apeló éste, fue confirmado por el Tribunal de Cartagena mediante la sentencia de 26 de marzo de 1963, sujeta materia del recurso de casación propuesto por el mismo litigante vencido.

— III —

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Sus consideraciones básicas son en sustancia las siguientes:

Que en la sentencia de separación de bienes, entre los cónyuges Eduardo Hernández Castilla y Petrona Canoles de Hernández, proferida en el juicio especial, lo dispuesto en el numeral tercero de su parte resolutiva es consecuencia lógica de la separación de bienes decretada en el numeral segundo de la misma;

que, por mandato de la ley, toda separación de bienes entre cónyuges concluye en la liquidación relativa a todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable la sociedad conyugal; por lo cual, el hecho de que, en la misma sentencia que decreta la separación, se ordene la liquidación correspondiente, "en manera alguna constituye vicio grave que pueda originar causal de nulidad";

que, si la liquidación es consecuencia de la separación decretada, por ello el artículo 802 del Código Judicial dispone que a ésta le es aplicable el procedimiento señalado en el artículo 795 ibídem, según el cual para la liquidación de la sociedad conyugal se procede como se indica en las disposiciones que "rigen el inventario y la partición de los bienes de una sucesión o de una sociedad conyugal disuelta por muerte de uno de los cónyuges";

que, en lo atinente al procedimiento, la acción de separación de bienes, como lo anotó el **a quo**, puede intentarse por vía especial o por la ordinaria; y que, en el caso que se contempla, al juicio de separación se le imprimió el trámite especial señalado por el actor y como tal fue fallado, sin que se vea fundamento alguno para impugnarlo;

que, por otro aspecto, si la parte de Hernández Castilla compareció en legal forma al juicio de separación y no alegó en él las nulidades de procedimiento que actualmente invoca, mal puede ahora plantear su declaratoria, porque según el artículo 456 del C. J. las nulidades procedimentales se deben observar y declarar dentro del mismo juicio en que se produjeron, sin que puedan ser otras que las señaladas de manera clara y terminante por la ley, entre las cuales no aparecen las anotadas por el mandatario del actor, el que no se encuentra en ninguno de los casos del artículo 457 ibídem;

que el estatuto procesal vigente no autoriza a revisar en juicio ordinario los asuntos contenciosos que hubieran sido fallados en juicio especial, salvo los casos de excepción establecidos por la ley, tesis en apoyo de la cual el Tribunal se remite a la sentencia de casación civil de 3 de noviembre de 1954, que corre publicada al tomo LXXIX de la Gaceta Judicial, Nº 2149, pág. 262.

Encontrando inadmisibles por estos motivos las peticiones principales, estima luego el sentenciador no menos improcedentes las subsidiarias, en cuanto considera que no cabe solicitar la declaración de nulidad de sentencias como piezas aisladas, independientemente del juicio, en relación con lo cual trae a cuenta las sentencias de la Corte de 7 de noviembre de 1935, G. J. XLII, pág. 620, y de 20 de agosto de 1945. G. J. LIX, pág. 872.

— IV —

LA DEMANDA DE CASACION

Tres cargos presenta el recurrente, situando los dos primeros en el ámbito de la causal primera, y el último en el de la sexta.

Se hace el compendio de los mismos, siguiendo la colocación en que están expuestos, a saber:

Primera Causal

Cargo Primero.—Está formulado por violación directa de los artículos 26 de la Constitución, 6º, 152, 153, 154, 156, 203, 1740 y 1820 del Código Civil, 782, 783, 784, 785 y 786 del Código de Procedimiento, que se hace consistir en que esas disposiciones no fueron aplicadas al caso del litigio, habiendo debido serlo; y, con el intento de fundar la censura, propone el impugnante las siguientes alegaciones:

Que aunque en la demanda inicial de separación de bienes de la sociedad conyugal Hernández-Canoles se solicitó la declaración de disolución de la sociedad conyugal, con todo se imprimió a la secuela un trámite que no era el del juicio ordinario que la súplica requería. La disolución es el término de la sociedad conyugal, y la liquidación sólo su consecuencia.

Los artículos 152, 153, 154 y 156 del C. Civil dan a la disolución de la sociedad conyugal "la trascendencia de equipararla a la disolución del matrimonio". Por eso el artículo 203 ibídem determina que la separación de bienes apenas conduce a que se le entreguen a la mujer los suyos, pero en el caso de la disolución hay que aplicar las reglas generales que son:

La del artículo 1820 ibídem que, señalando los motivos de disolución, incluye entre éstos la sentencia de "separación TOTAL de bienes", no la parcial.

Luego, los artículos 782, 783, 784, 785 y 786 del C. J., cuyos preceptos, referentes a las acciones sobre disolución de la sociedad conyugal a que se contraen los citados textos del C. Civil, son normas de orden público, en cuanto encauzan el procedimiento, determinando que para la disolución debe seguirse juicio ordinario con intervención del Ministerio Público.

Que se ostenta así flagrante la transgresión, tanto de los citados artículos del Código Civil, que relievan la trascendencia de la disolución de la sociedad conyugal y configuran este fenómeno, como de los del Código Judicial, que para el caso imponen el procedimiento del juicio ordinario. Los últimos "son mandatos que determinan lo que no debe hacerse, y como se hicieron cosas contra esa prohibición, se evidencia que el Tribunal violó, además, los artículos 26 de la Carta magna, incorporado en el Código Civil, el 6º y el 1740 del mismo texto, o sea, el C. Civil, por falta de aplicación. Si nadie puede ser juzgado sino con arreglo a disposiciones preexistentes y observando la plenitud de las formas de cada juicio, tramitar una demanda de declaratoria de disolución de sociedad conyugal en juicio especial, cuando requiere el juicio ordinario, es ir contra los artículos citados, porque se juzga sin observar las formas indicadas o adecuadas y se procede contra expresa prohibición de la misma".

Segundo Cargo.—Propuesto por violación directa del artículo 471 del Código Judicial, en cuanto se afirma que este precepto, referente a la estructura misma de los fallos, no fue aplicado, habiendo debido serlo, intenta desarrollarlo el recurrente con la siguiente argumentación:

Que una de las peticiones de la demanda en el presente juicio ordinario es la de que se declare "Que la actuación del juicio de separación de bienes mencionado carece de elementos probatorios que justifiquen el decreto de separación de bienes";

que tal pedimento se fundó en el hecho decimosexto, consistente en que "El Tribunal consideró como elementos probatorios que sustentaron su fallo, lo siguiente; Un poder especial que en marzo del año de 1953, otorgó Hernández Castilla a Pilar Villamizar, para que firmara por él determinados instrumentos, ya que Hernández Castilla no sabe firmar; el reconocimiento que Hernández Castilla hizo en el año de 1954 de hija que hubo en Pilar Villamizar; y la singular deposición del señor José María Pérez Ruiz relativa a algunas declaraciones referenciales e informes acerca de la vida privada de Eduardo Hernández Castilla. Los dos primeros elementos no pueden por sus fechas demostrar actos actuales a la fecha de la demanda, y la declaración incidental del señor Pérez Ruiz, jamás puede ella sola hacer prueba plena que justifique una condena";

que "El Tribunal hizo omisión absoluta del problema de la ineficacia de las pruebas presentadas en el especial de separación, para fundar condena";

que si estudia el hecho cuyo enunciado se acaba de transcribir y las pruebas que se aludieron en él, "forzosamente alcanza la solución de que en realidad tales elementos no son idóneos para demostrar el amancebamiento. Por-

que no puede constituír prueba de un hecho que debió demostrarse como actual en 1958, lo que se afirme en escrituras de años anteriores, como los de 53 y 54"; y

que "tal omisión significa la violación del artículo citado, el 471 del Código de Procedimiento Civil".

Sexta Causal

Cargo Tercero de la Demanda de Casación.— Invocando esta causal, el impugnante se reduce a alegar de la siguiente manera:

"Se trata de la incompetencia de jurisdicción, que es la primera de las causales de nulidad que nos presenta el artículo 448 del Código citado.

"Argumento así:

"Para que un Juez colombiano proceda a decretar la liquidación de una sociedad conyugal, debe contar con que es un hecho la disolución. Si no lo hace así pretermite procedimientos y falla sin tener la jurisdicción del caso.

"En el presente, el Tribunal decidió sobre liquidación de una sociedad conyugal sin que tuviera a manos la prueba de la disolución de dicha sociedad. Y lo que es más grave, procedió a tomar las medidas de la disolución en un juicio especial. Ya vimos cómo tales determinaciones no pueden ser tomadas sino en juicio ordinario.

"El quebrantamiento de la sentencia es claro, por la usurpación de jurisdicción en que incurrió".

— V —

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Por convenir al orden lógico, se atenderá primeramente al despacho del cargo por la causal sexta del artículo 520 del C. J., y luego a los propuestos en el campo de la causal primera.

— 1 —

Brilla al ojo la improcedencia de la censura en relación con la susodicha causal sexta, de que pretende valerse el recurrente para acusar de nulidad, por incompetencia de jurisdicción en el Tribunal, la sentencia en que éste decretó la liquidación de la sociedad conyugal Hernández-Canoles.

Porque, la materia de este recurso de casación no es el fallo dictado en el juicio especial de separación de bienes, sino el proferido en el presente juicio ordinario, que es un pronunciamiento completamente distinto.

Si, pues, no se estructura aquí ataque alguno por incompetencia de jurisdicción en el sentenciador para conocer de esta segunda causa, incoada precisamente con la pretensión de que se decretase la nulidad de lo actuado en el aludido juicio especial, ello por sí solo muestra palmariamente que la impugnación por la causal sexta del artículo 520 del C. J. está fuera de órbita.

— 2 —

Tiénese que bajo el **primero** de los cargos propuestos por la causal primera, plantea el recurrente la violación, así del artículo 26 de la Carta, como de los preceptos de ley sustancial que se contienen en los artículos 6º, 152, 153, 154, 156, 203, 1740 y 1820 del Código Civil y 786 del Código Judicial, siendo los demás textos de esta última obra que cita como infringidos, o sea los artículos 782, 783, 784 y 785, normas de procedimiento que determinan el rito a que están sujetos los juicios de nulidad y de divorcio, en punto de matrimonio civil.

La razón dominante y fundamental de la alegada infracción de todo ese articulado se hace consistir en que el juicio de separación de bienes de los cónyuges Hernández y Canoles, promovido por la mujer, se siguió por una tramitación distinta de la del juicio ordinario, que requería el pedimento de la actora en cuanto incluyó la solicitud de declaratoria de disolución de la sociedad conyugal.

A lo cual debe observarse:

Si una de las causales de disolución de la sociedad conyugal la constituye la sentencia de "separación **total** de bienes" (artículo 1820, ord. 3º, Código Civil), no es menos cierto que esa causal es específicamente distinta de las de divorcio y nulidad del matrimonio, a que, además de las de disolución del vínculo y presunción de muerte de uno de los cónyuges, se refiere el mismo artículo.

Por ello, el Código de Procedimiento organiza de manera distinta el trámite de los juicios de nulidad y divorcio del matrimonio civil (capítulos I y II del Título XIX del Libro Segundo),

de un lado, y el del juicio de separación de bienes (Título XX), del otro. Tratándose de este último, regulado en principio como especial, previene in fine el artículo 799 ibídem, que "La acción de separación de bienes podrá intentarse también por la vía ordinaria en cualquier tiempo". Pero es claro que el franqueo de este camino no se hace en concepto de revisión del juicio especial ya fallado, sino como una simple alternativa, en cuya virtud puede el actor, en la incoación del proceso en cualquier tiempo, elegir cualquiera de las dos especies de juicio; mas, una vez elegido el especial, la sentencia que en éste recaiga tiene fuerza conclusiva, con valor material de cosa juzgada, tal y como si se hubiese dictado mediante juicio ordinario.

Puede verse en este sentido el fallo de la Sala Plena de Casación Civil de 17 de noviembre de 1954, en donde, estudiando el mérito de la sentencia proferida en juicio especial de separación de bienes, juzgó que ésta no estaba sujeta al arbitrio de ser revisada por la vía ordinaria (LXXIX, 2149, págs. 94 a 97).

En el caso a examen, la cónyuge Petrona Canoles de Hernández, en su demanda de separación de bienes, solicitó que ésta se decretase "previo cumplimiento del trámite señalado en el Título XX del Libro II del Código Judicial, en sus artículos 796 y siguientes y mediante sentencia definitiva". Si, pues, el negocio se sustanció y decidió, siguiendo tal rito, no se ve cómo podría ser por este motivo nulo ese juicio, ni, por lo tanto, nula la sentencia en él proferida.

Es desacertada la alegación de que, como en la demanda del juicio de separación de bienes, se alargó la súplica a impetrar la disolución de la sociedad conyugal, ello sacaba el debate de los quicios del juicio especial y obligaba, entonces, a encauzarlo por la vía del juicio ordinario. Porque, si la sociedad conyugal se disuelve, por ministerio de la ley, en virtud de la sentencia de separación total de bienes, quiere decir que el pedido de tal separación y su otorgamiento por el sentenciador llevaban ínsita como ineludible consecuencia la disolución de la sociedad. Ciertamente por este aspecto nada se agregaba a la pretensión deducida en el juicio especial, que pudiera hacer cambiar su naturaleza para exigir que se convirtiése en ordinario.

— 3 —

Por las razones expuestas, tampoco está llamado a prosperar el segundo de los cargos por la causal primera, al que, de otra parte, desde el punto de vista de la técnica de casación, tendría que oponérsele la tacha de que por él únicamente se señala como texto violado el artículo 471 del Código de Procedimiento, artículo que es una consigna de reflexión y orden para los jueces y cuya infracción, cuando se produce, no basta por sí sola a estructurar cargo alguno por la causal primera de casación, mientras no se alegue formalmente el quebranto del precepto sustancial en que haya repercutido la indebida formulación de la sentencia (XLII, 1899, pág. 311; LXXX,III 2174/75, pág. 841).

Y si se redarguyera que el último inciso del artículo 471 consagra el principio fundamental de la congruencia de los fallos, tendría que observarse al recurrente que este principio, de cuyo desconocimiento se originaría un error in procedendo, informaría, no la causal primera, sino la segunda de casación, consistente en el defecto de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; y que el cargo que se ventila no tiene por ámbito el de la causal segunda o de incongruencia, causal esta que no fue propuesta por el recurrente, sino que toda su argumentación, reducida a una crítica de la decisión del Tribunal frente al problema probatorio, tiende indiscutiblemente a que sobre el resorte de la causal primera, y con el solo apoyo del artículo 471 del C. J., se haga una revisión del concepto que el sentenciador tuviera de las pruebas, y por este camino se le quiebre su pronunciamiento. Forma esta de acusación que no se compadece con la índole del recurso.

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 veintiséis (26) de marzo de mil novecientos sesenta y tres (1963), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

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.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RELACIONES SEXUALES

Calidades de estabilidad, notoriedad y temporalidad exigidas por el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. - Alcance de la autonomía del Tribunal en la estimación probatoria. - Cuándo existe el error de derecho.

1.—Para llegar a la presunción que establece el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, es necesario que se demuestren plenamente los hechos que le dan origen, es a saber, las relaciones sexuales, estables y notorias en la precisa época a que se refiere la norma.

La ley no ha exigido, ni podía exigir, la demostración de tales relaciones mediante prueba de testigos que hubiesen sorprendido a la pareja en el acto mismo de la cohabitación, cuyas características de privado e íntimo, hacen prácticamente imposible su demostración por medios directos. Sobre las relaciones sexuales no se puede dar testimonio sino por referencias resultantes de actos o hechos que los testigos hayan presenciado o percibido en los amantes de quienes se predica la existencia de esas relaciones.

La estabilidad de ellas se caracteriza por la regularidad en el trato y su frecuencia, y, como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte, puede resultar de circunstancias diversas. Al respecto puede verse lo dicho por la Corte en casación de 18 de mayo de 1964, G. J. T. CVII, Pág. 184.

La notoriedad de las relaciones consiste en que se hagan ostensibles, porque de lo contrario permanecerían ocultas o secretas, y así como la ley no contempla las uniones transitorias como base para una presunción de paternidad natural, tampoco acepta las ocultas, aunque hubiesen podido ser estables o permanentes. Sobre esta característica de las relaciones conviene recordar lo expuesto por la Corte en la misma sentencia de que atrás se habló (T. y Pág. citados).

Además de la existencia de las relaciones sexuales, con sus características de estabilidad y notoriedad, es indispensable, según la ley, para que pueda hacerse la declaración de paternidad natural, que el nacimiento del hijo haya ocurrido después de 180 días contados desde cuando empezaron tales relaciones, o dentro de los 300 días siguientes a aquel en que cesaron.

En consecuencia, quien pretenda la declaración de paternidad natural, con apoyo en la causal cuarta del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, debe demostrar plenamente la existencia de las relaciones sexuales, estables y notorias, habidas entre el padre presunto y la madre del demandante, con el requisito de la temporalidad contemplado en la ley.

2.—La Corte, con ocasión del recurso de casación no puede variar la apreciación hecha por el Tribunal, porque dentro de la autonomía de que goza en el análisis de los elementos probatorios, el recurrente no logró demostrar que el sentenciador de segundo grado hubiese incurrido en el error de hecho manifiesto que le atribuye, en relación con la prueba testimonial a que hace referencia.

3.—El error de derecho a que alude la causal primera de casación, se refiere a la hipótesis de que el Tribunal, en presencia de una prueba determinada, le haya desconocido su mérito probatorio, según la ley, o le haya reconocido uno de que carece, conforme a la misma ley.

En consecuencia, existe el error de derecho cuando el fallador al estimar la prueba, le niega el valor que le asigna la ley, o le da uno que no tiene, conforme a ella. Consiste, pues, este tipo de error, en apreciar los elementos de convicción en desacuerdo con las normas constitutivas de la tarifa de pruebas.

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

(Magistrado ponente: doctor Flavio Cabrera Dussán).

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Merce-

des Burbano Ibarra y Berenice Burbano de Santacruz, contra la sentencia de 16 de marzo de 1965, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

— I —

ANTECEDENTES

El 20 de mayo de 1958 murió en Popayán Luis Felipe Burbano Ibarra, de estado civil soltero, quien tres días antes había otorgado testamento abierto, ante notario y tres testigos, instituyendo como herederas universales a Mercedes Burbano Ibarra y Rosa Berenice Burbano de Santacruz, hermanas legítimas del causante, a quienes nombró como albaceas, con tenencia de bienes, como principal y sustituta, en su orden.

En el testamento consta igualmente que hizo los siguientes legados: a) $ 20.000.00 para los hijos legítimos de Ernesto Burbano y Blanca Hoyos de Burbano; b) $ 20.000.00 para los hijos legítimos de Emiro Cajas Pabón y Ana Julia Burbano de Cajas; y c) $ 20.000.00 para vocaciones sacerdotales de jóvenes del Municipio de la Cruz (Nariño) y del Departamento del Cauca, que deberían ser entregados para su distribución al Excelentísimo señor Arzobispo de Popayán.

— II —

EL LITIGIO

Ligia María Dorado O., mayor y vecina de Bogotá, demandó a la sucesión de Luis Felipe Burbano Ibarra, para que se le declare hija natural del causante, se le reconozcan sus derechos herenciales como legitimaria, previa reforma del testamento, y se le restituyan los bienes de la sucesión, en lo que a ella corresponda.

Se dirigió la demanda contra: Mercedes Burbano Ibarra y Rosa Berenice Burbano de Santacruz, como herederas universales del causante; el Excelentísimo señor Arzobispo de Popayán, Diego María Gómez, como representante del Seminario Conciliar de esa ciudad; Emiro Cajas Pabón, en su condición de representante legal de los legatarios menores Aída Julia Cajas Burbano, Fredy Hernán Cajas Burbano, Javier Emiro Cajas Burbano, Zonia Esther Cajas Burbano y Fernando Augusto Cajas Burbano; Blanca Hoyos viuda de Burbano, como representante legal de los legatarios menores Victoria Blanca Stella Burbano Hoyos, Mario Tomás Burbano Hoyos, María Alice América Burbano Hoyos; la menor adulta Esperanza Burbano Hoyos de Valdivieso, respecto de la cual se pidió que se le nombrara curador ad litem por haber contraído matrimonio; y los legatarios Tito Manglio Burbano Hoyos, Marco Didio Burbano Hoyos, Cayo César Burbano Hoyos, Carlos Burbano Hoyos y Víctor Darío Burbano Hoyos, todos mayores de edad, de domicilio desconocido, según la demanda.

Las peticiones del libelo inicial dicen textualmente:

"Primera.—Ligia María Dorado O., nacida el 25 de julio de 1922 en el Municipio de Bolívar (C.), vecina de Bogotá, es hija natural del causante señor Luis Felipe Burbano Ibarra, fallecido el 20 de mayo de 1958, en la ciudad de Popayán, Departamento del Cauca, República de Colombia;

"Segunda.—Ligia María Dorado O. en su condición de hija natural del causante Luis Felipe Burbano Ibarra, tiene derechos herenciales absolutos, como legitimaria de dicho causante, por concepto de legítima rigorosa, equivalente a la mitad legitimaria y a la cuarta de mejoras. En los anteriores términos queda reformado el testamento otorgado por el causante señor Luis Felipe Burbano Ibarra y contenido en la escritura pública número 455 de 17 de mayo de 1958 de la Notaría Segunda del Circuito de Popayán, pues este testamento sólo puede tener efectos para la cuarta de libre disposición, correspondiendo tres cuartas partes de dicha herencia para Ligia María Dorado O., por el concepto expresado;

"Tercera.—Mercedes Burbano Ibarra, Rosa Berenice Burbano Ibarra de Santacruz, el señor Arzobispo de Popayán, Ilustrísimo señor Diego María Gómez, Aída Julia Cajas Burbano, Fredy Hernán Cajas Burbano, Javier Cajas Burbano, Zonia Esther Cajas Burbano, Fernando Augusto Cajas Burbano, Victoria Blanca Stella Burbano Hoyos, Mario Tomás Burbano Hoyos, María Alice América Burbano Hoyos, Esperanza Burbano Hoyos de Valdivieso, Tito Manglio Burbano Hoyos, Marco Didio Burbano Hoyos, Carlos César Burbano Hoyos, Carlos Burbano Hoyos y Víctor Darío Burbano Hoyos, las dos primeras como herederas universales del causante señor Luis Felipe Burbano Ibarra y los demás como legatarios de este último, restituirán a mi mandante Ligia María Dorado O., una vez ejecu-

toriada la sentencia que ponga fin a esta controversia, tres cuartas partes, proindiviso y a prorrata de los bienes pertenecientes a la sucesión del señor Luis Felipe Burbano Ibarra; la mitad por concepto de legítima y una cuarta que corresponde a mejoras, bienes éstos relacionados y especificados en la diligencia de inventarios y avalúos de 1º de febrero de 1960;

"Cuarta.—Ejecutoriada la sentencia, los demandados precitados pagarán a la demandante los frutos naturales y civiles que los bienes objeto de la acción de petición de herencia hubieren podido producir, estando éstos en su poder, y las costas y expensas que ocasione este juicio, si se oponen a que se hagan las anteriores declaraciones".

Los hechos fundamentales de la demanda pueden resumirse así:

En la ciudad de Bolívar (C), nació Ligia María Dorado, hija de Abigail Dorado, el 25 de julio de 1922; su padre natural fue Luis Felipe Burbano Ibarra, quien estableció en aquella ciudad relaciones sexuales, estables y notorias, en el mes de mayo de 1921, con la nombrada Abigail; al vecindario de dicho Municipio le consta que desde la fecha indicada, Luis Felipe Burbano visitaba continuamente la casa de Abigail, tanto de día como de noche; la notoriedad de las relaciones sexuales se acentuó debido a que Burbano Ibarra proveyó a la subsistencia de su amante, dándole y enviándole dinero para el mercado y suministrándole ropa y cuidados; como consecuencia de esas relaciones nació Ligia María, cuya madre guardó buenas costumbres y no tuvo trato con otro hombre distinto de Luis Felipe Burbano, durante los años de 1921 y 1922; la niña nació trece (13) o catorce (14) meses después de haberse iniciado tales relaciones; Luis Felipe la reconoció como hija; a sus empleados declaró en más de una ocasión que cuando estuviera grande la tomaría a su cuidado para educarla; proveyó a su crianza y educación y cuando Ligia María cumplió doce años, se la quitó a su madre y se la llevó para Bolívar (C), desde Cali, ciudad en donde por aquel entonces vivía Abigail; en Bolívar la presentó como hija suya a las hermanas legítimas del causante, Mercedes y Rosa Berenice Burbano, habiendo vivido en la misma casa con ellas y con el propio Luis Felipe; allí éste le prodigó los cuidados que se le pueden tener a un hijo, pero Ligia más tarde regresó a Cali; Luis Felipe la presentó siempre a sus relacionados y amigos como hija natural suya, y ese tratamiento duró más de diez (10) años continuos.

También se hace relación en los hechos de la demanda al testamento otorgado por Luis Felipe Burbano, a la forma como distribuyó sus bienes en él, a la circunstancia de que en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán se declaró abierto y radicado el juicio de sucesión testamentaria del causante, y a los bienes que integran el patrimonio relicto, según los inventarios y avalúos practicados en la causa mortuoria.

Previos los traslados y emplazamientos correspondientes, algunos de los demandados contestaron la demanda, en la siguiente forma: las herederas Mercedes Burbano y Berenice Burbano de Santa Cruz expresaron que no eran ciertos sus hechos fundamentales, relativos a las relaciones sexuales, notorias y estables, que se dice existieron entre la madre de la demandante y Luis Felipe Burbano; el apoderado del Excelentísimo señor Arzobispo de Popayán, dijo que su mandante no tenía conocimiento de los hechos básicos de la demanda, y manifestó que se atenía a lo que resultase probado en el juicio, añadiendo: "de todas maneras considero que los intereses del Seminario Conciliar de Popayán no serán afectados cualquiera que sea la situación jurídica que plantee el fallo que ponga fin a este juicio"; y el Curador ad-litem de Tito Manglio, Marco Didio, Cayo César, Carlos y Víctor Darío Burbano Hoyos, manifestó que el derecho de sus representados no podría ser afectado por la acción de reforma del testamento. Los otros demandados guardaron silencio.

Agotada la tramitación propia de la primera instancia, el Juez Segundo Civil del Circuito de Popayán profirió su fallo de 11 de septiembre de 1963, cuya parte resolutiva expresa:

"1º—No acceder, como en efecto no accede, a decretar las peticiones de la demanda, como quiera que no habiéndose demostrado que Ligia María Dorado, la demandante, mayor y vecina de Bogotá, sea hija natural de don Luis Felipe Burbano Ibarra, tampoco tiene derecho para impetrar las acciones acumuladas de reforma del testamento y petición de herencia;

"2º—Como consecuencia de lo anterior, ABSOLVER a los demandados, cuya denominación y condiciones civiles constan en la parte motiva

de esta sentencia, de todos los cargos formulados;

"3º—Decretar la cancelación de la inscripción de la demanda, para lo cual se oficiará a los Registradores de Instrumentos Públicos y Privados, donde están ubicados los inmuebles pertenecientes a la sucesión del señor Luis Felipe Burbano Ibarra, anotándoles los números y fechas de los oficios en que ella se les comunicó;

"4º—Tomar nota en el juicio de sucesión testada del señor Luis Felipe Burbano Ibarra, que cursa en este Juzgado, de lo resuelto en el presente fallo; y

"5º—Condenar en costas a la parte demandante".

El segundo grado del juicio, abierto por apelación de la parte actora, se tramitó ante el Tribunal Superior de Popayán, el cual, por sentencia de 16 de marzo de 1965, revocó los numerales 1º, 2º y 5º del fallo del Juzgado, y en su lugar dispuso:

"**Primero:** Declarar que Ligia María Dorado, actualmente mayor de edad, vecina de Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía Nº 29. 011.934 de Cali, hija natural de Abigail Dorado, nacida en Bolívar (Cauca) el veinticinco (25) de julio de mil novecientos veintidós (1922) y bautizada el seis (6) de septiembre del mismo año, es hija natural de Luis Felipe Burbano Ibarra, fallecido en Popayán el veinte (20) de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho (1958).

"**Segundo:** Declarar que, en consecuencia, Ligia María Dorado es heredera universal de Luis Felipe Burbano Ibarra, con derecho a recibir la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras de conformidad con la Ley 45 de 1936, sin perjuicio de terceros de mejor o de igual derecho.

"**Tercero:** Reformar el testamento solemne abierto otorgado por Luis Felipe Burbano Ibarra ante el Notario Segundo de Popayán, según la escritura cuatrocientos cincuenta y cinco (455) de diez y siete (17) de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), a efecto de declarar sin valor legal alguno la institución de herederas en las personas de las demandadas Mercedes Burbano Ibarra y Rosa Berenice Burbano Ibarra de Santacruz, según la cláusula cuarta de tal testamento.

"**Parágrafo:** Queda en vigor la cláusula sexta de tal acto testamentario que asigna legados por las cantidades que ella misma expresa a los hijos legítimos del doctor Ernesto Burbano y de la señora Blanca Hoyos de Burbano, a los hijos legítimos de Emiro Cajas Pabón y de su esposa Ana Julia Burbano de Cajas; al Seminario Conciliar de Popayán, para las vocaciones de jóvenes de la Cruz (Nariño) y del Cauca, en cuanto a la suma total de ellos no exceda de la cuarta parte de libre disposición; si excediere, se reducirán los legados proporcionalmente al monto de dicha cuarta.

"**Cuarto:** Condenar a las demandadas Mercedes Burbano Ibarra y Rosa Berenice Burbano Ibarra de Santacruz a restituír a Ligia María Dorado la cuota hereditaria a que ésta tiene derecho en la herencia que ocupan como herederas testamentarias de Luis Felipe Burbano Ibarra.

"**Quinto:** Denegar la entrega material de bienes que constituyen el patrimonio de la herencia de Luis Felipe Burbano y la condenación al pago de frutos que ellos hayan producido o podido producir.

"**Sexto:** Declarar que no es del caso hacer pronunciamiento alguno contra los legatarios demandados, Excelentísimo señor Arzobispo de Popayán, en representación del Seminario Conciliar; señor Emiro Cajas P., representante legal de sus hijos legítimos menores; señora Blanca Hoyos de Burbano, como representante legal de sus hijos legítimos menores en el matrimonio con el doctor Ernesto Burbano; señora Esperanza B. de Valdivieso y Tito Manglio, Marco Didio Cayo César, Carlos y Víctor Darío Burbano Hoyos, representados los varones por el curador ad-litem doctor Iraldo Hurtado M.

"**Séptimo:** Comunicar el encabezamiento y la parte resolutiva de este fallo al señor Notario Público de Bolívar, Cauca, lugar de nacimiento de Ligia María Dorado, para que proceda a extender el acta de reconocimiento en los términos del capítulo quinto del Decreto 1003 de 1939.

"**Octavo:** Inscríbase esta sentencia en el Libro Número Segundo de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito de Popayán, inscripción que se hará sobre el propio expediente para lo cual se le entregará al demandante.

"**Parágrafo:** Cancélese la inscripción de la demanda. Ofíciese a los señores Registradores de Instrumentos Públicos y Privados de los Cir-

cuitos de Popayán, Patía, La Cruz, Bolívar y La Unión, tal como se ordenó en el numeral 3º de la parte resolutiva del fallo de la primera instancia.

"Nono: Confirmar el numeral 4º de la parte resolutiva de la decisión de la primera instancia.

"Décimo: Revócase el numeral 5º de la citada parte resolutiva de la sentencia apelada, y en su lugar, CONDENASE a la parte demandada al pago de las costas de la primera instancia. Sin costas en la segunda instancia.

— III —

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Observa el Tribunal que son tres las acciones incoadas en la demanda: la de filiación natural, fundada en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, la de reforma del testamento y la de petición de herencia, y anota que todas tres pueden incoarse en una sola demanda y ventilarse en un solo juicio por reunir las condiciones del artículo 209 del Código Judicial.

Advierte que no se ha discutido sobre la existencia de los requisitos esenciales para la recta formación de la relación jurídico procesal, y encuentra que se cumplen los presupuestos procesales para proferir sentencia de mérito.

Al considerar la acción de estado, analiza el sentenciador, en primer término, la prueba de la existencia de las relaciones sexuales, estables y notorias, invocadas en la demanda, anota que a ella se acompañaron los testimonios de Ricaurte Pérez, Victoria Mosquera, Zoila Rivera, Laurentino Albán, Filomena Albán, Francisco A. Cabezas, Nohemí Ordóñez viuda de Hoyos, Carlos Albán, Alejandro Rivera, Waldina Burbano, Luis Dorado y Próspero Robles y hace la siguiente exposición:

"1.—Ricaurte Pérez declaró ante el Juez 4º Civil del Circuito de Cali el 5 de agosto de 1958 (fl. 7 c.1) y se ratificó ante el de instancia el 20 de noviembre de 1961 (c. 2 f. 16). Manifiesta tener 54 años, ser natural de Bolívar, haber sido empleado por bastante tiempo, como mozo de cordel, de Luis Felipe Burbano, persona que le depositó su confianza (f.8), aunque en la primera declaración hubiera calificado tales relaciones de simple amistad a las indispensables al 'ser yo empleado del señor Burbano'. Es decir, que al desarrollarse los hechos sobre que declaraba frisaba en los 17 años, y así dice haber conocido desde antes de 1921 a Simona O. de Dorado y a su hija Abigail Dorado 'personas de conducta moral y social intachables' y que 'todo el vecindario de Bolívar (Cauca) estaba en conocimiento, yo personalmente, de que la señorita Ligia María Dorado era hija natural del señor Luis Felipe Burbano, concebida con motivo de las relaciones sexuales estables habidas entre éste último y la señora Abigail Dorado. Yo personalmente me daba cuenta de esas relaciones pues era empleado del señor Burbano y estaba al tanto de todas sus confidencias' (f. 7 v.c.1), y luego dá el carácter de estables y permanentes a dichas relaciones que 'empezaron en el año de 1921', sin que le hubiera sido posible determinar siquiera el año al ser repreguntado por el doctor Daniel Solarte H. (f. 16 v.c.2), y menos aún la época en que terminaron, pues él salió de Bolívar en 1923 y tales relaciones subsistían.

"2.—Victoria Mosquera depuso en la misma fecha y ante el mismo funcionario del anterior (f. 9 v.c.1) y se ratificó en el plenario (.17 v.c.2). Da su edad de 58 años y por ser natural de Bolívar, conoce directa y personalmente a Simona O. de Dorado y a Abigail Dorado, de buena conducta, y a Luis Felipe Burbano I, y ello atestigua sobre la existencia de relaciones sexuales estables y notorias entre Burbano y Abigail desde mayo de 1921 y que duraron hasta que Abigail quedó embarazada o hasta que se vino para Cali, como resultado de ellas; después de diez meses de iniciadas Abigail quedó embarazada y luego nació Ligia María, para quien ella confeccionó los pañales por la suma de cuatro pesos. Como razón de su dicho indica la de vecindad y que tales hechos eran de pú blico conocimiento.

"3.—Zoila Rivera rindió testimonio ante el dicho Juez 4º Civil del Circuito de Cali (f. 12 c.1) testimonio que ratificó en la primera instancia a folios 25 vuelto del cuaderno 2. Tenía 53 años al momento de declarar y manifestó conocer a Abigail Dorado desde 1916 (fecha que parece enmendada f. 12 v.cit., pero luego recalca en el año de 1921), pues vivió en Bolívar, con su madre, y guardaba buena conducta. Le consta que Luis Felipe y Abigail iniciaron relaciones sexuales estables y notorias desde mediados de 1921, 'mayo de ese año', que 'duraron por espacio mayor a veinte meses', como la madre de Abigail amasaba ella le ayudaba a esos menesteres para lo cual iba por la tarde o por las

noches a casa de Simona; además, esas relaciones eran 'hecho públicamente conocido de todo el pueblo de Bolívar'. Por eso afirma que Ligia nació después de seis meses de comenzadas y antes de expirar los trescientos días desde que comenzaron; en la repregunta de folio 26 cuaderno 2 cita como hechos constitutivos de las relaciones: Luis Felipe frecuentaba la casa de Abigail y a veces ésta iba a la tienda de Luis Felipe y pasaba la noche con él.

"4.—Laurentino Albán se presntó al Juzgado 2º Civil de este Circuito y allí declaró y ratificó su testimonio (fs. 16 c. 1 y 21 c. 2). Denuncia una edad de 52 años, haber trabajado con Luis Felipe desde 1916 hasta 1925, habiendo gozado de mucha confianza de él 'inclusive me mandaba con mucho dinero a las fincas a pagar obreros'; siendo natural de Bolívar conoce a Simona O. de Dorado y a Abigail Dorado, de buena conducta, por ello vió y presenció que Burbano entraba de día y de noche a la casa de Abigail, 'siendo este hecho de pública notoriedad en el vecindario', y de ahí deduce la existencia de relaciones sexuales estables y notorias entre ellos 'desde el mes de mayo de 1921... durante varios meses hasta que nació el 25 de julio de 1922 una niña que fue bautizada con el nombre de Ligia María Dorado', después de ciento ochenta días de comenzadas y antes de los trescientos días desde que comenzaron (f. 17 c.1). Razón particular para deducir lo que afirma es la de haber portado varias veces dineros, cortes o ropas que le mandaba Luis Felipe a Abigail.

"5.—Filomena Albán expuso los hechos ante el juez de la causa y ante él se ratificó (fs. 18 c. 1 y 20 c. 2). A los 86 años de edad declara haber sido amiga 'íntima' de Luis Felipe, 'fuí de la casa de los Burbanos', como sirvienta de don Luis... me conversaba todo y me decía que quería mucho a Abigail, lo mismo que después me dijo que ya estaba interesante y que tenía que mandarle plata'. Tal amistad se originó desde que Laurentino entró a trabajar en la misma casa de Luis Felipe, y posiblemente por eso vió y presenció que entabló relaciones sexuales estables y notorias con Abigail en el mes de mayo de 1921; que fueron de público conocimiento en Bolívar, y que duraron por más de diez meses hasta que se produjo el embarazo de Abigail, habiendo nacido Ligia María Dorado el 25 de julio de 1922, después de ciento ochenta días de comenzadas las relaciones sexuales y antes de los trescientos días, según la pregunta del numeral 10º... Es de apuntarse que repreguntada por el doctor Solarte H. sobre si en circunstancias distintas de la amistad íntima que dice haber tenido con Luis Felipe y haber vivido entre los años de 1921 y 1922 como sirvienta de su casa, se habría podido percatar de los hechos que declara y manifiesta (claro que no' (f. 20 v. c. 2).

"6.—Francisco A. Cabezas D. ante el mismo juez de la causa declaró extrajuicio y se ratificó, según se ve a folios 19 vuelto del cuaderno 1 y 13 del cuaderno 2. A la fecha de la primera, denuncia cincuenta y dos años para el 14 de agosto de 1958, y en forma entera y absolutamente conteste con el interrogatorio expone constarle la existencia de las relaciones sexuales entre Luis Felipe y Abigail, por haber sido muy amigo y vecino del primero, relaciones que califica de estables y notorias, iniciadas en mayo de 1921, y de las cuales nació el 25 de julio de 1922 la actora, después de ciento ochenta días de iniciadas y antes de los trescientos días en que comenzaron. Hasta aquí el punto 11º... Contrainterrogado por el doctor Solarte H. sobre su edad en 1921 y sobre los hechos que hubiera presenciado personalmente para deducir la existencia de las relaciones sexuales que denuncia, manifestó que en 1921 tenía 14 años porque 'nací el 28 de enero de 1907' (fl. 14. c. 2.), y en varias ocasiones vió que el señor Burbano y Abigail se encerraban en una pieza, 'no sé a qué' (ib), y vió eso porque frecuentaba la casa de Simona, la madre de Abigail, como condiscípulo de Peregrino, hermano de ésta.

"7.—Nohemí Ordóñez de Hoyos, quien expuso lo que sabía ante el Juez 4º Civil del Circuito de Cali (fl. 24 c. 1), es tan poco lo que dice 'pues yo estaba muy pequeña', que su testimonio no aparece entre los ratificados.

"8.—Carlos Albán testimonió ante el juez de primer grado extrajuicio y se ratificó en juicio en declaraciones de folios 26 vuelto del cuaderno 1 y 29 del cuaderno 2, en su orden. De una y otra se saca que entre 1918 y 1925 cuando él tenía diez y ocho años, comenzó a trabajar como empleado en la venta de mercancías bajo la dependencia de Luis Felipe; por ese hecho le consta en forma personal y directa que en mayo de 1921 poco más o menos (f. 30 c. 2), se iniciaron las relaciones sexuales estables y notorias entre su patrono y Abigail y que duraron hasta

que ésta quedó embarazada y como consecuencia de ellas nació Ligia María, después de ciento ochenta días y antes de trescientos de iniciadas tales relaciones. Repreguntado por el doctor Solarte H. sobre hechos constitutivos de las relaciones sexuales, afirma que Luis Felipe visitaba de día y de noche a Abigail, agregando que 'aún sin haber sido empleado de confianza y amigo íntimo podría atestiguar, sin mayores detalles, que Ligia María era hija de don Luis Felipe' (f. 30 c. 2).

"9.—Alejandro Rivera cuya declaración se consigna a folio 30 vuelto del cuaderno 1 y se ratificó a folio 11 del cuaderno 2, a pesar de haber sido gerente de la casa de Luis Felipe Burbano, sin especificar fecha, por seis o más años, y no obstante haber residido en Bolívar entre 1920 y 1923, solo 'por referencias de personas que decían saberlo y rumores callejeros' supo de las relaciones sexuales estables y notorias de Luis Felipe con Abigail, pues 'personalmente no recuerdo haber acompañado nunca a Luis Felipe Burbano a visitar a Abigail Dorado, ni ví si entraba o no entraba a la casa de ella, ni a qué horas, ni cuándo... por esa misma causa no podría precisar ni cuándo empezaron esas relaciones ni cuándo terminaron, si es que las hubo' (f. 12 c. 2).

"10.—Waldina Burbano de Jipia, de cuarenta y ocho años al rendir su declaración extrajuicio ante el juez de la causa (fl. 31 v. c. 1) ratificada como aparece a folio 27 vuelto del cuaderno 2, conoció a Luis Felipe Burbano 'por haber sido empleada al servicio de su propia casa por espacio de varios años en la ciudad de Bolívar (Cauca) (f. 31 v. c. 1), circunstancia que ratifica a folio 28 del cuaderno 2. Por eso le consta que Luis Felipe residió en Bolívar entre 1920 y 1923, época en la cual también vivía en la misma población Abigail Dorado, al lado de su madre, como persona de buena conducta. Luego de sostener el hecho de las relaciones sexuales estables, permanentes y notorias que se imputan a Luis Felipe con Abigail en la respuesta al punto 4º de la declaración primitiva, en la ratificación niega haber tenido conocimiento personal y directo de ellas; repreguntada por el doctor Solarte H. dice: 'No señor. Mejor dicho, de eso no he sabido yo' (f. 28 ib.).

"11.—Luis Dorado ante el juez de la instancia, extrajuicio, rindió testimonio el 27 de febrero de 1959 (f. 32 v. c. 1) y se ratificó en él el 24 de noviembre de 1961 (f. 24 c. 2) y dijo ser natural de Bolívar (C) haberse relacionado con Luis Felipe entre los años de 1920 a 1923, pues ambos tenían la misma residencia, y conocer a Abigail Dorado, hija de Simona Ordóñez de Dorado, personas de magnífica reputación. En lo que hace a las relaciones sexuales estables, permanentes y notorias que se averiguan, habla de ellas 'por razón de los decires o rumores de conocimiento público' (f. 33 c. 1), sin que personalmente le hubiera constado nada, para añadir que como fruto de ellas nació una niña "en el mes de julio de 1922, bautizada con el nombre de Ligia María Dorado' (ib.). Repreguntado por el doctor Solarte H. indica que no puede dar fechas de la iniciación de tales relaciones, que no presenció hecho alguno constitutivo de ellas, 'pero oír sí'. Pues anduvo la bola en Bolívar de que Abigail tenía esas relaciones con don Luis Felipe' (f. 25 c. 2).

"12.—Próspero Robles es verdad que dio declaración extrajuicio (f. 37 c. 1) pero no se ratificó en ella 'por haber perdido completamente la memoria y estar enfermo' (f. 11. c. 3)".

El fallo acusado analiza también las declaraciones de José Tránsito Muñoz, Rafael Burbano Díaz, Porfirio Muñoz, José Sacarías Daza y Felipe Castro L., recibidas en el término probatorio del juicio; valora uno a uno todos los testimonios aportados por la parte demandante, los somete a crítica y después de desechar la mayor parte de ellos, concluye, sin embargo, aceptando que están probadas las relaciones sexuales, estables y notorias indicadas en la demanda, con las declaraciones de Victoria Mosquera, Carlos Albán y Francisco Antonio Cabezas.

Respecto de este último advierte que la circunstancia de que el deponente, por su corta edad para la época en que presenció los hechos que relata le fuera difícil medir su trascendencia, no es óbice para considerar su testimonio, porque cuando lo rindió ya entendía el hecho observado en su pubertad, dándole el sentido e intención que no media en un principio.

Continúa así el análisis probatorio del Tribunal:

"Ahora bien, los dichos de Victoria Mosquera, Carlos Albán y Francisco Antonio Cabezas reúnen precisamente las exigencias del artículo 697 del Código Judicial como para concluír que son plena prueba del hecho afirmado por ellos, esto es, que entre Luis Felipe Burbano y Abigail Dorado O. existieron relaciones sexuales

estables, permanentes y notorias, aunque sin comunidad de habitación, iniciadas en el mes de mayo de 1921 y que se prolongaron por diez meses, más o menos, según los dos últimos exactamente, habiendo nacido como fruto de ellas la actora Ligia María Dorado dentro del lapso indicado por el artículo 92 del Código Civil.

"A esta conclusión se llega... porque no hay que perder de vista que el sistema de la tarifa legal de pruebas impera en los juicios de filiación natural y a él debe someter el juzgador su fallo; por otro lado, el Tribunal cree haber sido nada complaciente en el análisis de los numerosos y variados testimonios aducidos por la parte actora y a pesar de ello, no ha podido sustraerse a la convicción que hasta el momento le producen los de la Mosquera y de Albán y de Cabezas, concordantes en el hecho mismo y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar (artículo 697 C. J.)".

"Advierte el fallo que en las posiciones absueltas por el padre presunto antes del juicio, éste negó en forma rotunda la existencia de las relaciones sexuales, estables y notorias, que se dice tuvo con Abigail Dorado, pero que tal negativa no es prueba de que realmente no hubiesen existido, y que ello no impide la producción de elementos de juicio que traten de evidenciar que, a pesar de esa negativa, las relaciones existieron, aunque el presunto padre no hubiese querido confesarlas.

"Pasa luégo el sentenciador a considerar la prueba de la posesión notoria del estado civil de hija natural de la demandante respecto de Luis Felipe Burbano y de su estudio concluye que no es posible deducir que se haya establecido de un modo irrefragable dicha posesión.

Como en el curso del juicio se alegó la impotencia generandi del padre presunto, a consecuencia de una orquitis bilateral como complicación de unas paperas que sufrió en su juventud, el Tribunal se detiene en el estudio de la prueba que obra en autos y llega a la conclusión de que el hecho no logró acreditarse en debida forma. Se refiere en el particular al dictámen médico producido en el término probatorio y hace el siguiente comentario:

"El hecho básico del dictamen, que no es otro que la declaración del doctor Flórez Toro y no el examen directo e inmediato del señor Burbano I., no permite llegar a una conclusión afirmativa, aun restringida la prueba a la adolescencia y hasta la juventud del señor Luis Felipe Burbano, como quiera que la asistencia médica que el doctor Flórez Toro comenzó a prodigar a su paciente Burbano I. apenas se inició en 1939, con mucha posterioridad al nacimiento de la actora, y sus palabras en el aspecto que se estudia son reflejo de lo que le manifestara el propio paciente; mejor dicho, no tuvo él un acceso directo a la persona de Luis Felipe en el tiempo en que éste, según lo afirma, fue víctima de la 'parotiditis' que le dejó como consecuencia la 'orquitis' y que degeneró en la impotencia generandi, y en tal forma es testigo ático de cuanto sobre este punto le expuso Luis Felipe, pero no de los hechos mismos expuestos cuya ocurrencia es imposible determinar en el tiempo...

"Síguese, pues, que no ha prosperado esta afirmación de la impotencia generandi en el presunto padre natural de la actora, como secuela de una parotiditis contraída en años anteriores a 1920".

También se refiere el sentenciador a la vida disoluta que la parte demandada le atribuye a la madre de la demandante, por la época en que tuvo lugar la concepción de ésta, y después del análisis de los elementos de juicio que obran en el proceso, concluye que la prueba de las pretendidas relaciones carnales de Abigail Dorado con otros hombres resultó fallida, "pues quienes fueron citados como testigos de los hechos que le habrían dado asidero a tal excepción, nada declaran que fuera pertinente: los señores Miguel Antonio Zúñiga, Rómulo Burbano Hidalgo, Jesús María López y Jesús Eraso Molano son vagos e ignoran los hechos en sí".

Como conclusión final dice el fallo acusado:

"Las consideraciones que anteceden y particularmente las tres últimas pertinentes al estudio y ponderación de las pruebas allegadas al juicio y al de las pedidas y practicadas en forma legal y oportuna, ratifican la conclusión ya expuesta: está demostrada la filiación natural de la actora Ligia María Dorado con respecto a su presunto padre Luis Felipe Burbano Ibarra, con base en la causal cuarta del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, desde que está plenamente comprobado que entre Luis Felipe Burbano I. y Abigail Dorado existieron relaciones sexuales permanentes y notorias, aunque sin comunidad de habitación, iniciadas en mayo de 1921, y de las cuales nació la actora Ligia María Dorado el

25 de julio de 1922, es decir, después de ciento ochenta días desde que empezaron y que se prolongaron por diez meses.

"Este resultado, cuyo efecto inmediato es la revocación de la sentencia de primera instancia proferida por el Juez Segundo Civil de este Circuito, significa que habrá de accederse a la declaración primera de la parte petitoria de la demanda del actor... y que hay lugar a estudiar las restantes consecuenciales que son: la relativa a la calidad de heredera absoluta en la actora; la de reforma del testamento en las tres cuartas partes que a ella tocan, y la de petición de herencia".

— IV —

EL RECURSO DE CASACION

Las demandadas Mercedes Burbano Ibarra y Rosa Berenice Burbano de Santacruz, interpusieron recurso de casación contra la sentencia del Tribunal formulándole dos cargos con apoyo en la causal primera del artículo 52 del Decreto Extraordinario Nº 528 de 1964.

Primer Cargo. — Es por violación indirecta de los artículos 1º, 4º, ordinal 4º, 20 y 28 de la Ley 45 de 1936, 1040, 1239, 1240, ordinal 3º, 1274, 1275 y 1321 del Código Civil y de los artículos 688, 697, 701 y 702 del C. de P. Civil a causa de errores de hecho en la apreciación de unas pruebas y en la falta de estimación de otras, lo cual, según el recurrente, determinó la aplicación indebida de las normas citadas, no siendo el caso de aplicarlas.

Para el autor del recurso los errores de hecho en que incurrió el Tribunal, "lo condujeron a dar por demostrado, sin estarlo, que entre Luis Felipe Burbano Ibarra y Abigail Dorado existieron relaciones sexuales permanentes y notorias, aunque sin comunidad de habitación, iniciadas en mayo de 1921, de las cuales nació la actora Ligia María Dorado el 25 de julio de 1922, después de ciento ochenta días desde que aquéllas empezaron, y que las mismas se prolongaron por diez meses.

"A la inversa, el sentenciador de segundo grado se equivocó, a través de tales errores de hecho, al no dar por demostrado, estándolo, que entre Burbano Ibarra y Abigail Dorado no hubo nunca jamás ningunas relaciones sexuales, ya estables, ya notorias".

Según el recurrente las pruebas erróneamente apreciadas por el Tribunal, son las siguientes: a) La declaración de nudo hecho de Victoria Mosquera, rendida ante el Juez 4º Civil del Circuito de Cali (f. 5 v.c. 1), ratificada en el plenario (f. 17 v.c. 2); b) La declaración extrajuicio de Carlos Albán, ratificada en el juicio (f. 28 v.c.), y la declaración de Francisco Antonio Cabezas, quien también se ratificó en la causa (f. 13 c. 2). Y las dejadas de apreciar son, para el impugnante, el testamento otorgado por Luis Felipe Burbano Ibarra, las posiciones por él absueltas antes del juicio, las absueltas por Mercedes Burbano Ibarra y Rosa Berenice Burbano de Santacruz, las declaraciones de Miguel Antonio Zúñiga, Luis y Rómulo Burbano Hidalgo, Jesús María López, Abelino Mejía, Jorge Enrique Santacruz, Humberto Casas, y de los Presbíteros doctores Francisco Vargas Ordóñez y Luis Fernando Guzmán.

Dice la censura que sólo tres de los testimonios aportados por la demandante constituyeron fuente de convicción para el fallador de segunda instancia, pues los otros fueron hallados contradictorios, inexactos, deficientes o sospechosos; que las tres declaraciones que le merecieron credibilidad, repiten las preguntas y hacen disquisiciones legales empleando cierta terminología jurídica extraña al grado de instrucción de los deponentes, lo que despierta malicia, pues así se exterioriza un previo adiestramiento en ellos; que sin grandes esfuerzos se observa cómo los declarantes se preocuparon por servir los intereses de la actora, suministrando detalles y tratando de coordinar hechos en forma que concordasen artificialmente en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar; que se extralimitaron en sus aseveraciones y se detuvieron en pasajes íntimos respecto de Luis Felipe Burbano y Abigail Dorado, por lo cual "resultan fallidos para demostrar los extremos de notoriedad y estabilidad en las presuntas relaciones sexuales".

El recurrente se refiere a cada uno de los testimonios de Victoria Mosquera, Carlos Albán y Francisco Antonio Cabezas, afirma que no infunden la certeza suficiente como para dar por demostradas las relaciones sexuales, estables y notorias, que de esos testimonios dedujo el Tribunal, y refuerza el cargo así:

"Los manifiestos errores de hecho en que incurrió el sentenciador de segundo grado, originaron la transgresión de las normas sustancia-

les invocadas al formular este cargo, en relación con las adjetivas citadas en el mismo. Es tan protuberantemente equivocada la apreciación de las tres declaraciones antes comentadas, que aplicando los principios generales de la sana crítica, ellas no pueden formar una plena prueba testimonial, pues la soberanía del Tribunal en este sentido no puede llegar al extremo de no poder corregir en casación estos evidentes errores de hecho".

Para el impugnante, en cambio, el fallador no le concedió valor probatorio al testamento otorgado por Luis Felipe Burbano Ibarra, "en el que confiesa que no tiene descendencia legítima ni natural. Esta declaración hecha poco antes de morir en acto tan importante y solemne como el testamento, cuando el hombre se sincera consigo mismo y con terceros, tiene alta valoración probatoria". Agrega que tal manifestación está en conexión estrecha con las posiciones absueltas por el causante, a petición de Ligia María Dorado, a quien le niega el carácter de hija natural, y con las declaraciones de Abelino Mejía, Jorge Enrique Santacruz, Humberto Casas y los Presbíteros doctores Francisco Vargas Ordóñez y Luis Fernando Guzmán, "a quienes nunca les contó que tuviera hijos y menos que fuera el padre natural de Ligia María Dorado, pruebas todas éstas que guardan armonía con las posiciones absueltas por Mercedes Burbano Ibarra y Rosa Berenice Burbano de Santacruz".

Segundo Cargo.—Es por violación indirecta de las mismas disposiciones sustanciales citadas en el cargo anterior, a causa del error de derecho en que incurrió el sentenciador de segundo grado, en la apreciación de las declaraciones de Victoria Mosquera, Carlos Albán y Francisco Antonio Cabezas, lo que determinó, según el recurrente, la aplicación indebida de las normas sustantivas invocadas, "todo debido a la infracción medio del artículo 697 del Código de Procedimiento Civil".

Según la censura el error de derecho en que incurrió el Tribunal, lo llevó a dar por demostrada la existencia de las relaciones sexuales estables y notorias, invocadas en la demanda, por la época en que se presume la concepción de la demandante.

Sostiene el recurrente que el manifiesto error de derecho de que se trata, condujo al fallador a asignarle a los testimonios aludidos el valor probatorio que les concede la tarifa legal sin merecerlo; y que "si el ad-quem hubiera aplicado los principios de la sana crítica testimonial, sin vacilaciones hubiera desestimado tales declaraciones, que rigurosamente no concuerdan entre sí en las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Como no lo estimó así el fallador de segunda instancia incurrió en la violación medio del artículo 697 del C. J., la que lo llevó a la violación fin de las disposiciones sustanciales invocadas al enunciar este segundo cargo".

La Corte Considera:

1.—Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural en el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de 180 días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los 300 días siguientes a aquél en que cesaron, según lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Se establece aquí una presunción para llegar a la cual es necesario que se demuestren plenamente los hechos que le dan origen, es a saber, las relaciones sexuales, estables y notorias en la precisa época a que se refiere la norma.

La ley no ha exigido, ni podía exigir, la demostración de tales relaciones mediante prueba de testigos que hubiesen sorprendido a la pareja en el acto mismo de la cohabitación, cuyas características de privado e íntimo, hacen prácticamente imposible su demostración por medios directos. Sobre las relaciones sexuales no se puede dar testimonio sino por referencias resultantes de actos o hechos que los testigos hayan presenciado o percibido en los amantes de quienes se predica la existencia de esas relaciones.

La estabilidad de ellas se caracteriza por la regularidad en el trato y su frecuencia, y, como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte, puede resultar de circunstancias diversas: "Convivencia del varón y de la mujer bajo un mismo techo, a la manera matrimonial; o relaciones entre ellos sin comunidad de habitación, pero inequívocamente indicativas de un frecuente y organizado comercio de los sexos, no interferido del lado de la mujer por la incidencia de relaciones carnales con otro hombre en la época en que pudo ocurrir la concepción, extremo

este excepcional cuya prueba incumbe hacer al demandado". (T. CVII, pg. 184).

La notoriedad de las relaciones consiste en que se hagan ostensibles, porque de lo contrario permanecerían ocultas o secretas, y así como la ley no contempla las uniones transitorias como base para una presunción de paternidad natural, tampoco acepta las ocultas, aunque hubiesen podido ser estables o permanentes. Sobre esta característica de las relaciones, la Corte ha dicho que "la notoriedad admite temperamentos, según sea la posibilidad de sus formas: en unos casos se tratará de uniones permanentes de evidencia general, como en el concubinato público; en otros, de relaciones discretamente mantenidas cuyo conocimiento no va más allá del círculo de parientes y amigos; y en otros, ese conocimiento estará reducido al ámbito de los vecinos del lugar en que las relaciones se desenvolvieron". (T. y pg. citados).

Además de la existencia de las relaciones sexuales, con sus características de estabilidad y notoriedad, es indispensable, según la ley, para que pueda hacerse la declaración de paternidad natural, que el nacimiento del hijo haya ocurrido después de 180 días, contados desde cuando empezaron tales relaciones, o dentro de los 300 días siguientes a aquel en que cesaron.

En consecuencia, quien pretenda la declaración de paternidad natural, con apoyo en la causal cuarta del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, debe demostrar plenamente la existencia de las relaciones sexuales, estables y notorias, habidas entre el padre presunto y la madre del demandante, con el requisito de la temporalidad contemplado en la ley.

En el caso en estudio analizó el Tribunal los elementos de juicio aportados al debate y dedujo la existencia de las relaciones sexuales, con las características legales, de los testimonios de Victoria Mosquera, Carlos Albán y Francisco Antonio Cabezas, respecto de los cuales el recurrente considera que el sentenciador cometió un manifiesto error de hecho en su apreciación.

El error de hecho manifiesto consiste, como lo ha dicho la Corte "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 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.

"Siendo esto así, si el Tribunal dio 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 desvirtuar, de manera evidente, la convicción derivada de ellos o bien, por haber atribuído a los testigos aseveraciones que ellos no hicieron en el proceso". (T. LXXVII, pg. 119).

El Tribunal analizó la prueba objetada por el recurrente, no pasó sobre ella sin estimarla, pues la tuvo en cuenta para fundar su decisión; y al apreciarla la interpretó con fidelidad objetiva, pues no desconoció lo que dicen los testigos en sus deposiciones, ni cambió el fondo real de lo expuesto por ellos, es decir, no desvirtuó el contenido de la prueba en sí misma considerada. En tales circunstancias no cometió error de hecho manifiesto en la estimación de los testimonios a que se refiere el impugnante. La Corte, con ocasión del recurso de casación no puede variar la apreciación hecha por el Tribunal, porque dentro de la autonomía de que goza en el análisis de los elementos probatorios, el recurrente no logró demostrar que el sentenciador de segundo grado hubiese incurrido en el error de hecho manifiesto que le atribuye, en relación con la prueba testimonial de que se ha hecho mérito.

No es verdad, por otra parte, como lo dice el recurrente, que el Tribunal omitiera apreciar el testamento otorgado por Luis Felipe Burbano, en el cual manifestó que no dejaba descendencia legítima: ni las posiciones por él absueltas antes del juicio, ni las absueltas por las demandadas Mercedes Burbano Ibarra y Berenice Burbano de Santacruz; ni los testimonios a que se refiere la censura. Todas estas pruebas fueron analizadas por el Tribunal en su fallo, pero ha-

lló que no desvirtuaban la prueba de la existencia de las relaciones sexuales, estables y notorias, habidas entre el padre presunto y la madre de la demandante.

El sentenciador consideró que si Luis Felipe Burbano Ibarra dijo en su testamento que no tenía descendencia legítima ni natural; que si negó en posiciones ser el padre de la demandante; que si las demandadas Mercedes Burbano Ibarra y Rosa Berenice Burbano de Santacruz también desconocieron la filiación natural de la actora; y que si los testigos Abelino Mejía, Jorge Enrique Santacruz, Humberto Casas, Francisco Vargas, Luis Fernando Guzmán y los otros citados por el recurrente, jamás le oyeron decir al nombrado Luis Felipe que tuviese hijos, estos elementos de juicio no desvirtuaban lo aseverado por los declarantes Victoria Mosquera, Carlos Albán y Francisco Antonio Cabezas, que sirvieron de fundamento al fallador para llegar a la conclusión de que Luis Felipe Burbano Ibarra era el padre natural de Ligia María Dorado.

Por este otro aspecto tampoco se advierte error de hecho por falta de estimación de las pruebas a que se refiere el impugnante.

2.—Se atacan también, como se dijo antes, las declaraciones de la Mosquera, de Albán y de Cabezas, por error de derecho en su apreciación.

El error de derecho a que alude la causal primera de casación, se refiere a la hipótesis de que el Tribunal, en presencia de una prueba determinada, le haya desconocido su mérito probatorio, según la ley, o le haya reconocido uno de que carece, conforme a la misma ley.

En consecuencia, existe el error de derecho cuando el fallador al estimar la prueba, le niega el valor que le asigna la ley, o le da uno que no tiene, conforme a ella. Consiste, pues este tipo de error, en apreciar los elementos de convicción en desacuerdo con las normas constitutivas de la tarifa de pruebas.

En el sub-lite las declaraciones a que alude el autor del recurso fueron estimadas con el mérito que a la prueba testimonial le atribuye el artículo 697 del Código Judicial, que expresa que dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley.

En el fallo se anota que dichos testimonios reúnen las exigencias del citado artículo y que son plena prueba de los hechos afirmados por los declarantes; que quienes depusieron sobre los extremos que fundan la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, apoyan su conocimiento en la observancia de una conducta que es la general y corriente; y que a pesar del rigor empleado en el análisis de los elementos de juicio aludidos al debate, el sentenciador no pudo sustraerse a la convicción que le produjeron los testimonios acusados, "concordantes en el hecho mismo y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar". La apreciación que de esos testimonios hizo el Tribunal no puede ser variada por la Corte, porque el recurrente no logró demostrar el error de derecho en que dice incurrió el sentenciador al estimar la prueba aludida.

De lo expuesto se deduce que los cargos no prosperan.

RESOLUCION

En atención a 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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, con fecha diez y seis (16) de marzo de mil novecientos sesenta y cinco (1965), en el presente juicio ordinario de Ligia María Dorado contra la sucesión de Luis Felipe Burbano Ibarra.

Las costas del recurso 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.

RELACIONES SEXUALES

Requisito de temporalidad exigido por la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. - La índole del proceso demostrativo de esta causal deriva al campo de la prueba indiciaria. - Causal 1ª de casación. - Presupuesto ineludible de la prueba testimonial. - Autonomía del juzgador en la apreciación de esta última.

1.—Estando en juego en esta litis el tercero de los requisitos exigidos por la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, o sea el de la temporalidad, consistente en que el nacimiento del hijo haya sobrevenido después de ciento ochenta días contados desde que empezaron tales relaciones o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron, hay que decir que ello "significa que el tiempo de las relaciones sexuales estables y notorias ha de coincidir, aunque sea en parte, con el lapso dentro del cual pudo realizarse la concepción, según el artículo 92 del C. Civ." (Cas. de 18 de mayo de 1964, CVII, Pág. 185).

Tanto respecto del nacido después de iniciadas las relaciones sexuales notorias y estables entre la madre y el pretenso padre, como del nacido después de concluídas ellas, es necesario que la ocurrencia de las mismas se demuestre con vinculación a la determinada época dentro de la cual el hijo tuvo que ser concebido, cuyos límites precisa la ley. O lo que es lo mismo que si la incidencia de las relaciones sexuales estables y notorias, dentro de los exactos límites de la época de la concepción, no se demuestra, la causal 4ª no se configura.

Por lo que hace a la primera de estas hipótesis, o sea la del nacido después de ciento ochenta días de comenzadas las relaciones sexuales estables y notorias, la aplicación práctica del precepto se traduce en que se demuestre plenamente que esas relaciones, aunque no se sepa el día de su iniciación, existieron en época precisa que suministre al juzgador el punto de partida para contar el término de los ciento ochenta días, con relación al cual el nacimiento verificado después de dicho término, indicará que el hijo es producto de las relaciones carnales de su madre con el hombre a quien señala como padre la correspondencia de tales relaciones con la época legal de la concepción.

En lo tocante con la índole del proceso demostrativo de la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 citada, es obvio que éste deriva al campo de la prueba indiciaria. Al respecto puede verse lo expuesto por la Corte en casaciones de 13 de diciembre de 1954, LXXIX, 2149, Pág. 250 y ss; 20 de mayo de 1947, LVII, 379 y 18 de mayo de 1964, CVII, Pág. 185.

2.—En lo concerniente a la técnica de la causal 1ª del recurso de casación, cuando la impugnación plantea, como punto de partida, el error de derecho probatorio, ha sido doctrina constante que la apreciación de las pruebas hecha por el tribunal debe ser respetada en casación cuando no vaya ciertamente contra la ley que determina su valor o los requisitos de su eficacia demostrativa, aun en los casos en que aquella estimación no fuese compartida por la Corte.

3.—El artículo 697 del Código Judicial, al enseñar que forman plena prueba, en los casos en que tal medio es admisible, las declaraciones de dos testigos que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, asienta como presupuesto ineludible de esta norma el que los testigos sean hábiles, pues sólo a éstos se refiere: "Dos testigos hábiles".

4.—Las conclusiones de hecho a que haya llegado el juzgador en el examen crítico de los testimonios, no son revisables en casación mientras, al hacerlo, no haya incurrido en contraevidencia manifiesta, que hubiese alegado y demostrado el impugnante.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., seis de diciembre 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 Medellín, con fecha 5 de junio de 1963, en el juicio ordinario seguido por Juan Manuel Bedoya frente a Luis Eduardo Vélez Vélez y otros.

—I—

EL LITIGIO

Ante el Juez 4º Civil del Circuito de Medellín, Juan Manuel Bedoya demandó en juicio ordinario a los hermanos legítimos del finado Aureliano Vélez Vélez llamados Luis Eduardo Vélez Vélez, Laura Vélez de Escobar, María Elisa Vélez de Vélez, Elena Vélez de Vélez, Bernardina Vélez de Giraldo, Francisco Luis Vélez, Gerardo Vélez Vélez y Gabriela Vélez V. de Abad, en impetración de las siguientes súplicas:

"1º—Que JUAN MANUEL BEDOYA, nacido de MARIA DEL CARMEN BEDOYA y bautizado el día 26 de julio de 1931, en Armenia (Antioquia), de la República de Colombia, es hijo natural del señor AURELIANO VELEZ VELEZ, fallecido en Itagüí el día nueve (9) de julio de 1961.

"2º—Que JUAN MANUEL BEDOYA tiene, en consecuencia, el carácter de heredero de AURELIANO VELEZ VELEZ, con derecho a recibir su cuota hereditaria de acuerdo con la Ley 45 de 1936, con preferencia a los herederos hermanos legítimos demandados, en las cuotas que le pertenecen como legitimario.

"3º—Que se declare a JUAN MANUEL BEDOYA como heredero universal de los bienes relictos dejados por el señor AURELIANO VELEZ VELEZ, y los que a éste pudieren corresponderle en la sucesión de su finada madre ELENA VELEZ DE VELEZ, juicio de sucesión que actualmente cursa en el Juzgado 4º de este circuito.

"4º—Que se condene a los demandados a devolver al señor JUAN MANUEL BEDOYA, la cuota que pertenece como legitimario al señor AURELIANO VELEZ VELEZ, en la sucesión de su finada madre Elena Vélez de Vélez, que cursa en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín, y en la cual figura como apoderado el doctor Bernardo Penagos Estrada.

"... ... ...".

Subsidiariamente dijo demandar a la sucesión de Elena Vélez de Vélez, que actualmente cursa en el Juzgado 4º Civil del Circuito de Medellín, y a sus herederos legítimos, los mismos contra quienes se dirigió la acción principal, agregando a Aureliano Vélez Vélez, ya muerto, en solicitud de que el referido juez se abstenga de "ordenar o aprobar dicha partición, hasta tanto se defina como cosa juzgada, si Juan Manuel Bedoya es hijo natural, o no, de Aureliano Vélez Vélez...".

Los HECHOS que se alegan como estructurales de la **causa petendi** pueden compendiarse así:

Que con anterioridad al nacimiento de Juan Manuel Bedoya, ocurrido en la población de Armenia (Antioquia), el día 21 de julio de 1931, y desde los últimos meses del año de 1927, Aureliano Vélez Vélez "sostuvo relaciones amorosas sexuales, íntimas, permanentes o estables y notorias con MARIA DEL CARMEN BEDOYA, las que se prolongaron por mucho tiempo después del nacimiento de Juan Manuel Bedoya"; y que esas relaciones se desarrollaron principalmente en el paraje denominado "Cartagüeño", en una finca de propiedad de Aureliano Vélez Vélez, en que trabajaba la Bedoya, y en donde las mismas tuvieron la mayor publicidad y notoriedad;

que fruto de las dichas relaciones sexuales fue Juan Manuel Bedoya, nacido después de los ciento ochenta días de iniciadas ellas y dentro del tiempo del contubernio público, notorio y estable de los nombrados Aureliano y María del Carmen, el que se prolongó hasta el año de 1938;

que Aureliano jamás desconoció al demandante, como a su hijo natural, y así lo decía públicamente en la calle a sus amigos, siendo ello de consenso general en Armenia, y habiendo sido el primero, solícito en darle regalos de dinero y otros enseres al segundo;

que Aureliano murió soltero e intestado, sin dejar ascendientes ni descendientes legítimos.

Los demandados contestaron, por medio de un apoderado común, negando en lo general los hechos fundamentales de la acción de filiación y, en suma, oponiéndose a las peticiones de la demanda, contra la cual manifestaron proponer las excepciones de petición de modo indebido, ilegitimidad sustantiva del demandado y preclusión de la acción.

La primera instancia, en cuyo decurso se adujeron pruebas de una y otra parte, recibió fallo por el cual se denegaron todas las peticiones de la demanda; y abierto el segundo grado por apelación del actor, cerróse con sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de fecha 5 de junio de 1963, confirmativa de la del inferior. Interpuesto por el litigante vencido el recurso de casación, procede ahora la Corte a su despacho.

— II —

CONSIDERACIONES DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Luego de razonamientos de carácter doctrinal acerca de la acción investigativa de la paternidad natural, especialmente en lo relacionado con los motivos cuarto y quinto del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, procede el Tribunal al estudio de las probanzas que se allegaron al debate, tocantes en una u otra forma con la materia de esas causales.

Así, en lo atañadero a las relaciones sexuales que el actor pretende existieron entre su madre, María del Carmen Bedoya, y Aureliano Vélez Vélez, en la época en que debió de efectuarse la concepción del primero, no encuentra el sentenciador que los testimonios aportados con el intento de acreditar esta causal llenen tal cometido. En el particular advierte lo siguiente:

Que el testigo Juan de Jesús Marín Muñoz se pronuncia afirmativamente sobre las relaciones sexuales habidas desde antes del año de 1930 entre María del Carmen Bedoya y Aureliano Vélez Vélez, de quienes el vecindario decía que vivían amancebados, habiendo sido público y notorio, en la finca "Cartagüeño", el hecho de esas relaciones, las que duraron de ocho a diez años, por todo lo cual al testigo no le queda duda de que Juan Manuel es hijo de María del Carmen y de Aureliano; que el último, durante el tiempo de tales relaciones, le daba la subsistencia, como también vestidos, a la Bedoya, lo mismo que a Juan Manuel, y ella le hacía de comer y le lavaba la ropa a Aureliano; que éste nunca negó que fuera padre natural de Juan Manuel, a la vez que lo presentaba como su hijo a sus amigos y relacionados; y que el declarante no le conoció a la Bedoya, durante el tiempo en que ésta vivió con Vélez, relaciones con otros hombres. Y agrega el Tribunal que aunque este testigo, contrainterrogado no se contradijo en las afirmaciones fundamentales referidas, es de anotar sí que "las manifestaciones que a él hizo Vélez sobre su paternidad natural respecto a Bedoya, fue según sus propias palabras, en estado de embriaguez".

Pero, no obstante esta declaración, las demás le merecen al sentenciador ciertos reparos, que hacen que todas juntas no le sirvan para formar certeza sobre la filiación de Juan Manuel Bedoya en relación con su pretendido progenitor Aureliano Vélez Vélez. Tales reparos son:

Que el declarante Marco Aurelio Estrada Vega, dada la fecha del nacimiento de Juan Manuel Bedoya, tendría unos once años cuando debió suceder la concepción de éste, "circunstancia que fundadamente hace dudar sobre la memoria que pueda tener respecto a los hechos materia de su testimonio. Por lo demás, no recuerda la época en que empezaron las relaciones sexuales entre María del Carmen Bedoya y Aureliano Vélez Vélez ni cuándo terminaron, y claramente se contradice en su declaración al afirmar que cuando nació Bedoya tenía 21 años de edad siendo así que éste, como ya se dijo nació el 21 de julio de 1931, es decir, cuando el declarante tendría solamente 11 años. De lo dicho se infiere que aunque las afirmaciones coinciden en lo esencial con las de Juan de Jesús Marín Muñoz, no tienen ni en forma alguna pueden tener el mismo valor, por lo que no podría todavía sostenerse que haya lugar a darle aplicación al artículo 697 del C. J.".

Que las afirmaciones del declarante Santiago Arredondo Henao "coinciden, en lo esencial, con las del testigo Jesús Marín Muñoz. Pero al ser repreguntado cae en notorias contradicciones que de acuerdo con el artículo 701 del Código Judicial hacen que su testimonio no preste fe". Como argumento de estas contradicciones, el Tribunal nota que el deponente, después de afirmar que Aureliano Vélez no llegó a negar que fuera padre natural de Juan Manuel Bedoya y que lo presentaba ante los amigos o relacionados como su hijo natural, al contestar las repreguntas que le formuló el apoderado de los demandados, dijo: "No llegué a ver que AURELIANO VELEZ le presentara a los muchachos a algún pariente, como su hijo natural", y que "en otra oportunidad dice: 'pero no llegué a ver que le hiciera regalos especiales', siendo así que antes había dicho: 'es cierto que durante el tiempo que duraron las relaciones entre AURELIANO VELEZ VELEZ y MARIA DEL

CARMEN BEDOYA, más o menos ocho o diez años, Vélez atendía la subsistencia de la señora Bedoya, le daba vestidos, alimentación, lo mismo que a Juan Manuel Bedoya, y a su vez María del Carmen le hacía de comer al señor Vélez, le arreglaba la ropa y lo atendía solícitamente".

Que aunque las respuestas del testigo Francisco Antonio Restrepo Ortiz, siguiendo el orden del interrogatorio formulado por el actor, "coinciden en gran parte con las de los otros testigos antes citados, se anota que no indica la época en que empezaron y terminaron las relaciones sexuales entre María del Carmen Bedoya y Aureliano Vélez Vélez, circunstancia esta importantísima para que se pueda saber si hay o no lugar al cumplimiento del numeral 4º del artículo 4º de la citada Ley 45 de 1936".

Que las manifestaciones del testigo Luis Alfonso Restrepo Ortiz, dada la edad de siete años que según lo afirmado por él tenía cuando debieron ocurrir las relaciones sexuales entre Vélez y la Bedoya, el nacimiento de Juan Manuel y los demás hechos de que se pretende deducir la filiación del último y sobre todo lo cual depone este declarante, "carecen de serios motivos de credibilidad toda vez que es de suponer, con razón que no recuerde exactamente tales hechos, ni las circunstancias del lugar, tiempo y modo en que ellos acaecieron. Por lo demás, y como es lógico, no recuerda cuándo se iniciaron ni cuándo terminaron las mencionadas relaciones sexuales entre la Bedoya y Vélez Vélez y de las cuales pretende ser fruto el demandante".

Que el testigo Arturo Restrepo Ortiz "tendría unos 10 años cuando ocurrieron la mayoría de los hechos esenciales alegados como fundamento del derecho invocado y sobre los cuales depone, razón por la cual su testimonio adolece de los mismos defectos encontrados a la declaración de Alfonso Restrepo Ortiz y Marco Antonio Estrada Vega. Además, tampoco recuerda la época en que las mencionadas relaciones sexuales tuvieron comienzo y fin, ni lo que es más grave, le consta".

Que el testimonio de Aldemar Marín Muñoz adolece de la deficiencia de que "no sabe precisar, por no recordarlo, ni la época en que se iniciaron las mentadas relaciones sexuales, ni cuándo terminaron, ni cuándo nació Juan Manuel Bedoya".

De todo lo cual, e inspirado en la doctrina de que, en punto de investigación de la paternidad natural, los elementos probatorios deben apreciarse por el juzgador con sumo cuidado, exigiéndose que las declaraciones de testigos, cuando se trate de establecer cualquiera de las causales cuarta o quinta de la Ley 45 de 1936, "sean tan claras, precisas y evidentes, que ese conjunto de declaraciones lleve al juez a la convicción de que los hechos alegados están probados de manera irrefragable, es decir, que no admiten la menor duda", concluye el Tribunal que si bien "las declaraciones de Juan de Jesús Marín Muñoz y Francisco Restrepo Ortiz podrían hacer pensar en que Juan Manuel Bedoya es hijo natural de Aureliano Vélez Vélez", con todo no logran "llevar al fallador la convicción plena de que ello es así, elemento éste indispensable para que, aplicando las normas legales aludidas, pueda declararse la filiación natural impetrada. En consecuencia, estima la Sala que no ha sido plenamente comprobada la causal a que se refiere el ya comentado numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936".

Y por lo que hace a la pretendida posesión notoria del estado de hijo natural alegada por el actor, estima el Tribunal que nada se establece, en los términos de la ley, con las declaraciones mencionadas.

Por otra parte, conceptúa el sentenciador que las partidas de nacimiento de Juan Esteban, Lázaro Antonio, Marco Aurelio, Manuel, María Isaura, Pablo Emilio y Marina del Socorro Bedoya, hijos naturales de María del Carmen Bedoya, que oportunamente se trajeron a los autos con el intento de hacer ver que ésta sostuvo relaciones sexuales con otros hombres, "dan lugar, por lo menos, a que se dude respecto a que la mencionada María del Carmen Bedoya no hubiera tenido relaciones sexuales con persona distinta a Vélez Vélez por la época en que se dice las tuvo con éste y a que Juan Manuel sea realmente producto de tales relaciones, lo que, desde luego, refuerza la conclusión antes adoptada respecto a la falta de prueba, por parte del demandante, de los hechos expuestos como fundamento de las causales jurídicas alegadas en sustentación de los pedimentos impetrados".

— III —

LA DEMANDA DE CASACION

Mediante ésta—la que es de advertir fue oportunamente contestada por la parte opositora—,

formúlanse cinco cargos, en la órbita de la causal primera, por violación indirecta de la ley sustancial, a causa de errores de derecho en la estimación de las pruebas, cargos cuya sustancia se recoge en el resumen que pasa a hacerse de los mismos.

Primer Cargo.—Formulado por "valoración errada de la prueba testimonial, quebrantando así la Ley 45 de 1936, principalmente en su artículo 4º, inciso 4º de esta Ley y además los artículos 662, 665, y 667 del Código Judicial, y 668, 688, 471 de la misma obra y los artículos 28, 92 y 413 del Código Civil", lo desarrolla el impugnante alegando lo siguiente:

Que el Tribunal acepta que las declaraciones de Juan de Jesús Marín Muñoz y Francisco Restrepo Ortiz "podrían hacer pensar que Juan Manuel Bedoya es hijo natural de Aureliano Vélez Vélez"; pero que a los testigos Marco Aurelio Estrada Vega, Luis Alfonso Restrepo Ortiz y Arturo Restrepo Ortiz les hace el reparo de que en la época de la concepción del demándante, las edades de los deponentes serían de once años, siete años y diez años, respectivamente; y que, al desestimar sus deposiciones, en razón de tal circunstancia, violó el artículo 668 del C. J., en cuanto este texto relativo a la habilidad e impedimentos de los testigos "no menciona el hecho de que lo percibido a la edad de diez años, no sea posible de recordarse en un testimonio". Ni podría disponerlo así la ley, "porque quebrantaría elementales normas de psicología, la cual enseña que precisamente lo que más se grava en la memoria es lo aprendido en la edad infantil o niñez", dada la inquietud natural del niño, quien "más que nadie se percata de esas circunstancias que acompañan a los enamorados, porque se ven, tales como el hecho de vivir juntos... etc., que en el caso de autos se corrobora y afianza por el largo período en que los concubinos vivieron en amancebamiento y por el hecho muy diciente que el campesino tiene sobre estos hechos un conocimiento muy precoz". Y con el propósito de respaldar su aserto, el acusador trae a colación la cita de un manual de Psicología Jurídica.

Censura al Tribunal, por cuanto les imputa a los testimonios de Marco Aurelio Estrada Vega, Francisco Antonio Restrepo Ortiz, Luis Alfonso Restrepo Ortiz, Arturo Restrepo Ortiz y Aldemar Marín Muñoz la deficiencia de que los declarantes no recuerdan la fecha precisa en que empezaron las relaciones sexuales, ni cuándo terminaron, y en general porque yerran muchas veces en cuanto a fechas se refiere. De este modo fueron infringidos el artículo 92 del C. Civil en relación con el inciso 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, ya que esta disposición no exige que se exprese la fecha exacta de la concepción, sino que la época de ésta coincida con las relaciones sexuales, y el artículo 688 del C. J. que si bien enseña que el testimonio debe ser responsivo, exacto y completo, no va al extremo de que algunas fallas en la memoria, tan explicables en lo tocante a fechas, puedan demeritar por completo la prueba testimonial. Cuando un testigo da fechas muy exactas se impone el dudar de su veracidad, "puesto que se trata de un ser humano que debe ser víctima de las flaquezas de la mala memoria, de la acción debilitadora del organismo y de los años que parten". En el caso agréguese que "se trata de gentes campesinas que jamás han cultivado la memoria, ni la inteligencia y son hechos que se cumplieron hace más de treinta años".

Acerca de la crítica hecha por el sentenciador al testimonio de Santiago Arredondo Henao, en el sentido de que "al ser repreguntado cae en notorias contradicciones que de acuerdo con el artículo 701 del Código Judicial hacen que su testimonio no preste fe", argumenta el recurrente que así se quebrantó el artículo 471 ibídem, pues que el Tribunal, según tal precepto, estaba obligado a expresar "las disposiciones legales y las razones de justicia o equidad que constituyen los fundamentos de la decisión", pero que apenas se limitó a anotar que este testigo incurrió en contradicciones, sin aclarar cuáles fueron ellas; y que, al entender que había una entre la manifestación que el testigo hibo primeramente de que jamás llegó a ver que Aureliano Vélez le hiciera regalos especiales al demandante, y su afirmación posterior de que durante las relaciones sexuales, Vélez atendía la subsistencia de la Bedoya, le daba alimentos y vestidos, y lo mismo a Juan Manuel, violó el artículo 413 del C. Civil, llamando regalos a los alimentos que por ley se deben a ciertas personas y contraviniendo así el artículo 28 de la misma obra.

Que, por último, "El Tribunal violó por infracción indirecta a causa de error de derecho los artículos 662, 665 del C. J., en relación con el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, por equivocada valoración de la prueba, al no dar por demostrados algunos indicios y presunciones que apa-

recen en los autos, tales como el hecho de haber vivido largo tiempo los concubinos Vélez y Bedoya bajo un mismo techo, en una misma finca, y siendo Vélez el dueño de ella y la Bedoya quien lo atendía en sus cuitas personales; que durante el tiempo en que Vélez y la Bedoya estuvieron en concubinato solo aparecen las partidas de nacimiento de Juan Manuel y María Isaura, quienes han promovido respectivamente los juicios de filiación por cuerda separada; que Aureliano Vélez no iba a tolerar que una mujer extraña en su finca, fuera de mala conducta; y, además la buena conducta observada por la Bedoya durante el tiempo en que estuvo viviendo maritalmente con Aureliano Vélez Vélez siéndole fiel únicamente a éste".

Segundo Cargo.—Alégase que con los testimonios de Juan de Jesús Marín, Marco Aurelio Estrada, Santiago Arredondo, Francisco Antonio Restrepo, Luis Alfonso Restrepo, Arturo Restrepo y Aldemar Marín Muñoz se demostraron hasta la saciedad por el actor las relaciones sexuales entre su madre natural y el presunto padre, que éstas fueron notorias, que fueron estables y que el nacimiento ocurrió después de ciento ochenta días de iniciadas ellas o dentro de los trescientos subsiguientes al en que terminaron.

Entonces, el Tribunal al no aceptar las relaciones sexuales estables y notorias entre Vélez y la Bedoya a que se refieren estos autos, a pesar de que todos esos testimonios en forma irrefragable evidencian que esos hechos sí existieron, quebrantó la Ley 45 de 1936, principalmente el ordinal 4º de su artículo 4º, en armonía con el 472 del Código Judicial, conculcado indirectamente, en cuanto desestimó las pruebas "por hechos que no van a ser objeto de pronunciamientos y valorándolas aisladamente sin concatenarlas unas con otras, pues que si ellas solas consideradas no forman un solo haz que configure la prueba plena o completa, relacionándolas íntegramente sí llegan a constituír la prueba plena o completa", con lo que se infringieron además los artículos 594 y 696 del C. J.

E insistiendo en esta idea, agrega el impugnante que "si los testimonios individualmente considerados no constituyen prueba plena para determinar las relaciones sexuales, estables, públicas y notorias, todas las declaraciones juntas, consideradas en forma conexa y relacionándolas constituyen más que la prueba plena de las pretensiones de la demanda", mereciendo cada una el reconocimiento de las calidades a que se refiere el artículo 594 ibídem.

Tercer Cargo.—Se sostiene que "el Tribunal violó el artículo cuarto en su ordinal cuarto de la Ley 45 de 1936, en armonía con el último parágrafo del artículo de la misma ley, y en concordancia con el artículo 92 del Código Civil", en cuanto "consideró por lo menos dudoso que María del Carmen Bedoya no hubiera tenido relaciones sexuales con otro hombre distinto de Aureliano Vélez Vélez, durante la probable época de la concepción de JUAN MANUEL BEDOYA, siendo así que en autos obran un número muy plural de declarantes los cuales afirman que en la época de la concepción de Juan Manuel Bedoya la madre de éste sólo le fue fiel en la vida sentimental al presunto padre natural Aureliano Vélez V.".

Si es cierto que la Bedoya tuvo hijos naturales en Sevilla, que llevaba consigo cuando llegó a la finca "Cartagüeño", estos nacieron antes del año de 1929; y si posteriormente le nacieron otros en Armenia, éstos lo fueron del año de 1940 en adelante. Mas, durante el tiempo en que Vélez y la Bedoya vivieron en contubernio público, solo aparecen las partidas de nacimiento de María Isaura Bedoya y de Juan Manuel Bedoya, quienes han promovido separadamente los juicios de filiación".

La pluralidad de varones en las relaciones sexuales —plurium concubentium— durante la época correspondiente a la concepción de Juan Manuel, tocaba demostrarla a la parte demandada. Pero, Leonidas Campiño Pulgarín, Emilio Cuartas Ortiz y Jairo de J. Restrepo —éste último menor que el demandante—, sólo declaran por meras referencias, así que no tienen mérito probatorio. Carlos Arturo Osorio, aunque afirma que antes de nacer Juan Manuel, Carmen Bedoya sostuvo relaciones sexuales con José González, aclara luego que 'esas relaciones fueron un año antes, más o menos, de nacer Juan Manuel". Y si Antonio J. Restrepo refiere que se comentaba entre los trabajadores de la finca, a que Carmen Bedoya tenía relaciones sexuales con Efraín Castaño", no precisa la época, que es lo fundamental. Y si José Benjumea B., Antonio Sierra Cadavid y Julio C. Gómez testifican acerca de la mala vida privada de Carmen Bedoya, en el corregimiento de Sevilla (Ebéjico), ninguna relación tiene ello con el caso de autos, pues entre Sevilla y Armenia median enormes distancias y Juan Manuel Bedoya fue engendrado en Armenia y no en Sevilla.

En cambio, los testigos Juan de Jesús Marín, Marco Aurelio Estrada Vega, Santiago Arredondo, Francisco Antonio Restrepo Ortiz, Luis A. y Arturo Restrepo y Aldemar Marín Muñoz, al referirse a las relaciones sexuales habidas entre Aureliano Vélez y María del Carmen Bedoya, afirman que durante el tiempo de esas relaciones no vieron que María del Carmen las tuviera con hombre alguno distinto del nombrado Aureliano.

En conclusión: el sentenciador por no haberles conferido fuerza probatoria plena a los testimonios de estos siete declarantes, concordantes en circunstancias de tiempo, modo y lugar, violó los artículos 632, 697 y 700 del C. J. y por este medio fue llevado a "aplicar el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y el parágrafo último del artículo 5º de la misma ley en armonía con el artículo 92 del Código Civil, en forma errada".

Cuarto Cargo.—Está propuesto por quebrantamiento del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, en armonía con el artículo 92 del Código Civil, en cuanto el **ad-quem** consideró no haberse demostrado que las relaciones sexuales, estables y notorias, entre los concubinos Vélez y Bedoya, hubieran empezado por la época en que conforme al Código Civil se debe presumir la concepción del demandante, "siendo así que en autos obran un número muy plural de testigos los cuales deponen la época más o menos probable en que empezaron las relaciones sexuales a que se refiere, entre los concubinos de autos, que coinciden en un todo con la concepción del demandante Juan Manuel Bedoya. Y es que esta prueba que abunda en los autos se refiere solo a la época en que pudo haber ocurrido la concepción del pretenso hijo natural, y no a la fecha exacta en que empezaron las relaciones sexuales, conforme es la opinión ésta última del Tribunal de Medellín".

Si sus intimidades solamente las conocen los protagonistas es inhumano y anticientífico exigir una prueba muy exacta de la fecha en que empezaron tales relaciones, y por ello la ley deja un margen más o menos amplio para que se demuestre la coincidencia de las mismas con la época probable de la concepción. "Puede haber en los testimonios algunas equivocaciones en cuanto a fechas, pero eso no obstaculiza a que por medio de declaraciones se haya evidenciado en autos, qué esas dos fechas coinciden, que concuerdan en cuanto a épocas, conforme se ve en las distintas reposiciones allegadas", como son las de Juan de Jesús Marín, Francisco Antonio Restrepo Otriz, Aldemar Marín, Luis A. Restrepo y Arturo Restrepo, quienes declaran en el sentido de que esas relaciones empezaron desde antes del año de 1930; la de Marco Aurelio Estrada, según el cual ellas ocurrieron entre 1930 hasta 1938; y la de Santiago Arredondo Henao, según el cual empezaron antes de 1931 y se prolongaron hasta 1938.

"Así es que la época en que ocurrieron las relaciones sexuales entre Vélez y la Bedoya sí está clarificada, que es cabalmente la alusión que conlleva el artículo 92 del C. Civil, que coincide con la probable época de la concepción del demandante".

Quinto Cargo.—Formulado por infracción del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, en armonía con los artículos 697 y 696 del Código Judicial, se hace consistir en que si el Tribunal encontró que "solamente las declaraciones de Juan de Jesús Marín Muñoz y Francisco Restrepo Ortiz podrían hacer pensar en que Juan Manuel Bedoya es hijo de Aureliano Vélez Vélez", debió apoyado en estos dos testimonios haber declarado al demandante hijo natural de Aureliano, "pues que el artículo 697 del Código Judicial y ninguna disposición legal mandan que para los juicios de filiación natural sea otra la prueba que se requiera, y además violó el juez ad-quem el artículo 696 del C. Judicial ya que los dos testigos que en su concepto merecían credibilidad era menester concatenarlos con los otros que declaran en el proceso para llegar de una prueba incompleta a la completa de que trata la ley, teniendo en cuenta además, los indicios, y presunciones que afloran en los autos, y la ninguna prueba presentada por la parte demandada para demeritar las pretensiones del actor".

Y es que, frente al artículo 472 del C. J. que enseña la finalidad de los procedimientos, no puede ser interpretación jurídica de una norma legal la que conduzca a su ineficacia y al absurdo.

— IV —

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.—En relación con la materia del recurso, es pertinente recordar algunos principios:

a) Fijando el criterio que ha de presidir en la demostración de las causales de declaración

judicial de la paternidad natural, tiene dicho esta superioridad que, " 'La jurisprudencia es hoy, con sobrada razón, muy exigente en la calidad de la prueba de los casos del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, precisamente para que las acciones sobre filiación pasen por el crisol de la más rigurosa crítica, a fin de que el reconocimiento judicial de la filiación sea producto de una comprobación evidente, perfecta, irrefragable, que no deje la más leve sombra de duda y ofrezca la seguridad de que no se trata de una superchería, de otro escándalo que haga impacto en la propia ley' (Cass. 14 mayo 1954, LXXVII, pág. 667; 10 agosto 1955, LXXXI, págs. 38 y 39).

"Por lo mismo, quien pretenda la declaración en juicio de su filiación paterna natural, con apoyo en la referida causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, debe demostrar **plenamente** la ocurrencia de las relaciones sexuales entre su madre y el presunto padre, con las calidades de **estabilidad, notoriedad** y **temporalidad** exigidas por este precepto legal" (Cas. 18 mayo 1964, CVII, pág. 185).

b) Estando en juego en esta litis el tercero de los requisitos mencionados, o sea el de la **temporalidad**, consistente en que el nacimiento del hijo haya sobrevenido después de ciento ochenta días contados desde que empezaron tales relaciones o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron, hay que decir que ello "significa que el tiempo de las relaciones sexuales estables y notorias ha de coincidir, aunque sea en parte, con el lapso dentro del cual pudo realizarse la concepción, según el artículo 92 del C. Civil" (Cas. ibídem).

En este sentido ha expresado reiteradamente la Corte que "Por ministerio de la misma ley y con fundamento en los mismos principios la estabilidad y la notoriedad no pueden limitarse a las relaciones sexuales en sí mismas sino que han de vincularse a límites temporales precisos en orden a que pueda aplicarse la presunción sobre el momento probable de la concepción..." (Cass. 17 febrero 1947, LXIII, pág. 687; 5 marzo 1948, LXIV, pág. 49; 3 marzo 1955, LXXIX, pág. 693).

Y si ello se enseñó así, cuando se pensaba que el numeral 4º en referencia "describió exactamente el concubinato público, aun el que no se sucede mediante comunidad de habitación", **a fortiori** ha de predicarse ahora en que, a partir, principalmente de la sentencia de casación de 28 de febrero de 1961, se reconoció a la causal 4ª la amplitud latente en el concepto de "relaciones sexuales notorias y estables", que traduce una situación de hecho, de perfiles menos fácilés de concretar que la primera (XCIV, pág. 571 a 574).

Quiere todo ello decir que, tanto respecto del nacido después de iniciadas las relaciones sexuales notorias y estables entre la madre y el pretenso padre, como del nacido después de concluídas ellas, es necesario que la ocurrencia de las mismas se demuestre con vinculación a la determinada época dentro de la cual el hijo tuvo que ser concebido, cuyos límites precisa la ley. O lo que es lo mismo que si la incidencia de las relaciones sexuales estables y notorias, dentro de los exactos límites de la época de la concepción, no se demuestra, la causal 4ª no se configura.

Y por lo que hace a la primera de estas hipótesis, o sea la del nacido después de ciento ochenta días de comenzadas las relaciones sexuales estables y notorias, la aplicación práctica del precepto se traduce en que se demuestre plenamente que esas relaciones, aunque no se sepa el día de su iniciación, existieron en época precisa que suministre al juzgador el punto de partida para contar el término de los ciento ochenta días, con relación al cual el nacimiento verificado después de dicho término, indicará que el hijo es producto de las relaciones carnales de su madre con el hombre a quien señala como padre la correspondencia de tales relaciones con la época legal de la concepción.

c) En lo tocante con la índole del proceso demostrativo de la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45, es obvio que éste deriva al campo de la prueba indiciaria.

"Entonces, los hechos sobre que los testigos declaran y que han sido objeto de sus directas percepciones, podrán venir a constituír los antecedentes o índices de la presunción a que se llegue, siendo al juzgador a quien compete sacar de esos hechos índices la conclusión del caso. De donde resulta que, si las declaraciones de los testigos sobre los hechos mismos por ellos directamente percibidos se sitúan dentro del sistema de valoración dispuesto por la ley para la prueba testimonial, en lo tocante con las deducciones que de esos hechos por tal medio establecidos haga el juzgador, la operación cae dentro del régimen de la prueba por presunción, campo en el cual señorea la autonomía del sen-

tenciador, a cuya discreción o prudente arbitrio ha dejado la ley el poder de apreciar los hechos constitutivos de los indicios, la pluralidad de éstos, su gravedad, precisión y conexidad y en suma la procedencia de las conclusiones respectivas, sin otro límite que el de que éstas no obedezcan a contraevidencia o arbitrariedad manifiesta.

"Pero, aun tratándose de la prueba testimonial en sí misma considerada, no ha querido la ley que en su ponderación quede el juzgador sometido a la prevalencia de un rigor formal sobre las deficiencias internas del testimonio. Por eso, el verificar las condiciones de responsividad, exactitud, cabalidad y sinceridad de cada deposición y, luego, la concordancia de dos o más declaraciones en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, es atribución que por imperativo lógico corresponde al juzgador, llamado a conocer de los hechos del proceso y formar su criterio sobre los mismos a través de las pruebas aducidas. Con esta orientación, ha podido decir la Corte, fijando el espíritu del artículo 697 del C. J., que 'este artículo significa que el juez puede dar por plenamente demostrado un hecho con dos testimonios que reúnan esas calidades, pero no que necesariamente deba tenerlo como demostrado, es decir, que, aun en el caso en que haya dos testimonios contestes acerca del hecho y sus circunstancias, el juzgador conserva la facultad de aplicarles las reglas de la sana crítica, rechazándolos en el caso de encontrarles fallos. La doctrina universal mantiene el principio de que, para apreciar la prueba testimonial, los tribunales pueden y deben someterla a las reglas de la crítica racional' (Cas. 13 diciembre 1954, LXXIX, 2149, pág. 250 y ss.). Y allí mismo reproduce la dicho antes por la Corte sobre esta materia, así: "No basta la declaración de dos o más testigos para que se tenga como plena prueba lo afirmado por ellos; es necesario que los testimonios reúnan las condiciones exigidas por la ley y que los testigos se ciñan en sus deposiciones a los preceptos que el legislador ha señalado como requisito para que sean atendidos los testimonios. Además, la ley ha concedido al juez determinadas facultades de apreciación que dependen de su criterio y que no es posible desechar sino cuando se ha cometido error evidente de hecho o de derecho' (Cas. 20 mayo 1947, LVII, 379)". (Cas. 18 mayo 1964, CVII, pág. 185).

d) En lo concerniente a la técnica de la causal 1ª del recurso de casación, cuando la impugnación plantea, como punto de partida, el **error de derecho probatorio**, ha sido doctrina constante que la apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal debe ser respetada en casación cuando no vaya ciertamente contra la ley que determina su valor o los requisitos de su eficacia demostrativa, aun en los casos en que aquella estimación no fuese compartida por la Corte. "Y debe ser respetada, porque el recurso de casación no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de los elementos probatorios, ni rectificar el criterio del juzgador de instancia sobre las puras cuestiones de hecho (Casación de 4 de abril de 1936, G. J., Nos. 1909 y 1910, página 799). Por eso, para que haya error de derecho en la apreciación de una prueba se necesita que, al estimarla, se haya contravenido a la ley que la establece y valora. Y, por tanto, este concepto de error de derecho no comprende todo error en que haya podido incurrir el Tribunal sentenciador en la estimación de los elementos lógicos que determinaron su convicción, sino que es necesario que el error implique la violación de un precepto legal positivo" (Cas. 23 marzo 1954, LXXVII, págs. 118 a 121). Y allí mismo, refiriéndose a una acusación por quebranto del artículo 697 del C. J., agregó: "La regla jurídica que se dice violada es la del artículo 697, por cuanto implícitamente exige que el testigo deponga sobre hechos concretos. Pero cuál deba ser el grado de concreción o determinación de esos hechos, es cosa que la ley no precisa y que deja, por tanto, a la discreta estimación del Tribunal sentenciador... Y la Corte no podría sustituír esa discreción por la suya propia sin exceder los límites que la ley le ha señalado cuando, en tratándose de casación por mala apreciación de la prueba, no ha querido que pase por encima de la que ha hecho el Tribunal sino por motivos determinados, uno de los cuales es el de error de derecho... De lo contrario, se convertiría la casación en una nueva instancia, desconociéndose así la naturaleza y finalidades propias y restringidas de este recurso, pues entraría la Corte a decidir no sobre si el Tribunal violó una norma de derecho, sino sobre el propio proceso lógico de su convicción, formada dentro del campo que la ley ha dejado a su juicio".

2.—Ahora bien, en el recurso que se examina y puestos los cargos a la luz de las nociones que se acaban de exponer, se encuentra lo siguiente:

Que el reparo de que el sentenciador violó el artículo 668 del Código Judicial, al no darle poder de eficacia demostrativa a las declaraciones de Marco Aurelio Estrada Vega, Luis Alfonso Restrepo Ortiz y Arutro Restrepo Ortiz, en atención a que ellas, en lo relativo a las circunstancias de que se pretende deducir la filiación paterna del demandante, versaron sobre hechos ocurridos largos años atrás, cuando los declarantes tenían las edades de once, siete y diez años, respectivamente, carece de fuerza, pues, el Tribunal no hizo sino profesar una actitud crítica no contraria a razón e inspirada en cierto modo por el criterio que fluye de los ordinales 1º y 2º del mismo texto, el que, sin referirse expresamente a la hipótesis de las percepciones de los impúberes, desconoce como testigo hábil a la persona impedida, ya por incapacidad física, a causa de imperfección grave del sentido necesario para presenciar, observar y apreciar el hecho correspondiente, ya por incapacidad mental, que desde luego se presume en el que por cualquier motivo se halle fuera de razón en el momento en que acaeció el hecho sobre que depone.

Es así como el artículo 697 ibídem, al enseñar que forman plena prueba, en los casos en que tal medio es admisible, las declaraciones de dos testigos que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, asienta como presupuesto ineludible de esta norma el que los testigos sean hábiles, pues solo a éstos se refiere: "Dos testigos hábiles". Así que, correspondiendo al juzgador apreciar, dentro de las directrices legales, en armonía con los dictados de la sana crítica las condiciones de habilidad de los testigos para el momento en que percibieron los hechos sobre que deponen y, luego, las posibilidades de debilitamiento de sus recuerdos a través de los años, no encuentra la Corte motivo para censurar la desestimación hecha por el Tribunal, de los testimonios a que se acaba de hacer referencia.

Tampoco acierta el recurrente en su ataque contra la apreciación que respecto de los testimonios de Marco Aurelio Estrada Vega, Francisco Antonio Restrepo Ortiz, Luis Alfonso Restrepo Ortiz, Arturo Restrepo Ortiz y Aldemar Marín Muñoz hiciera el sentenciador, en el sentido de que por no recordar o indicar todos estos declarantes la época en que empezaron y terminaron las relaciones sexuales entre María del Carmen Bedoya y Aureliano Vélez Vélez, no puede darse por demostrada, en el caso del pleito, la paternidad natural del último respecto de Juan Manuel Bedoya, desde el punto de vista de la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Conviene advertir que no se ha ensayado en el recurso ataque alguno por error de hecho a la estimación que de todos esos testimonios hiciera el Tribunal. Lo que significa que éste los vió tales y como obran en el proceso, sin atribuírles nada distinto de lo que ellos expresan. Entonces, si éstos no le mostraron al juzgador la existencia de las relaciones sexuales de que se trata dentro de la época precisa en que según el artículo 92 del Código Civil debió efectuarse la concepción del demandante, para lo cual era indispensable que los testigos se hubieran referido a un tracto cronológico definido. mal puede increpársele por la crítica que en este punto hicera del haz de testimonios en referencia, ni menos por la conclusión que de esa crítica dedujo, de no haberse acreditado en el juicio la filiación paterna invocada por el actor.

Menos aun podría tener eficacia alguna la censura por la desestimación que el Tribunal hizo del testimonio de Santiago Arredondo Henao, de quien el sentenciador dice que "al ser repreguntado cae en notorias contradicciones que de acuerdo con el artículo 701 del Código Judicial hacen que su testimonio no preste fe", porque, ciertamente este declarante, al ser contrainterrogado, depuso sobre circunstancias que le impedían ser testigo de las relaciones sexuales entre Aureliano Vélez Vélez y María del Carmen Bedoya durante todo el espacio de tiempo dentro del cual hubo de ocurrir la concepción y luego el nacimiento de Juan Manuel Bedoya acaecido éste el 21 de julio de 1931. Efectivamente, contestando a las repreguntas, son palabras textuales de este declarante, ante el Juez 4º Civil del Circuito de Medellín, las siguientes: "No sé en qué época entró María del Carmen Bedoya a la finca Cartagüeño... yo fuí a prestar servicio militar, diez meses aquí y el resto en la frontera. Entre el 23 de octubre de 1929 y el 25 de octubre de 1931 estuve en el ejército. Cuando llegué del ejército, María del Carmen tenía un niño chiquito, pero no sé cuál sería... No sé decir el año en el cual empezaron las relaciones sexuales entre María del Carmen y Aureliano... Durante los dos años que yo estuve en el cuartel, no sé si ellos pelearían o interrumpirían sus relaciones..." (fls. 14 v. y 15, c. 3).

Ni es argumento que esfuerce la acusación, el de que el Tribunal hubiese dicho que "las de-

claraciones de Juan de Jesús Marín Muñoz y Francisco Restrepo Ortiz podrían hacer pensar en que Juan Manuel Bedoya es hijo natural de Aureliano Vélez Vélez", porque, si eso expresó el sentenciador, lo hizo así, no para afirmar que estos testimonios sembraran en su ánimo el convencimiento de ser ello cierto, sino por el contrario para concluir que no podían "en forma alguna llevar al fallador la convicción plena de que ello es así". Y, como ya está visto, las conclusiones de hecho a que haya llegado el juzgador en el examen crítico de los testimonios, no son revisables en casación mientras, al hacerlo, no haya incurrido en contraevidencia manifiesta, que hubiese alegado y demostrado el impugnante. Y es que el Tribunal no le podía dar a la declaración del dicho Francisco Antonio Restrepo Ortiz el poder de concurrir a integrar una plena prueba, desde luego que el mismo fallador le hizo el reparo de que "no indica la época en que empezaron y terminaron las relaciones sexuales" de que se trata. Ciertamente, la lectura de esta declaración muestra los siguientes pasos: "El señor Vélez Vélez y la señora Carmen Bedoya vivieron juntos en esa finca (Cartagüeño), por espacio mayor de diez años y más o menos desde mil novecientos treinta y uno, **aunque no recuerdo cuándo se inició entre ellos esa vida.** Es cierto que mientras ellos vivieron juntos nació Juan Manuel Bedoya...", Ante lo cual cabría preguntar: ¿Desde qué día de 1931 vivieron aquéllos juntos?, dato importantísimo, siendo así que Juan Manuel Bedoya nació el 21 de julio del mismo año. Después afirma: "Yo sé simplemente, que la señora María del Carmen Bedoya vivió con Aureliano Vélez Vélez, en la forma como ya lo dije atrás, pero no tengo la suficiente memoria para recordar los años precisos en que ocurrió esa convivencia". Más adelante, el testigo repreguntado, dice: "No sé decir el año en el cual la señora María del Carmen Bedoya entró a la finca... —Yo tendría algunos doce o quince años, cuando María del Carmen Bedoya llegó allá... —Ella vivió también en la finca de Efraín Castaño y allá trabajó, pero no recuerdo el año... —No sé en cuál año salió la señora María del Carmen Bedoya de la finca; tampoco sé en qué año nació Juan Manuel, ni cuándo nació Isaura, ni en qué año comenzaron las relaciones entre ellos ni cuándo terminaron".

Si, pues, no se ha demostrado contraevidencia, ni en la vista que de tal declaración tuviera el Tribunal, ni en el resultado por éste obtenido de su examen, no obstante relacionarlas con la de Juan de Jesús Marín Muñoz, debe dejarse en pie la conclusión del sentenciador en el punto, adversa a la pretensión del demandante.

Finalmente, es palpable la ineficacia del ataque contra la consideración que el juzgador hiciera en vista de las partidas de nacimiento de otros siete hijos naturales de María del Carmen Bedoya, y de las declaraciones de Carlos Arturo Osorio y Antonio José Restrepo, consideración consistente en que tales pruebas despiertan dudas "respecto a que sí sea realmente Vélez Vélez padre natural del actor" y a que "la mencionada María del Carmen Bedoya no hubiera tenido relaciones sexuales con persona distinta a Vélez Vélez por la época en que se dice las tuvo con éste y a que Juan Manuel sea realmente producto de tales relaciones", porque aparte las deficiencias de la censura al respecto, es lo cierto, por un lado, que el Tribunal solo tuvo las pruebas con que toca todo este aspecto de la acusación como elementos corroborativos de su convicción de no haberse establecido la filiación impetrada, y, por otra parte, que, por la índole misma de la materia debatida, el cargo relacionado con la excepción "**plurium constupratorum**" sólo tendría pertinencia en la hipótesis de que el juzgador se hubiese basado en esta excepción para rechazar la demanda, lo que no ocurre en el caso de esta litis, en que se denegaron las pretensiones del actor, por no haberse encontrado demostrada la existencia de las relaciones sexuales estables y notorias entre la madre del demandante y Aureliano Vélez, en la precisa época dentro de la cual debió efectuarse la concepción del primero, argumento éste en que descansa la decisión del litigio y que el recurso no ha logrado desvirtuar.

No prosperan, pues, los cargos.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha cinco (5) de junio de mil novecientos sesenta y tres (1963), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CUANTIA PARA EL RECURSO DE CASACION

No es el interés de la sentencia lo que fija la cuantía necesaria para recurrir en casación sino la cuantía de la acción o de la demanda. - Interpretación y alcance del artículo 50 del Decreto 528 de 1964. - Condiciones de admisión del recurso cuando a la acción principal se acumula la de reconvención.

Entre los requisitos que la demanda debe llenar, según el artículo 205 del C. Judicial, figura el de la cuantía. El actor está obligado a señalar en cifra numérica el valor o cuantía de su pretensión. Si son varias las pretensiones, lo natural y obvio es que se fije la cuantía de cada una de ellas. También el artículo 519 ibídem determinaba la cuantía necesaria para recurrir en casación. Este precepto fue modificado posteriormente por el artículo 1º del Decreto 3547 de 1950, en el sentido de elevar a diez mil pesos la cuantía requerida para interponer el recurso de casación. Con respaldo en estas normas expresó la Corte que la cuantía señalada al iniciarse el juicio, entra a formar parte de la relación jurídico procesal y gobierna todo el curso del negocio, de modo que los litigantes quedan sujetos a las consecuencias procesales de esa determinación de cuantía, entre las cuales figura la de la posibilidad ulterior de recurrir en casación (XCII, 2221, 57).

El artículo 50 del Decreto 528 de 1964 señala en la actualidad las clases de fallos que son susceptibles del recurso de casación y dispone que en los casos en que procede este recurso "se requiere que la cuantía del interés para recurrir sea o exceda de cien mil pesos". Considerando los términos de este precepto, sostiene el recurrente de hecho que, para el efecto de interponer el mismo recurso de casación, se atendía antes al interés de la acción y que hoy se atiende al interés de la sentencia, es decir, que ésta da la medida del interés para recurrir, desde luego que ella constituye el objeto de tal recurso. En seguida agrega el propio recurrente: "Y aquí acontece que el interés para recurrir, o sea el interés cuantitativo de las acciones definidas en la sentencia, asciende a ciento nueve mil seiscientos veintisiete pesos ($ 109.627.00), o sea la suma de las dos acciones valoradas separadamente por el señor perito".

Sobre este argumento cabe observar que, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 471 del C. Judicial, las sentencias deben guardar armonía con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes y que por tanto en ellas no se pueden hacer declaraciones y condenas distintas de las pedidas o que agraven la situación jurídica que al demandado se le plantea en el libelo. Por otra parte, el artículo 210 ibídem consagra el principio de que "si el demandante pide más de lo que se le debe, el Juez sólo le declara el derecho a lo que pruebe que se le adeuda". Según estas normas, la sentencia no puede condenar al demandado en más de lo pedido, pero sí en menos, y aún puede y debe absolverlo si el actor no demuestra el derecho que invoca. Lo cual pone de relieve que el interés reconocido en un fallo puede ser inferior, pero no superior al interés o cuantía de lo demandado, y que si se tomara aquél interés de la sentencia como medida de la cuantía para recurrir en casación, se reduciría la posibilidad de interponer este recurso y quedarían los litigantes colocados en una situación desventajosa. Esta es una razón más que suficiente para no dar acogida a la tesis de que es el interés de la sentencia lo que fija la cuantía necesaria para recurrir en casación y para continuar sosteniendo, de acuerdo con la doctrina de la Corte, que es la cuantía de la acción o de la demanda la que rige todos los aspectos del juicio y la que determina la procedencia o improcedencia de ese recurso extraordinario.

En el presente caso hay una demanda principal y otra de reconvención, con sus correspondientes cuantías. Ninguna de éstas alcanza la cifra necesaria para recurrir en casación. El recurrente, sin embargo, acude al procedimiento de sumar las dos cuantías para obtener un guarismo superior al que exige la ley para interponer dicho recurso. Esta adición de cuantías es inadmisible, como lo ha sostenido la Corte (XLVIII, 1948, 306,

LXXXVI, 2188, 731), porque cada demanda constituye una unidad independiente, con pretensiones distintas y en esta ocurrencia incompatibles. Varias veces ha dicho también la Corte que cuando a la acción principal que se ejerce se acumula otra por reconvención, es necesario, para que sea admisible el recurso de casación respecto de ambas, que concurran en la una y en la otra los requisitos que la ley exige para interponer tal recurso; de lo contrario, éste sólo puede concederse respecto de la acción que reúne esas exigencias, ya que la circunstancia de la acumulación no es bastante por sí sola para que dicho recurso se surta respecto de todas las acciones acumuladas; con todo, el recurso admisible en tal supuesto puede extenderse a todas esas acciones cuando entre ellas hay tal conexión que el fallo que recaiga sobre la una comprenda, modifique o afecte a las otras, aunque en relación con una o varias de ellas falten los requisitos que la ley prescribe (LXXXII, 2163, 76).

La doctrina anterior se aplicó en proveído de 10 de noviembre de este año, dictado en el juicio ordinario de Carlos Eduardo Arenas y otro contra la sucesión de Roque Jacinto Cleves, porque a la acción ejercitada en la demanda de reconvención se le fijó una cuantía de $ 100.000.00 y porque tal acción tenía conexión necesaria con otra propuesta en la demanda principal; pero la misma doctrina no es aplicable en el caso presente, porque ninguna de las acciones incoadas en la demanda principal y en la de mutua petición reúne los requisitos indispensables para poder ser recurrida en casación.

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

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

El señor Salvador Brotons López demandó ante el Juez del Circuito de Buenaventura a los señores Louis G. Van Wyen y Emilio Brotons para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se hicieran varias declaraciones, así:

A) Que están afectadas de caducidad, se han extinguido y carecen actualmente de valor y eficacia legal las dos hipotecas constituídas por el señor Emilio Brotons a favor del señor Louis G. Van Wyen sobre una casa de habitación ubicada en el área urbana de Buenaventura, hipotecas que se consignaron en las escrituras números 782 y 746, otorgadas en la Notaría de la misma ciudad de Buenaventura, la primera el 29 de noviembre de 1958 y la segunda el 12 de noviembre de 1959.

B) Que, como consecuencia de la declaración anterior, se ordene cancelar el registro de las escrituras en que constan los expresados dos gravámenes hipotecarios.

C) Que se declare que el señor Louis G. Van Wyen es civilmente responsable de los perjuicios morales y materiales que le ha causado y le está causando al señor Salvador Brotons con motivo del secuestro indebido del inmueble gravado con las hipotecas dichas y que en consecuencia se lo condene a pagar por concepto de esos perjuicios la suma de $ 30.000.00 o la cantidad que en el juicio se pruebe.

El principal fundamento de la declaración sobre caducidad de las hipotecas se hace consistir en que el señor Emilio Brotons constituyó esos gravámenes cuando ya había fallecido su esposa Francisca López, en que el inmueble gravado pertenecía a la sociedad conyugal que el mismo Brotons tuvo con su dicha esposa y a la sucesión de ésta y en que, dentro del juicio de la cónyuge premuerta, ese inmueble le fue adjudicado al heredero Salvador Brotons López y no al nombrado Emilio Brotons.

El demandado Louis G. Van Wyen se opuso a la demanda aludida y a su turno promovió contra el actor Salvador Brotons López otra demanda de mutua petición para que se hicieran estas declaraciones:

1.—Que son absolutamente nulos tanto la partición de bienes llevada a cabo dentro del juicio de sucesión de la señora Francisca López de Brotons como la hijuela que allí se le formó y expidió al heredero Salvador Brotons y el registro de esos actos.

2.—Que como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, se ordene cancelar el registro de la partición de bienes y de la hijuela mencionadas.

3.—Que el señor Salvador Brotons López es civilmente responsable de los daños morales y materiales causados al señor Louis G. Van Wyen con motivo de la demanda temeraria propuesta por aquél contra éste.

La razón primordial de la demanda de reconvención consiste en que, cuando se realizó la partición de bienes en la mortuoria de Francisca López y fueron registradas la sentencia

aprobatoria de esa partición y la hijuela del heredero Salvador Brotons, se hallaba embargado el inmueble que a éste se le adjudicó en ese juicio sucesorio.

Surtidos los trámites de la primera instancia, el juez del conocimiento pronunció la sentencia de 23 de enero de 1964, en la cual se denegaron las súplicas formuladas en la demanda principal y, acogiendo las de la demanda de mutua petición, se declaró que son nulos la hijuela expedida a Salvador Brotons en la sucesión de Francisca López, el registro de esa hijuela, la escritura de protocolización del juicio mortuorio y su registro, así como también el registro de la partición de bienes.

El demandante Brotons López apeló del fallo de primera instancia, y, una vez agotados los trámites del segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali profirió la sentencia de cuatro de diciembre de 1965, por la cual se revocó la decisión apelada y en su lugar se acogieron las peticiones de la demanda principal sobre caducidad y extinción de las hipotecas mencionadas, se ordenó cancelar el registro de esos gravámenes, se denegó la condena del demandado Van Wyen al pago de perjuicios y se absolvió al demandante Salvador Brotons de los cargos que se le formularon en la demanda de mutua petición.

El demandado Louis G. Van Wyen recurrió en casación contra la sentencia de segundo grado, y el Tribunal, hallando dudosa la cuantía del negocio, dispuso que fuera apreciada por un perito. El experto avaluó la cuantía del juicio principal en $ 46.517.00 y la de la demanda de reconvención la estimó en $ 63.110.00.

Con base en el dictamen pericial, el Tribunal denegó el otorgamiento del recurso de casación, considerando que en el juicio figuran acumuladas varias acciones, que éstas son autónomas, que ninguna de ellas alcanza la cuantía de $ 100.000.00 y que no es admisible sumar los valores de todas esas acciones para el efecto de formar una cuantía única y conceder el recurso interpuesto.

El mandatario del señor Van Wyen pidió reposición del auto por el cual se denegó concesión del recurso y en subsidio solicitó que se ordenara expedirle copia de las piezas pertinentes para recurrir de hecho. El Tribunal denegó la reposición, pero en cambio dispuso compulsar la copia solicitada.

Provisto de las piezas aludidas, el personero del mismo señor Van Wyen se ha presentado oportunamente ante la Corte en solicitud de que se le conceda el recurso de casación que fue interpuesto contra la sentencia de segundo grado.

Para Resolver se Considera:

En la demanda principal se promovieron y acumularon tres acciones, así: dos acciones de caducidad de sendas hipotecas y una acción de resarcimiento de perjuicios. En estas diligencias no figura la cuantía que el actor Brotons López le fijó a su demanda; sólo aparece que una de las hipotecas se constituyó para garantizar un crédito por valor de $ 15.000.00, que la segunda hipoteca aseguraba otro crédito por $ 5.000.00 y que la acción de indemnización de perjuicios perseguía el pago de $ 30.000.00. El perito avaluador de la cuantía de esta demanda le señaló un valor de $ 46.517.00.

En la demanda de mutua petición se ejercitan dos acciones, así: una de nulidad de la partición de bienes efectuada en el juicio mortuorio de Francisca López, de la hijuela que allí mismo se le expidió a Salvador Brotons y de los registros de tales actos, y otra acción de resarcimiento de daños. Tampoco figura la cuantía que el contrademandante Van Wyen le señalara a esta demanda de reconvención. El perito avaluador de esa cuantía le fijó un valor de $ 63.110.00.

Entre los requisitos que la demanda debe llenar, según el artículo 205 del C. Judicial, figura el de la cuantía. El actor está obligado a señalar en cifra numérica el valor o cuantía de su pretensión. Si son varias las pretensiones, lo natural y obvio es que se fije la cuantía de cada una de ellas. También el artículo 519 ibídem determinaba la cuantía necesaria para recurrir en casación. Este precepto fue modificado posteriormente por el artículo 1º del Decreto Nº 3547 de 1950, en el sentido de elevar a diez mil pesos la cuantía requerida para interponer el recurso de casación. Con respaldo en estas normas expresó la Corte que la cuantía señalada al iniciarse el juicio, entra a formar parte de la relación jurídico-procesal y gobierna todo el curso del negocio, de modo que los litigantes quedan sujetos a las consecuencias procesales de esa determinación de cuantía, entre las cuales figura la de la posibilidad ulterior de recurrir en casación (XCII, 2221, 57).

El artículo 50 del Decreto 528 de 1964 señala en la actualidad las clases de fallos que son susceptibles del recurso de casación y dispone que en los casos en que procede este recurso "se requiere que la cuantía del interés para recurrir sea o exceda de cien mil pesos". Considerando los términos de este precepto, sostiene el recurrente de hecho que, para el efecto de interponer el mismo recurso de casación, se atendía antes al interés de la acción y que hoy se atiende al interés de la sentencia, es decir, que ésta da la medida del interés para recurrir, desde luego que ella constituye el objeto de tal recurso. En seguida agrega el propio recurrente: "Y aquí acontece que el interés para recurrir, o sea el interés cuantitativo de las acciones definidas en la sentencia, asciende a ciento nueve mil seiscientos veintisiete pesos ($ 109.627.00), o sea la suma de las dos acciones valoradas separadamente por el señor perito".

Sobre este argumento cabe observar que, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 471 del C. Judicial, las sentencias deben guardar armonía con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes y que por tanto en ellas no se pueden hacer declaraciones y condenas distintas de las pedidas o que agraven la situación jurídica que al demandado se le plantea en el libelo. Por otra parte, el artículo 210 ibídem consagra el principio de que, "si el demandante pide más de lo que se le debe, el juez sólo le declara el derecho a lo que pruebe que se le adeuda". Según estas normas, la sentencia no puede condenar al demandado en más de lo pedido, pero sí en menos, y aún puede y debe absolverlo si el actor no demuestra el derecho que invoca. Lo cual pone de relieve que el interés reconocido en un fallo puede ser inferior, pero no superior al interés o cuantía de lo demandado, y que si se tomara aquel interés de la sentencia como medida de la cuantía para recurrir en casación, se reduciría la posibilidad de interponer este recurso y quedarían los litigantes colocados en una situación desventajosa. Esta es una razón más que suficiente para no dar acogida a la tesis de que es el interés de la sentencia lo que fija la cuantía necesaria para recurrir en casación y para continuar sosteniendo, de acuerdo con la doctrina de la Corte, que es la cuantía de la acción o de la demanda la que rige todos los aspectos del juicio y la que determina la procedencia o improcedencia de ese recurso extraordinario.

En el presente caso hay una demanda principal y otra de reconvención, con sus correspondientes cuantías. Ninguna de éstas alcanza la cifra necesaria para recurrir en casación. El recurrente, sin embargo, acude al procedimiento de sumar las dos cuantías para obtener un guarismo superior al que exige la ley para interponer dicho recurso. Esta adición de cuantías es inadmisible, como lo ha sostenido la Corte (XLVIII, 1948, 306, LXXXVI, 2188, 731), porque cada demanda constituye una unidad independiente, con pretensiones distintas y en esta ocurrencia incompatibles. Varias veces ha dicho también la Corte que cuando a la acción principal que se ejerce se acumula otra por reconvención, es necesario, para que sea admisible el recurso de casación respecto de ambas, que concurran en la una y en la otra los requisitos que la ley exige para interponer tal recurso; de lo contrario, éste sólo puede concederse respecto de la acción que reune esas exigencias, ya que la circunstancia de la acumulación no es bastante por sí sola para que dicho recurso se surta respecto de todas las acciones acumuladas; con todo, el recurso admisible en tal supuesto puede extenderse a todas esas acciones cuando entre ellas hay tal conexión que el fallo que recaiga sobre la una comprenda, modifique o afecte a las otras, aunque en relación con una o varias de ellas falten los requisitos que la ley prescribe (LXXXII, 2163, 76).

La doctrina anterior se aplicó en proveído de 10 de noviembre de este año, dictado en el juicio ordinario de Carlos Eduardo Arenas y otro contra la sucesión de Roque Jacinto Cleves, porque a la acción ejercitada en la demanda de reconvención se le fijó una cuantía de $ 100.000.00 y porque tal acción tenía conexión necesaria con otra propuesta en la demanda principal; pero la misma doctrina no es aplicable en el caso presente, porque ninguna de las acciones incoadas en la demanda principal y en la de mutua petición reúne los requisitos indispensables para poder ser recurrida en casación.

En resumen, como ninguna de las dos demandas que dieron lugar a este juicio ofrece una cuantía suficiente para recurrir en casación, síguese que el Tribunal obró con arreglo a derecho al denegar el recurso interpuesto por el litigante Louis G. Van Wyen.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, declara bien denegado el

otorgamiento del recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de cuatro de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este juicio ordinario de Salvador Brotons López contra Louis G. Van Wyen y otro.

Transcríbase esta providencia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali para su conocimiento y para que conste en los autos.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívense estas diligencias.

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

Iniciación autónoma del juicio estando en curso una acción de pertenencia, por usucapión, del mismo predio que persigue ahora el reivindicatorio. - Causal 2ª de casación. - Cuándo las excepciones permiten invocar la causal antes citada. - Alcance de la autonomía del Tribunal en la estimación probatoria. - Errores de hecho y de derecho. - El artículo 922 del Código Judicial no es una norma de valoración probatoria. - Alegación de error de hecho en la apreciación del registro de la partición. - El medio nuevo no es de recibo en casación.

1.—La circunstancia de que estuviera en curso el juicio de pertenencia, por usucapión, sobre el lote materia de la presente demanda, no significa que no pudiese iniciarse autónomamente el presente juicio reivindicatorio, de acuerdo con las normas legales de competencia, como en efecto se propuso.

La competencia del artículo 3º de la Ley 120 de 1928, se estableció para el juicio de pertenencia con todas sus consecuencias, inclusive para el ordinario a que hubiere lugar en caso de oposición; pero no para un juicio reivindicatorio autónomo, el cual sigue las reglas de competencia previstas en la ley, según los numerales 2º y 12 del artículo 152 del Código Judicial, por razón del lugar en donde ha de ventilarse el juicio. No puede, pues, afirmarse, como lo sostiene el recurrente, que el Juez que conoce del juicio sobre pertenencia tenía competencia privativa para conocer dentro del mismo juicio, de cualquier controversia de dominio por parte de terceros, referente al mismo bien.

2.—La causal 2ª de casación es la de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la acción o de la excepción, según las voces del artículo 52, numeral 2º del Decreto Extraordinario número 528 de 1964.

Se presenta esta causal cuando el Tribunal de instancia, al resolver el asunto sometido a su decisión, profiere sentencia de mérito fallando ultra petita, o extra petita, o mínima petita, es decir, cuando resuelve concediendo más de lo pedido, o cobre extremos que no han sido objeto del litigio, o deja de decidir sobre algunas de las pretensiones alegadas oportunamente por las partes.

3.—Las excepciones, que son pretensiones del demandado, permiten invocar la causal segunda de casación cuando han sido propuestas expresamente, porque sólo entonces, si no se resuelve sobre ellas, puede hablarse de que la sentencia es inconsonante en relación con las pretensiones de la parte demandada. Cuando no se alegan excepciones pero considera el recurrente que el Tribunal ha debido declararlas de oficio, como es su deber (artículo 343 del C. J.) el ataque debe hacerse por la causal primera de casación y no por la segunda, citando no solamente el artículo 343 del Código Judicial, sino, además, las normas sustantivas que consagran la excepción. La violación, en la hipótesis de la causal primera, tendría que ser por infracción de ley sustantiva en cualquiera de las ocurrencias relacionadas con dicha causal.

El artículo 343 del C. J. por sí solo no puede alegarse como fundamento del recurso de casación por la causal primera, cuya base es siempre el quebranto de ley sustancial, y es necesario relacionarlo con los preceptos de orden sustantivo que amparan la excepción no reconocida en el fallo.

4.—Dentro de la autonomía que al Tribunal compete en la apreciación de las pruebas, sus conclusiones al respecto son intocables en casación en cuanto el autor del recurso no demuestre que el sentenciador, al verificar esa apreciación, incurrió en error de hecho evidente en los autos, o en error de derecho por infracción de las normas sobre valoración probatoria.

5.—El error, que es la falsa noción de una cosa, es de hecho cuando se pasa sobre una prueba decisiva sin considerarla, o se supone una que no existe, o cuando al ser analizada la existente en sí misma, se la interpreta sin fidelidad objetiva, para restringir o ampliar o cambiar su contenido real.

6.—El error de derecho probatorio, que en casación se vincula con la apreciación de pruebas del juicio, por lo cual se le conoce como yerro de valoración, consiste, como lo ha dicho la Corte, en haber estimado los elementos de convicción en desacuerdo con las normas legales constitutivas de la tarifa de pruebas. De esta suerte el error de derecho a que alude la causal primera de casación, se refiere al caso en que el sentenciador de segundo grado, al analizar una prueba determinada, le haya desconocido el mérito que le da la ley, o, por el contrario, le haya atribuído uno que no tiene, conforme a la misma ley.

Cuando se invoca el error de derecho como causal de casación el recurrente debe demostrarlo, para lo cual ha de citar las disposiciones sobre valor probatorio de los medios de convicción que considere hayan sido infringidos por el Tribunal.

7.—Fuera de que no es una disposición de valoración probatoria el artículo 922 del Código Judicial no da base para fundar, por violación indirecta de ley sustancial, un cargo en casación.

8.—Cosa bien distinta del error de hecho por falta del registro de la partición, que existe y lo tomó en cuenta el sentenciador, son los reparos que al mismo puedan formularse, los cuales no dan base para un cargo en casación por error de hecho en la apreciación del registro correspondiente.

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

(Magistrado ponente: doctor Flavio Cabrera Dussán).

— I —

1.—El doctor Peregrino Chaves, en calidad de heredero del doctor Néstor Felipe Chaves, y la Congregación del Oratorio de San Felipe Neri demandaron, mediante apoderado, a Luis Eduardo Chaves, para que por los trámites de un juicio ordinario se hiciesen, para la sucesión ilíquida de Jovita de Jesús Chaves, las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que pertenece a la sucesión ilíquida de la finada Jovita de Jesús Chaves, un lote de terreno ubicado en jurisdicción del Municipio de Pasto, barrio de San Felipe, que es parte integrante del predio "El Vergel", de la sucesión de la nombrada Jovita, alindado así: "Sur, con la Casa de Ejercicios de los RR.PP. Filipenses, paredes al medio, con un pequeño solar o lote de los mismos PP. Filipenses, alambrada al medio, y con casa y terrenos de César Salcedo, en una extensión aproximada este lindero de 144 metros; Oriente, con terrenos de Rafael Eraso Navarrete y de herederos de Raquel Astorquiza, zanja al medio, en una extensión aproximada de 74 metros; Norte, en una extensión aproximada de 144 metros, con terreno (potrero) de herederos de Raquel Astorquiza, zanja al medio; y Occidente, en una extensión aproximada de 52 metros, con el resto del predio "El Vergel", de la sucesión de Jovita de Jesús Chaves, alambrada al medio";

b) Que se declare que el demandado Luis Eduardo Chaves frente a la sucesión ilíquida de Jovita de Jesús Chaves, no tiene derecho a darse como único dueño y poseedor de la parte de terreno del predio "El Vergel" determinado en la petición anterior;

c) Que, en consecuencia, se condene al demandado Luis Eduardo Chaves, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo, a restituír a la sucesión ilíquida de Jovita de Jesús Chaves, el lote de terreno determinado en la petición primera de la demanda, con sus frutos, naturales y civiles, derivados de la ocupación del predio; y no sólamente los percibidos por el demandado, sino los que hubiera podido percibir la sucesión, por el manejo de sus personeros, con mediana inteligencia y actividad, a partir del mes de enero de 1945 y hasta el día de la restitución, a razón de $ 50.00 mensuales, o lo que se pruebe dentro del juicio.

Pidió además la condenación en costas en caso de oposición.

2.—La razón de las súplicas aparece expuesta en el libelo en una larga relación de hechos, que puede resumirse así:

Jovita de Jesús Chaves falleció soltera el 3 de enero de 1934, sin dejar descendencia; había adquirido el predio "El Vergel", por habérsele adjudicado en la partición de los bienes de sus padres, general Blas María Chaves y Concepción Ruíz, cuyo juicio de sucesión se protocolizó en la Notaría Primera de Pasto, por escritura pública número 436 de 11 de octubre de 1920; Jovita otorgó testamento cerrado el 3 de marzo de 1923; por auto de mayo 8 de 1934, el Juzgado Segundo del Circuito de Pasto actuó la apertura y publicación de dicho testamento, previa oposición de Néstor Felipe e Isaac Ulpiano Chaves; verificada la diligencia de aper-

tura, el testamento se protocolizó en la Notaría Primera de Pasto, por escritura número 377 de 8 de septiembre de 1935; por el referido testamento Jovita dejó el predio "El Vergel", en usufructo vitalicio, a Rosario y Mariana de Jesús Chaves, para que pasara, después de sus días, en propiedad y como legado, para el culto de Nuestro Padre Jesús del Río, que hace la Congregación Neriana en su Iglesia, con cargo de unas misas y de dar $ 500.00 para el Culto de Jesús Sacramentado de las RR.MM. Conceptas de Pasto; Rosario murió el 13 de mayo de 1936 y Mariana de Jesús el 4 de enero de 1952; como herederos ab-intestato fueron reconocidos el doctor Néstor Felipe Chaves por derecho propio, como hermano legítimo de la causante, y Misael A. Chaves B., Jesús Ignacio, Blas María y Manuel J. Chaves, en representación de sus causantes; también actuaron en el sucesorio la Congregación Neriana, por su Prepósito, para aceptar el legado, y Rosario y Mariana de Jesús Chaves; muerto el doctor Néstor Felipe Chaves el 3 de noviembre de 1944, tomaron parte sus hijos legítimos y herederos, entre ellos, el doctor Peregrino Chaves y el propio demandado; verificado el inventario y avalúo de los bienes relictos, el cual fué aprobado por auto de 20 de marzo de 1948, en él se incluyó el predio "El Vergel", con anuencia de los interesados, incluso Luis Eduardo Chaves; posteriormente se pidió y se obtuvo la posesión efectiva de la herencia, según auto de 5 de junio de 1948; a pesar del largo curso del juicio sucesorio de Jovita, aún no terminado, de la postura de intereses contrapuestos y de haber quedado pendiente la resolución sobre la validez del testamento, los bienes relictos jamás quedaron abandonados, pues tanto los legatarios instituídos como los herederos ab-intestato, han atendido a la guarda, conservación y manejo de ellos y los han mantenido para la sucesión, o por cuenta de la mortuoria de Jovita de Jesús Chaves, en espera de la definición de los contrapuestos derechos en disputa; el doctor Néstor Felipe Chaves ejerció por sí y por medio de su hijo, el doctor Peregrino Chaves, la tenencia permanente y activa de la parte del predio de "El Vergel" objeto de la demanda; administró, hizo continuos actos de uso y cultivo, repuso cerramientos y atendió a la conservación del fundo; la tenencia del doctor Chaves duró hasta el día de su muerte, ocurrida el 4 de noviembre de 1944; después de su deceso la parte de "El Vergel" actual objeto de la reivindicación, fue confiada, en tenencia, al demandado Luis Eduardo Chaves, por sus propios hermanos, herederos del doctor Néstor Felipe Chaves, en enero de 1945; el demandado entró a ocupar el lote y siguió en su manejo por cuenta de la sucesión; a ninguno de los interesados se le ocurrió antes tomar los bienes relictos como particulares y desconocer que no fueran del patrimonio sucesoral, como ahora lo ha hecho Luis Eduardo Chaves, quien presentó demanda sobre declaración de pertenencia, por supuesta usucapión; pretende así "alzarse con la tenencia" y darse por dueño exclusivo para "usurpar" el terreno; muerta la última usufructuaria, la Congregación Neriana presentó demanda sobre la validez del testamento y en atención a ello los herederos ab-intestato ajustaron con aquélla una transacción sobre los intereses litigiosos, que fue elevada a escritura pública; por esa transacción se reconoce la validez del testamento, se estipula que la Congregación sólo recibirá la mitad del legado, tocante al predio de "El Vergel" y hace renuncia de la otra mitad para los herederos ab-intestato; la situación de Luis Eduardo Chaves como mero tenedor por cuenta de la mortuoria de Jovita de Jesús Chaves y por encargo de los herederos del doctor Néstor Felipe Chaves, se halla establecida inclusive por actos escriturarios que le obligan; pero ahora alega posesión exclusiva y pretende usucapir el lote objeto de la demanda.

El demandado, al dar respuesta al libelo, aceptó el hecho de la muerte de Jovita de Jesús Chaves, negó otros hechos y manifestó no tener conocimiento de los demás; afirmó que era poseedor del lote objeto de la acción reivindicatoria, con ánimo de dueño, con título justo y buena fé, desde antes de 1936; y propuso en su favor la excepción de prescripción adquisitiva del dominio, fundada en la posesión material, ininterrumpida, por más de 20 años.

3.—Por sentencia de 8 de mayo de 1962, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto negó las peticiones de la demanda, absolvió al demandado de los cargos formulados y condenó en costas a la parte actora.

Esta apeló y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, al desatar el recurso, revocó el fallo del Juzgado e hizo en su lugar las peticiones solicitadas, según providencia de 7 de febrero de 1964, cuya parte resolutiva expresa:

"PRIMERO.—Pertenece al haber o patrimonio de la sucesión ilíquida de la extinta Jovita de Jesús Chaves, el lote de terreno situado en

jurisdicción municipal de Pasto, Barrio de 'San Felipe', terreno que es parte integrante del predio 'El Vergel' de la sucesión e incluído en sus inventarios judiciales aprobados y que se determina por los siguientes linderos: 'Sur, con la casa de ejercicios de los Reverendos Padres Felipenses, paredes al medio, con pequeño solar o lote de los mismos Padres Felipenses, alambrada al medio, y con casa y terreno de César Salcedo, en una extensión aproximada este lindero de 144 metros; Oriente, con terrenos de Rafael Eraso Navarrete y de herederos de Raquel Astorquiza, zanja al medio, en una extensión aproximada de 74 metros; Norte, en una extensión aproximada de 144 metros, con terrenos, (potreros) de herederos de Raquel Astorquiza, zanja al medio; y Occidente, en una extensión aproximada de 52 metros, con el resto del predio 'El Vergel', de la sucesión de Jovita de Jesús Chaves, alambrada al medio'.

"SEGUNDO.—Declárase que el demandado señor Luis Eduardo Chaves, frente a la sucesión ilíquida de la finada Jovita de Jesús Chaves, no tiene derecho alguno a darse como dueño particular absoluto y poseedor de la parte de terreno del predio 'El Vergel', que antes se singularizó.

"TERCERO.—Se condena al demandado señor Luis Eduardo Chaves, a restituir dentro de los ocho (8) días después de ejecutoriado este fallo, a la sucesión ilíquida de Jovita de Jesús Chaves, el lote de terreno indicado en el ordenamiento primero que antecede, debiendo pagar los frutos naturales y civiles derivados de la ocupación del predio, no sólo los percibidos por el demandado, sino los que se hubieran podido percibir por la sucesión con mediana inteligencia y cuidado, a partir de la contestación de la demanda, al día de la restitución, los cuales se liquidarán de conformidad con el artículo 553 del C. J.. La tenencia del predio volverá para ser manejada por cuenta de la sucesión de Jovita de Jesús Chaves, a la sucesión del doctor Néstor Felipe Chaves.

"El demandado pagará las costas del presente juicio, en la primera instancia. En la segunda no hay lugar a ellos".

— II —

Motivación del Fallo del Tribunal

4.—Analiza el Tribunal los elementos propios de la acción de dominio y estima que están plenamente comprobados.

Con relación a la indentidad y singularidad del predio materia de la demanda, expresa que con el denso dictamen pericial efectuado en el curso del juicio, en el cual intervinieron dos profesionales de la ingeniería, se demostraron tales elementos.

En cuanto a la posesión del demandado dice que este extremo aparece acreditado con su propia confesión, porque al contestar la demanda expresó el opositor que desde antes del año de 1936 poseía el lote de la reivindicación, con ánimo de señor y dueño, en forma exclusiva y sin reconocer dominio o posesión ajena.

Respecto del dominio hace las siguientes consideraciones:

"El predio 'El Vergel', fue uno de los bienes adjudicados según lo revela la prueba visible a folios 124 a 137 del c. Nº 2., a la señorita Jovita de Jesús Chaves, en su calidad de heredera de los fallecidos cónyuges Blas María Chaves y Concepción Ruíz de Chaves. Doña Jovita murió el 3 de enero de 1934 y en auto de 5 de junio de 1948 (fl. 11 v.c. Nº 1), se decretó la posesión efectiva de su herencia a favor de los señores Néstor Felipe, Misael, Jesús Ignacio, Rosario, Manuel J. y Presbítero Blas María Chaves, y de la Congregación de San Felipe Neri. Fallecido el doctor Néstor Felipe Chaves se declaró abierta la correspondiente sucesión mediante auto de primero de marzo de 1945 (fl. 107 c. Nº 2), reconociéndose como herederos en su calidad de hijos a los señores Peregrino, Luis Eduardo, María, Laura Chaves y Elisa Chaves de Salas, y posteriormente fue reconocido como parte el doctor Francisco Chaves y Eliécer Chaves. Así mismo, el Juzgado Primero Civil de ese Circuito, declaró abierta la sucesión de la cónyuge del doctor Néstor Felipe Chaves, señora Clara Galvez de Chaves, reconociéndose como herederos al doctor Peregrino Chaves (fl. 111 c. Nº 2), a Luis Eduardo, Francisco, María y Laura Chaves y a la señora Elisa Chaves de Salas (fls. 110 v. a 111 cd. 2). Mediante auto de 15 de abril de 1955 (fl. 117 v. cd. Nº 2) se decretó la acumulación de los dos juicios relativos al doctor Néstor Felipe Chaves y señora Clara Gálvez de Chaves. Se vé así, que el título aducido por los demandantes es mediato, pues no dimana del doctor Néstor Felipe Chaves, padre del doctor Peregrino Chaves, sino de doña Jovita de Jesús Chaves a quien le fue adjudicada (sic) en la partición de bienes de sus padres el general Blas María Chaves y

Concepción Ruiz de Chaves, aprobada conforme a la sentencia de 16 de julio de 1920 del Juzgado Primero de este Circuito. En la situación en que quedaron los juicios sucesorales ya indicados, el predio reclamado se encuentra en cabeza de Jovita de Jesús Chaves".

Después de algunas otras consideraciones agrega el sentenciador:

"Como antes se deja explicado, el predio demandado entró al patrimonio de la señorita Jovita de Jesús Chaves por adjudicación como heredera de sus padres Blas María Chaves y Concepción Ruíz de Chaves; y al fallecer Jovita en 1934, sus bienes pasaban legalmente a radicarse en cabeza de sus herederos, o sea el doctor Néstor Felipe Chaves, quien efectivamente fue declarado heredero (fls. 5 v. y siguientes c. Nº 1). Fallecido el doctor Néstor Felipe Chaves, pasaron sus bienes, entre los cuales se señalaron acciones en el predio 'El Vergel', a sus hijos, siendo ellos, entre otros, el doctor Peregrino Chaves, demandante en este juicio, y el señor Luis Eduardo Chaves, demandado. Se comprende así el claro derecho del demandante para accionar a favor de la sucesión de Jovita de Jesús Chaves, su tía. Y la coadyuvancia de la Congregación del Oratorio de San Felipe Neri, se justifica por la existencia de la escritura pública número 1915 de 23 de noviembre de 1957, de la Notaría Segunda de Pasto, según la cual adquirió de los herederos, excepto del actual demandado, derechos sobre el predio 'El Vergel'. Como el demandado no ha edificado su defensa en otra fuente de derecho distinta de la posesión, alegada como base para la prescripción, es forzoso concluír que la parte demandante es titular del derecho en atención a la hijuela que le configuró propiedad a Jovita de Jesús Chaves".

El Tribunal analiza luego la excepción de prescripción, alegada por el demandado, expresa que no logró demostrarla y resume su pensamiento así:

"Como antes se dijo, el juicio actual se desarrolla entre un demandante que se respalda en un título, y un demandado que alega posesión y pide se lo declare que es dueño por prescripción. Debido a la precariedad de la prueba aducida por el demandado para probar su alegada posesión, prueba que atrás se analizó y valoró, no es posible darle prevalencia sobre los títulos de la parte actora, pues como lo enseña la Corte (fallo de 30 de abril de 1960, Sala de Casación Civil, G. J. Nos. 2223 - 2224, pg. 463), 'basta la hijuela de adjudicación en juicio mortuorio, para probar la propiedad frente a terceros, cuando éstos oponen un título posterior a la adjudicación, a menos que la posesión haya configurado una usucapión (casación, octubre 31 de 1955, LXXXI, 2.159,503). La doctrina ha sido constante en reconocerlo así sin el apoyo del título del antecesor, si la posesión del reo, o el título que exhiba, es posterior a la hijuela, salvo en el primer caso, que el poseedor pueda invocar una prescripción' ".

Como conclusiones finales se expresa en el fallo acusado; que el proceso demuestra que el predio "El Vergel" fué adjudicado a Jovita de Jesús Chaves, en el año de 1920, quien lo poseyó hasta su muerte, en 1934; que desde este año entró a poseerlo su hermano el doctor Néstor Felipe Chaves, hasta su fallecimiento, ocurrido el 3 de noviembre de 1944; que desde 1944 hasta 1959 puede aceptarse la posesión por parte de Luis Eduardo Chaves, "aunque no se demostró si ella se ejerció a título de dueño o como mandatario de los herederos"; y que la posesión por el demandado no configura la prescripción extraordinaria por él alegada, porque no rebasa el título de Jovita de Jesús Chaves, reconocido y respetado, al menos, hasta 1944, por el mismo demandado.

— III —

La Impugnación

5.—Contra el fallo del Tribunal recurrió en casación la parte demandada, quien, con fundamento en el artículo 520 del Código Judicial, formula varios cargos, en la forma que se expresa a continuación.

Oportunamente la parte opositora presentó su réplica a la demanda de casación.

Primer Cargo.—Con apoyo en la causal sexta el recurrente alega nulidad de lo actuado en el juicio por incompetencia de jurisdicción improrrogable, según el artículo 448 del Código Judicial.

Argumenta que, como se deduce de la misma afirmación del demandante en el hecho j) de la demanda, y de las copias y certificación que obran a folios 18 y siguientes del cuaderno número 3 y 119 del número 2, en el mismo Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, que tramitó la primera instancia del presente juicio, cursa

uno, anterior, sobre prescripción adquisitiva del dominio, respecto del mismo bien que ahora se reivindica, en el cual la parte actora en el presente juicio formuló oposición, "es decir, es demandante para reivindicar lo que es objeto de la demanda de pertenencia". Agrega el recurrente que en estas condiciones la competencia es privativa del juez que conoce del juicio sobre prescripción para resolver, dentro del mismo juicio, las controversias de dominio de parte de terceros que se opongan, por lo cual "cualquier otro juez —y aún el mismo que conoce del juicio de pertenencia— que pretenda decidir la controversia de dominio o reivindicación del inmueble por usucapir, en juicio distinto, usurpa jurisdicción, o lo que es lo mismo, actúa careciendo de ella".

Concluye que si la sucesión de Jovita de Jesús Chaves, por conducto del doctor Peregrino Chaves, hizo oposición en el juicio sobre prescripción adquisitiva del dominio y su oposición, que implica una demanda de reivindicación de lo mismo que se reivindica en el presente juicio ordinario, está tramitándose por el procedimiento de la Ley 120 de 1928, "toda otra actuación que persiga el mismo fin por fuera de tales trámites es nula"; y que el a-quo no ha debido avocar el conocimiento del presente juicio, toda vez que en la misma demanda se le ponía de presente la existencia, en su propio despacho, del juicio de pertenencia, iniciado con anterioridad.

La Corte Considera:

Aunque en la demanda se invoca la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial, debiendo haberse invocado la causal cuarta del artículo 52 del decreto Nº 528 de 1964, que ya estaba en vigencia, pasa la Corte, haciendo caso omiso de ese simple error de cita, a ocuparse del cargo planteado.

Verdad es que en la demanda (hecho j) se dice que Luis Eduardo Chaves propuso ante el Juzgado del Circuito de Pasto demanda de pertenencia, por usucapión, de conformidad con la Ley 120 de 1928, respecto del lote materia de la acción reivindicatoria; que al folio 18 del cuaderno número 3 aparece copia de dicha demanda, la cual está en curso, según lo afirma el mismo demandante en el libelo inicial del presente juicio; y que el folio 119 del cuaderno número 2 obra un certificado sobre existencia del juicio de pertenencia y formulación de oposición por parte de la sucesión de Néstor Felipe Chaves, para la sucesión ilíquida de Jovita de Jesús Chaves, "oposición cuyo procedimiento está pendiente para efectos de seguir el curso legal respectivo".

De aquí no se deduce, sin embargo, que por estar en curso el juicio de pertenencia, por usucapión, sobre el lote materia de la presente demanda, no podía iniciarse el actual juicio reivindicatorio, de conformidad con las normas generales sobre competencia.

El juicio de prescripción adquisitiva del dominio se inició ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Pasto, porque era el competente para conocer, de conformidad con el artículo 3º de la Ley 120 de 1928; pero la circunstancia de que este juicio estuviera en curso no significa que no pudiese iniciarse autónomamente el presente juicio reivindicatorio, de acuerdo con las normas legales de competencia, como en efecto se propuso.

Aun cuando en el juicio sobre prescripción adquisitiva del dominio se hubiese formulado oposición por parte del doctor Peregrino Chaves, como heredero de Néstor Felipe Chaves y en nombre de la sucesión de Jovita de Jesús Chaves, no se concluiría que el opositor no pudiera demandar, en acción reivindicatoria sobre el mismo terreno, a Luis Eduardo Chaves, actor del juicio de pertenencia por usucapión, en el mismo Juzgado o en otro competente. La competencia del artículo 3º de la Ley 120 de 1928, se estableció para el juicio de pertenencia con todas sus consecuencias, inclusive para el ordinario a que hubiere lugar en caso de oposición; pero no para un juicio reivindicatorio autónomo, el cual sigue las reglas de competencia previstas en la ley, según los numerales 2º y 12 del artículo 152 del Código Judicial, por razón del lugar en donde ha de ventilarse el juicio. No puede, pues, afirmarse, como lo sostiene el recurrente, que el juez que conoce del juicio sobre pertenencia tenía competencia privativa para conocer, dentro del mismo juicio, de cualquier controversia de dominio por parte de terceros, referente al mismo bien.

De lo expuesto se sigue que no hay nulidad por incompetencia de jurisdicción, como lo pretende el recurrente, y, en consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo Cargo.—Es por la causal segunda de casación.

Argumenta el recurrente que en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 343 del Código Judicial, el Tribunal no ha debido proferir sentencia de mérito, sino reconocer la existencia de la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido, o de ineptitud sustantiva de la demanda, porque estando pendiente el juicio de pertenencia en el mismo Juzgado que admitió la demanda reivindicatoria, y siendo demandante en el juicio reivindicatorio la misma persona que se opuso a la declaración de pertenencia, la demanda reivindicatoria no era procedente en forma separada. "Haciéndolo separadamente, pues, se demandó de modo indebido, o la demanda es sustantivamente ineficaz como medio procesal para obtener, por separado del juicio de pertenencia, y pretermitiéndose esperar el resultado de la oposición formulada, un fallo respecto al dominio materia de la declaración de pertenencia".

La censura agrega que en términos procesales más técnicos el juzgador, oficiosamente, ha debido reconocer en el fallo acusado la falta de demanda en forma, en vista de la prueba de la existencia del juicio de pertenencia, que obra en el expediente, y abstenerse de fallar en el fondo la controversia; o simplemente proferir fallo inhibitorio; o reconocer la excepción perentoria temporal de pleito pendiente y decidir que el presente juicio ordinario de reivindicación no podía fallarse estando en trámite el de adquisición del dominio por usucapión.

Y concluye así el cargo: "La sentencia que no decide sobre una excepción perentoria probada, aunque no alegada, es incongruente, precisamente por el no pronunciamiento al respecto, ya que tácitamente este tópico constituye una de las pretensiones sometidas a la controversia", de donde infiere el impugnante que el fallo es mínima petita, "por no haber resuelto sobre las excepciones aludidas".

Se Considera:

La causal segunda de casación es la de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la acción o de la excepción, según las voces del artículo 52, numeral 2º del Decreto Extraordinario número 528 de 1964.

Se presenta esta causal cuando el Tribunal de instancia, al resolver el asunto sometido a su decisión, profiere sentencia de mérito fallando ultra petita, o extra petita, o mínima petita, es decir, cuando resuelve concediendo más de lo pedido, o sobre extremos que no han sido objeto del litigio, o deja de decidir sobre algunas de las pretensiones alegadas oportunamente por las partes.

El recurrente expresa que el Tribunal debió reconocer la existencia de la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido, o de ineptitud sustantiva de la demanda, o la de pleito pendiente, o la falta de demanda en forma, con base en el artículo 343 del Código Judicial.

Es de anotar que ni la excepción de pleito pendiente ni las que el recurrente llama de petición de modo indebido, o de ineptitud sustantiva de la demanda, o falta de demanda en forma, fundadas en el hecho de estar pendiente el juicio de pertenencia en el mismo Juzgado que conoce del presente reivindicatorio, fueron alegadas en este juicio, y, por tanto, el cargo no procede.

Las excepciones, que son pretensiones del demandado, permiten invocar la causal segunda de casación cuando han sido propuestas expresamente, porque sólo entonces, si no se resuelve sobre ellas, puede hablarse de que la sentencia es inconsonante en relación con las pretensiones de la parte demandada. Cuando no se alegan excepciones pero considera el recurrente que el Tribunal ha debido declararlas de oficio, como es su deber (artículo 343 del C. J.) el ataque debe hacerse por la causal primera de casación y no por la segunda, citando no solamente el artículo 343 del Código Judicial, sino, además, las normas sustantivas que consagran la excepción. La violación, en la hipótesis de la causal primera, tendra que ser por infracción de ley sustantiva en cualquiera de las ocurrencias relacionadas con dicha causal.

Se rechaza el cargo.

Tercer Cargo.—Es por quebranto de los artículos 343 del Código Judicial, 11 de la Ley 120 de 1928 en relación con los artículos 2º y 3º de la misma, y 762, inciso 2º del Código Civil, a causa del error de hecho "que aparece de bulto en los autos", consistente en no haber tenido en cuenta la confesión hecha por el demandante en el hecho j) de la demanda, sobre la existencia, con anterioridad al presente debate, del juicio ordinario de pertenencia; la copia de la demanda misma de pertenencia, su auto admisorio y la certificación del juez que conoce del

juicio, de que la demanda sobre adquisición del dominio por usucapión sigue su curso, habiéndose opuesto a ella la misma parte que ahora reivindica.

La no apreciación de esas pruebas condujo al Tribunal, según el recurso, a violar los artículos citados, así: el primero por falta de aplicación, porque el fallo ha debido reconocer la excepción perentoria temporal de ineptitud sustantiva de la demanda, o de petición por trámites equivocados; el segundo, también por falta de aplicación, porque lo desoyó, calificando erróneamente el procedimiento que se debe seguir por quien se opone a una declaración de pertenencia erga omnes; y el tercero porque lo aplicó indebidamente.

Se Considera:

Las pruebas que el recurrente dice no fueron tomadas en cuenta por el Tribunal, se refieren a la existencia, con anterioridad a la demanda reivindicatoria, del juicio de pertenencia propuesto por el actual demandado, "erga omnes". El mismo demandante en la presente causa acepta, en el hecho j) de la demanda, la existencia del referido juicio, cuyo libelo obra en copia en el expediente.

La censura dice que el Tribunal no apreció estas pruebas y de ahí la violación indirecta de los artículos citados por el recurrente.

El artículo 343 del C. J. por sí sólo no puede alegarse como fundamento del recurso de casación por la causal primera, cuya base es siempre el quebranto de ley sustancial, y es necesario relacionarlo con los preceptos de orden sustantivo que amparan la excepción no reconocida en el fallo.

El artículo 11 de la Ley 120 de 1928 es completamente ajeno a este juicio y por esa causa no pudo ser violado por el sentenciador. Tal artículo expresa que el opositor en un juicio de pertenencia erga omnes será considerado como demandante si no está en posesión de la finca, precepto que nada tiene que ver con un juicio reivindicatorio ordinario, como el de que se trata aquí.

Con relación al artículo 762, inciso segundo del Código Civil, que expresa que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, no fue violado por el sentenciador, porque éste encontró demostrado el título de dominio del demandante, que el recurrente no logró desvirtuar, y en esa virtud el Tribunal estimó que tal título prevalecía sobre la posesión del demandado, por ser anterior a ella.

No prospera el cargo.

Cuarto Cargo.—Es también por error de hecho en la apreciación de las piezas procesales del sucesorio de Jovita de Jesús Chaves, con violación indirecta, por falta de aplicación, de los artículos 1009, 1037, 1052 y 1055 del C. Civil.

La censura dice que el Tribunal parte de la base de ser la sucesión de Jovita de Jesús Chaves una sucesión ab intestato y de estar representada, para los efectos de este pleito, por el doctor Peregrino Chaves como heredero, a su vez, del doctor Néstor Felipe Chaves, de quien el Tribunal afirma que es heredero ab intestato de la causante y que, por lo mismo, el doctor Peregrino Chaves tiene capacidad para ser parte en el presente juicio. Agrega el recurrente que la sentencia quebrantó las disposiciones acusadas, las cuales desconoció, en cuanto reconoció a Néstor Felipe Chaves y por su sucesión a su hijo Peregrino, como herederos de Jovita de Jesús Chaves, "pues si hubiera tenido en cuenta estas disposiciones o las hubiera aplicado el sentenciador, en su claro sentido, jamás hubiera concluído que la parte actora, en la presente controversia, gozaba del presupuesto procesal de capacidad para ser parte; consiguientemente que ella representaba a la causante o podía reivindicar a su nombre".

Para el autor del recurso el error de hecho en que incurrió el Tribunal proviene de deducir de las copias del sucesorio de Jovita de Jesús Chaves (folios 93 y siguientes del cuaderno Nº 2, y 5 y siguientes del cuaderno Nº 1), "lo que estas copias no demuestran", cuando sí demuestran lo siguiente: que la testadora dispuso por su testamento de todos sus bienes única y exclusivamente en forma de legado, en favor de la Comunidad de San Felipe Neri de Pasto dejando el usufructo de por vida a Rosario y Mariana de Jesús Chaves; que la sucesión de Jovita de Jesús Chaves se abrió y tramita como una sucesión testamentaria, inventariándose únicamente los bienes dispuestos por el testamento; que para abrir la sucesión se presentaron las diligencias de apertura y protocolización del testamento; y que el auto por el cual se admitió como parte al doctor Néstor Felipe Chaves en el sucesorio de Jovita, no le confería a éste otro derecho sino el de simple consanguí-

neo, interesado hasta la facción y aprobación de inventarios, para el posible evento de convertirse en heredero ab intestato sobre bienes que pudieren aparecerle a la sucesión y de que no se hubiese dispuesto en el testamento; "pero no aptitud alguna para representar a la sucesión respecto a los bienes dispuestos por el testamento".

Continúa diciendo el recurrente que a la vista salta el error de hecho anotado, por falta del conocimiento de parte del Tribunal acerca de lo que dicen las copias en sí mismas: "que Néstor Felipe Chaves ni es verdadero heredero de la causante ni que la sucesión sea testada siquiera en parte".

Finaliza el cargo expresando que el Tribunal igualmente cometió error de hecho al no apreciar el contenido de la escritura de transacción que obra a folios 23 y siguientes del cuaderno número 2, la cual demuestra la validez del testamento, y que Néstor Felipe Chaves (su sucesión) sólo adquirió lo que pretende reivindicar "por transferencia de propiedad que les hizo la comunidad legataria a los consanguíneos de Jovita Chaves; o lo que es lo mismo que tal sucesión no es causahabiente ni representa a la sucesión de Jovita Chaves, por ser tal título de transferencia no universal sino singular". Siendo esto así, dice la censura, no podía reivindicarse para la sucesión de Jovita, sino, directamente, para los adquirentes a título singular.

El recurrente concluye que por los errores de hecho en que incurrió el Tribunal éste quebrantó, además de las disposiciones atrás indicadas del Código Civil, el artículo 772 de la misma obra, "porque no representando la parte actora a la sucesión de Jovita Chaves, para quien se reivindica, no podía el ad quem fallar dominio en favor de esa sucesión".

La Corte Considera:

Dentro de la autonomía que al Tribunal compete en la apreciación de las pruebas, sus conclusiones al respecto son intocables en casación en cuanto el autor del recurso no demuestre que el sentenciador, al verificar esa apreciación, incurrió en error de hecho evidente en los autos, o en error de derecho por infracción de las normas sobre valoración probatoria.

El error, que es la falsa noción de una cosa, es de hecho cuando se pasa sobre una prueba decisiva sin considerarla, o se supone una que no existe, o cuando al ser analizada la existente en sí misma, se la interpreta sin fidelidad objetiva, para restringir o ampliar o cambiar su contenido real. "En punto de estimación de pruebas —ha dicho la Corte— 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 este se manifiesta, es en definitiva suponer un elemento de convicción que no está en el proceso". (Casación de 6 de mayo de 1966 en el ordinario de Carlos Copete Rodríguez contra Gustavo Molano de la Torre, aún no publicada en la Gaceta Judicial).

Al analizar las copias del sucesorio de Jovita de Jesús Chaves, el Tribunal encontró que el doctor Néstor Felipe Chaves, iniciador del juicio, fue declarado heredero, y posteriormente fueron reconocidos otros interesados; que se realizó el inventario y avalúo de los bienes con la intervención, entre otros, de Luis Eduardo Chaves, habiéndose incluído en dicho inventario el predio de "El Vergel"; que fallecido el doctor Néstor Felipe Chaves, sus bienes pasaron a sus hijos, entre otros, el doctor Peregrino Chaves; que el mismo demandado y otros herederos del doctor Néstor Felipe Chaves se apersonaron en la sucesión de Jovita; que habiéndose solicitado, en esa sucesión, la posesión efectiva de la herencia, se profirió el decreto correspondiente en favor de los herederos reconocidos, entre ellos el doctor Néstor Felipe Chaves, y de la Congregación de San Felipe Neri.

Sobre estas conclusiones, que se ajustan a la verdad de lo que dicen las copias del sucesorio de Jovita de Jesús Chaves, aducidas en el presente juicio, se basó el Tribunal para hacer las consideraciones de derecho en que fundó su resolución. No aparece que el sentenciador hubiera visto esas copias de manera diferente a como obran en el juicio.

La Corte no encuentra, por consiguiente, el error de hecho que el impugnante le imputa al

fallador de instancia en la estimación de las pruebas referentes al juicio de sucesión de Jovita de Jesús Chaves, en cuanto a la capacidad para ser parte respecto del demandante y a su derecho de demandar para la sucesión de Jovita, pues el doctor Néstor Felipe Chaves quedó reconocido como heredero de ella, y sus hijos, a la vez, como herederos de éste. En tales condiciones, dentro de los límites del recurso extraordinario, la Corte carece de bases para analizar si las normas que se dicen violadas por el recurrente, a causa del error alegado, fueron en realidad infringidas por el sentenciador. Y si el error de hecho no existe, sobra toda consideración sobre las disposiciones que se dicen infringidas por el Tribunal.

No está de más advertir que las copias del juicio de sucesión de Jovita de Jesús Chaves, si refieren que la sucesión se abrió como testamentaria, no demuestran cuáles fueron los bienes legados, ni concretamente que el predio de "El Vergel" fuera uno de ellos, como para deducir que en dicho predio no tienen parte los herederos ab intestato reconocidos en el juicio. De tales copias se infiere que la causante no dejó herederos testamentarios, "porque apenas ha habido dejación de legados para cuestiones propias del culto católico y concesión del goce de determinados bienes en favor de las señoritas Mariana de Jesús y Rosario Chaves"; pero no hay razón para concluír que solamente se hubiesen inventariado los bienes de que se hubiera dispuesto en el aludido testamento, del cual no se adujo prueba al presente juicio, ni que Néstor Felipe Chaves no pudiese tener otro derecho que el de intervenir hasta la facción y aprobación de los inventarios de Jovita de Jesús Chaves.

El segundo aspecto de este cargo se relaciona con la escritura de transacción, visible a folios 23 y siguientes del cuaderno número 2, en la cual se le reconoce eficacia al testamento. Según el recurrente esa escritura es el título adquisitivo del dominio del actor, por transferencia de la entidad legataria, sobre el lote objeto de la demanda.

Efectivamente, la escritura en referencia admite la validez del testamento y dispone que la mitad del predio "El Vergel" y la totalidad de una casa, serán el único objeto del legado a favor de la Congregación de San Felipe Neri, la cual reconoce que la otra mitad de la finca corresponde a los herederos ab intestato de Jovita de Jesús Chaves.

Esta escritura no es el título que tuvo en cuenta el sentenciador para apoyar en ella la declaración de dominio del demandante, lo que se explicaría por el hecho de que la pretendida escritura de transacción, que no fue firmada por todos los herederos de Jovita de Jesús Chaves, no sería oponible a quienes no intervinieron en el acto. El Tribunal no se basó en ella para resolver el litigio, porque no era el caso de tomarla como el título de dominio de la parte actora, y, por tanto, aun cuando en el fallo acusado no se hubiese hecho mención especial de dicha escritura, esa circunstancia no constituiría error de hecho, porque tal escritura no tiene incidencia en la parte resolutiva del fallo del Tribunal, toda vez que no implica título de dominio del predio "El Vergel", en favor de la sucesión.

El cargo no prospera.

Quinto Cargo.—Es por error de derecho en la apreciación de los mismos elementos probatorios a que se refiere el cargo anterior, o sea las copias del sucesorio de Jovita de Jesús Chaves, y de la escritura de transacción.

Expresa la censura que al aceptar el Tribunal que esta prueba acredita la capacidad para ser parte en el demandante, obrando en nombre de la sucesión para quien se reivindica, "o lo que es lo mismo que acredita que Néstor Felipe Chaves es heredero ab intestato de la causante, a pesar del testamento que no lo instituye como tal", violó el artículo 922 del Código Judicial e indirectamente las disposiciones indicadas en el cargo anterior, o sean los artículos 1009, 1037, 1052 y 1055 del C. Civil y, además el 762, inciso 2º del mismo código.

Se Considera:

El error de derecho probatorio, que en casación se vincula con la apreciación de pruebas del juicio, por lo cual se le conoce como yerro de valoración, consiste, como lo ha dicho la Corte, en haber estimado los elementos de convicción en desacuerdo con las normas legales constitutivas de la tarifa de pruebas. De esta suerte el error de derecho a que alude la causal primera de casación, se refiere al caso en que el sentenciador de segundo grado, al analizar una prueba determinada, le haya desconocido el mérito que le da la ley, o, por el contrario, le haya atribuído uno que no tiene, conforme a la misma ley.

Cuando se invoca el error de derecho como causal de casación el recurrente debe demostrarlo, para lo cual ha de citar las disposiciones sobre valor probatorio de los medios de convicción que considere hayan sido infringidas por el Tribunal.

La Corte ha dicho sobre el particular: "En esta valoración puede equivocarse el Tribunal, bien otorgando a una prueba el valor de que carece, ora desconociéndole el que tiene, según el derecho probatorio; mas, 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 da, o por haberle negado el valor que le da. 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 consagra 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 luégo si el error golpea sobre los textos objetivos que consagra el derecho sustancial cuya efectividad se persigue ante los jueces" (T. LXXVIII, pg. 690).

Como norma de valoración probatoria el impugnante cita el artículo 922 del Código Judicial, que expresa, refiriéndose al testamento cerrado, la manera de proceder a su apertura y dice que recibidas las declaraciones de quienes firmaron la cubierta, el juez señala fecha y hora para verificar el acto, a fin de que puedan concurrir las personas que lo deseen.

Fuera de que esta disposición no es de valoración probatoria, y no da base para fundar, por violación indirecta de ley sustancial, un cargo en casación, es completamente ajena a la materia de este debate.

Se rechaza el cargo.

Sexto Cargo.—Es por error de hecho en la apreciación de la copia de la escritura pública número 436 de 11 de octubre de 1920, en la cual se contiene la hijuela de Jovita de Jesús Chaves, sobre el predio de "El Vergel".

Dice la censura que este error "aparece de bulto con sólo leer estas piezas", porque el Tribunal tuvo por registrado el título, cuando no lo está en debida forma, y de allí dedujo que la partición de bienes de los esposos Blas Chaves y Concepción Ruiz de Chaves, inclusive la hijuela de Jovita de Jesús Chaves, fueron registradas; y "como el sentenciador reconoció dominio en el fallo acusado en favor de la parte actora, partiendo del hecho falso de existir en su favor un título registrado, es lo cierto que, con tal reconocimiento y por consecuencia del expresado error, se repite de tener por registrada la partición o siquiera parte de ella, o mera hijuela de Jovita Chaves, violó de manera indirecta el artículo 762, inciso 2º del C. Civil, que lo aplicó indebidamente, para desconocer la presunción de dominio que esta disposición consagra en favor del poseedor".

Se Considera:

Este cargo no se ajusta a la realidad de los hechos, porque el Tribunal sí tuvo en cuenta el registro de la hijuela de Jovita de Jesús Chaves en la sucesión de sus padres, de quienes adquirió, mortis causa, el predio de "El Vergel". Dice en efecto, el fallo acusado: "Aparece demostrado que en los juicios acumulados de los señores Blas María Chaves y señora Concepción Ruiz de Chaves, le fué adjudicado, entre otros, a la señorita Jovita Chaves (folio 133 v.c. Nº 2) un lote de la quinta 'El Vergel', alinderado así:

La partición en la cual se incluyó esta hijuela, fue aprobada por fallo de 16 de julio de 1920, el cual fue registrado a folios 42 partida Nº 73 del libro de causas mortuorias el día 11 de octubre de 1920. Y el juicio sucesoral fue protocolizado, mediante la escritura Nº 436 de 11 de octubre de 1920 de la Notaría Primera de Pasto (fl. 124 c. Nº 2)".

Si el fallo tuvo en cuenta el registro de la partición de los bienes sucesorales de los padres de Jovita de Jesús Chaves y el de la hijuela de ésta, no incurrió en error de hecho por este aspecto, el cual existiría si el registro no se hubiese verificado y, no obstante lo cual, el sentenciador lo hubiera tenido como existente.

Cosa bien distinta del error de hecho por falta del registro, que existe y lo tomó en cuenta el sentenciador, son los reparos que al mismo puedan formularse, los cuales no dan base para un cargo en casación por error de hecho en la apreciación del registro correspondiente.

El cargo es inane.

Séptimo Cargo.—En este cargo se acusa la sentencia por violación indirecta del artículo 762, inciso 2º del Código Civil, a causa del error

de derecho en que incurrió el Tribunal al darle valor al título con que se reivindica, que no podía ser apreciado por falta de registro competente.

Se desarrolla el cargo expresando que a la hijuela de Jovita de Jesús Chaves, confeccionada en la sucesión de sus padres y contenida en la escritura Nº 436 de 11 de octubre de 1920, se le dió el valor de plena prueba del dominio del inmueble que se reivindica, contra la posesión material del demandado, teniéndola como título preferente a tal posesión, no obstante estar mal registrada, pues en el libro de causas mortuorias tan sólo se registró la parte resolutiva de la sentencia aprobatoria de la partición; y se agrega que "al darle a ese trabajo partitivo y sentencia aprobatoria (o hijuela), con tal registro, el carácter de título traslaticio de dominio configurativo de una posesión inscrita de lo que se reivindica en favor de la parte actora", el Tribunal infringió directamente los artículos 630 del C. Judicial, 2673, 2659, 2661, 2652, ordinal 6º y 2654 del C. Civil, e indirectamente el artículo 762, inciso 2º del mismo Código.

La Corte Considera:

Al folio 136 vuelto del cuaderno número 2, obra el registro de la copia de la escritura traída al expediente, en relación con la partición de los bienes sucesorales de los esposos Blas María Chaves y Concepción Ruíz y la hijuela de Jovita de Jesús Chaves. Tal registro dice así: "Registrada la parte resolutiva aprobatoria de la partición de los bienes sucesorales de los señores General Blas María Chaves y Concepción Ruiz de Chaves a folio 42, partida número 73 del libro de causas mortuorias, se inscribe por haber pagado el derecho correspondiente según consta en la boleta de registro número 439. Pasto, octubre 11 de 1920. El Registrador (fdo). Reinaldo Jurado B.".

Esta es la inscripción tachada por el recurrente como indebidamente hecha y que, por consiguiente, no da base para considerar el título de la parte actora como registrado en forma legal.

Este extremo no ha sido debatido en las instancias, porque en ellas se limitó el recurrente a objetar la hijuela de Jovita de Jesús Chaves desde un punto de vista de fondo, esto es, como título inhábil para prevalecer sobre la posesión material del demandado, por no haberse acompañado del título de dominio antecedente sobre el predio de "El Vergel", o sea el de los causantes de Jovita de Jesús Chaves.

En efecto, en el alegato de primera instancia se expresó así el apoderado de la parte demandada, al referirse al título de dominio de la sucesión de Jovita: "Al demandante corresponde justificar el derecho de propiedad que constituye el fundamento de su demanda. Y el derecho de propiedad de Jovita de Jesús Chaves no va a demostrarse con el acta de inventarios de su causante Blas Chaves ni con la cartilla partitiva, porque es muy sabido que no basta la inclusión de bienes en los inventarios del causante de un juicio de sucesión para que prospere la reivindicación de ellos, sino que es preciso comprobar el dominio del causante"... ..."Ahora bien, señor juez, la hijuela de Jovita de Jesús Chaves tendra la virtud de desbaratar una situación de hecho duradera de más de veinte años? No, porque ha sido traída desnuda de antecedentes, esa hijuela lejos de ser oponible al demandado, es un documento que no comporta tradición de dominio, sino declaración nominal de un acontecimiento llamado partición de bienes de Blas Chaves"..."La hijuela de partición de una herencia no tiene la virtud de destruír la posición que asume un poseedor"..."Si la hijuela sustraída de la sucesión de Blas y traída desnuda a este debate, viniera precedida del título del causante, ya hubiera llegado el fin del pleito"..."Para decidir el mérito de la hijuela es necesario conocer el título del causante"..."Las hijuelas no confieren al adjudicatario el derecho de dominio"..."El demandante se avocó a este litigio ostentando una hijuela de partición que resulta inoponible a la posesión de la parte demandada"..."La hijuela y cartilla de partición es apenas título declarativo pero no título constitutivo de dominio, que vincule el derecho de propiedad en cabe a del adjudicatario"... "La hijuela desprovista del título del causante no constituye título suficiente para el triunfo de la acción reivindicatoria".

En el alegato ante el Tribunal se insiste en los mismos puntos de vista expuestos ante el juez a quo y se citan algunas doctrinas de la Corte en que se sostiene la tesis de que las hijuelas de adjudicación en los juicios sucesorios no constituyen, por sí solas, suficiente título de dominio.

Se ve, pues, que los reparos formulados a la hijuela de Jovita de Jesús Chaves, presentada

como título para el ejercicio de la acción reivindicatoria, no lo han sido desde un punto de vista formal, sino sustancial; y no lo han sido por el aspecto a que ahora se refiere el recurrente, esto es, porque el título hubiese sido registrado irregular o deficientemente, sino porque a él no se acompañó el título del causante.

En tales condiciones el recurrente en casación está utilizando un medio nuevo, que no es admisible en el recurso extraordinario, toda vez que no fue alegado en las instancias. Por consiguiente, el cargo es inadmisible porque, repítese, en el supuesto de un defectuoso registro de la copia del título de dominio del actor, lo que no está positivamente demostrado, tal circunstancia constituiría un hecho nuevo, que no fue planteado ante los jueces de instancia.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha siete (7) de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en este juicio ordinario de Peregrino Chaves contra Luis Eduardo Chaves.

Las costas en casación a 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.

ACCION REIVINDICATORIA

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

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 19 de febrero de 1965, en el juicio ordinario de Ferrocarriles Nacionales de Colombia contra Justina Eliécer Moya y otros.

Antecedentes

Ferrocarriles Nacionales de Colombia demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Girardot a Justina Eliécer Moya v. de Vargas, Carlos Julio, Primitivo y Guillermo Vargas Moya, para que mediante los trámites del juicio ordinario se declare:

"**Primero.**—Que pertenece o es de propiedad de los Ferrocarriles Nacionales, quienes tienen el derecho de dominio y posesión, el lote de terreno sobre el cual está una edificación antigua, distinguida hoy con los números 17-11, 17-13, 17-15 y 17-19 de la carrera 14 de Girardot, ocupado actualmente por Justina Eliécer viuda de Primitivo Vargas, quien se dice poseedora y comprendido dentro de estos linderos: 'Por el frente con carrilera del Ferrocarril de Girardot; por detrás u Occidente, con la carrera (sic) o antiguo ramal del mismo Ferrocarril que conduce al río Magdalena; por el Norte con casa que ocupó Eufrasia López y hoy es de su hija María Antonia López de Cubillos; y por el Sur con casa que fué de Antonio Campos, hoy de Obdulio Pinto Gómez.

"**Segundo.**—Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a los demandados a restituírles a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, el lote de terreno anteriormente deslindado, dentro del plazo que la sentencia ordene, junto con los frutos naturales y civiles producidos por el lote, como poseedores que de mala fe han sido, desde la fecha en que lo vienen ocupando sin pagar, hasta cuando sea entregado o restituído.

"**Tercero.**—Que se ordene la cancelación del registro de la escritura 1213 de octubre de 1953, por la cual se protocolizó el juicio de sucesión de Primitivo Vargas, en lo relacionado con el registro del lote de terreno mencionado y los registros de las hijuelas de adjudicación de dicho lote de terreno, verificado todo en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Girardot, para lo cual debe ordenarse al señor Registrador la aludida cancelación.

"**Cuarto.**—Que se condene en costas a los demandados y al propio tiempo se les declare poseedores de mala fé".

Como hechos de la demanda se indicaron los siguientes:

"a) El 5 de diciembre de 1934 Primitivo Vargas, esposo de Justina Eliécer Moya vda. de Vargas y padre de los otros demandados, después de reconocerle a la Nación y por ende al Ferrocarril de Girardot como dueña de éste la propiedad del lote de terreno sobre el cual versa esta demanda, se lo tomó en arrendamiento, mediante contrato escrito que acompaña a esta demanda;

"b) Debido a dicho contrato de arrendamiento Primitivo Vargas, su citada esposa e hijos mencionados ocuparon dicho lote de terreno, junto con la edificación antigua que en él ha existido, consistente en una casa de bahareque con once piezas, pisos de cemento y ladrillo y techada de zinc, la cual Primitivo compró a Pureza Vargas por escritura Nº 26 de 19 de enero de 1917 de la Notaría de Girardot y en la que se dijo que dicha edificación estaba edificada sobre terrenos del Ferrocarril de Girardot;

"c) A causa de este contrato de arrendamiento, Primitivo Vargas estuvo pagando al Ferrocarril de Girardot el canon de arrendamiento estipulado en él hasta el año de 1948, de acuerdo con la orden de recaudo que acompaño, lo que comprueba que reconoció al Ferrocarril como dueño de dicho lote;

"d) Dicho lote de terreno hace parte de otro de mayor extensión denominado EL TRIANGULO que como éste ha pertenecido a los Ferrocarriles y por ende a la Nación;

"e) Muerto el arrendatario Primitivo Vargas, su esposa Justina Eliécer Moya vda. de Vargas y sus hijos instauraron el juicio de sucesión y en los inventarios se incluyó dicho lote de terreno indebidamente como perteneciente a la citada sucesión, no obstante que Vargas siempre reconoció a la Nación o a los Ferrocarriles como dueños y poseedores de él;

"f) En dicho juicio de sucesión a los demandados se les adjudicaron derechos sobre dicho lote de terreno, según consta en la escritura 1213 del 3 de octubre de 1956, registrada el 17 de septiembre del mismo año Tomo 3º págs. 243/247 Nos. 870/878 de la Oficina de Registro de Girardot y por escritura 295 del 10 de marzo de 1956, Primitivo Vargas (hijo) traspasa a su madre Justina Eliécer Moya vda. de Vargas el derecho de valor de $ 1.164.64, sobre el avalúo de $ 12.000.00 dado a dicho lote de terreno en el mencionado juicio de sucesión;

"g) Los Ferrocarriles, con el documento de arrendamiento arriba mencionado, siguieron el juicio de lanzamiento para obtener la restitución del mencionado lote de terreno, el cual terminó con la sentencia de entrega; pero al verificarse ésta, la demandada Justina Eliécer vda. de Vargas se opuso a la entrega, por medio de apoderado fundándose en el artículo 1.107 del C. J., esto es, diciéndose tercero poseedor y a pesar de que conforme a su hijuela ella deriva su derecho de su citado esposo y a pesar de que el mismo Juez 2º Promiscuo Municipal de Girardot, Sta. Zair Beltrán, en el fallo sobre el incidente dice terminantemente que no puede tenerse como tercera a la aludida viuda de Vargas, basándose en la mencionada hijuela, declara que ella probó su derecho alegado de retener el inmueble y la deja en posesión de él hasta tanto la justicia decida sobre los derechos alegados por la entidad demandante, agregando no obstante que los Ferrocarriles tienen derecho para reivindicar;

"h) El mismo fallo anteriormente citado dice que a partir de la partición ha nacido para Eliécer viuda de Vargas, opositora, 'una nueva situación como titular de los derechos que le fueron adjudicados y como poseedora de buena fe que no reconoce dominio ajeno a persona alguna", no obstante que semejante sentencia es una clara violación de la ley y se halla en completo desacuerdo con lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia cuando dice: HIJUELA.— Esta no constituye por sí sola un título de propiedad distinto de los que hubiera tenido el causante en una Sucesión. Por tanto, ella no transfiere el dominio de bienes que no hayan sido de propiedad del de cujus, ni da al adjudicatario los derechos consiguientes, y sin tener en cuenta que, de acuerdo con la ley y la misma Corte, los herederos representan al difunto en todos sus derechos y OBLIGACIONES.

"i) Antes de iniciar el Juicio de Lanzamiento citado, en varias conversaciones que el suscrito y otras personas tuvieron con la demandada Justina Eliécer vda. de Vargas, ésta reconoció que dicho lote de terreno era de los Ferrocarriles y que debían dejárselo u obsequiárselo a ella, porque su esposo Primitivo Vargas había trabajado mucho tiempo al servicio de aquellos;

"j) En varias ocasiones que el suscrito habló con la citada demandada ésta le manifestó que esperaba hablar con sus hijos para ver la manera de comprar todos dicho lote de terreno, pero que el precio debía ser bajo, porque el señalado por los Ferrocarriles le parecía alto. Y jamás alegó o manifestó desconocerle a los Ferrocarriles la propiedad de aquél, esto es, antes de la demanda de Lanzamiento;

"k) En varias ocasiones, porque el suscrito habló muchas veces con la citada demandada para llegar a un precio de compra por parte de ella, le manifestó a éste que esperaba la llegada del gerente de los Ferrocarriles doctor Ortiz, con el fin de obtener de él alguna rebaja al precio que aquellos le habían señalado al lote de terreno;

"l) Conforme al contrato de arrendamiento que presento, celebrado entre el Administrador de entonces del Ferrocarril Girardot-Tolima Huila y Primitivo Vargas, el Ferrocarril se obliga a reconocerle a éste el precio de los materiales invertidos en las mejoras que Vargas tiene dentro del lote de terreno arrendado y al cual se refiere esta demanda, consistentes dichas mejoras en una casa de bahareque con

once piezas, pisos de cemento y ladrillo y techada con teja de zinc;

"m) El lote de terreno de que trata esta demanda, junto con otro de mayor extensión del cual forma parte éste, llamado EL TRIANGULO, situados en Girardot y otros bienes, fueron adquiridos por la Nación de la Compañía 'Colombian National Railway Company Limitada' de Londres, de acuerdo con escritura pública 445 del 26 de marzo de 1923, de la Notaría Cuarta de Bogotá; luego la Nación los traspasó a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, que son también de la Nación, conforme a escritura 4623 del 10 de septiembre de 1957, de la Notaría Segunda de Bogotá y la misma Nación adquirió dicho lote de terreno con mayor extensión para la construcción del Ferrocarril Girardot-Tolima Huila, de los señores Mariano Rodríguez y Belisario Cuéllar, desde el año de 1886 y los títulos respectivos han sido reconocidos por varias sentencias del Tribunal de Bogotá y de la Corte Suprema de Justicia.

"n) De acuerdo con los hechos anteriores, las hijuelas de adjudicación de dicho lote de terreno efectuadas en el juicio de sucesión de Primitivo Vargas, carecen de todo valor legal y no pueden primar en manera alguna sobre los títulos de propiedad o dominio que la Nación y los Ferrocarriles Nacionales tienen, según la relación anterior".

La parte demandada propuso excepciones, así:

"1º. La de inepta demanda.—La demanda ha sido dirigida contra Carlos Julio, Primitivo y Guillermo Vargas Moya, sin que éstos tengan en su poder el inmueble que se pretende reivindicar;

"2º. La de prescripción.—La acción instaurada o mejor la pretensión propuesta se halla prescrita.

"3º. Todas las que resultaren probadas dentro del curso del juicio". (Fls. 33 y 34 ibid.).

La señora Moya v. de Vargas contrademandó a los Ferrocarriles, pero esta petición fue negada, por extemporánea.

El juzgado del conocimiento le puso término a la primera instancia en sentencia del 21 de mayo de 1964 que negó en su totalidad las peticiones de la demanda.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió el recurso de apelación en fallo de 19 de febrero de 1965 que revocó la sentencia de primer grado y en su lugar dispuso:

"1º—Declárase infundadas y no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada en este juicio.

"2º—Declárase que pertenece a los Ferrocarriles Nacionales el lote de terreno sobre el cual está una edificación antigua, distinguida hoy con los números 17-11, 17-13, 17-15 y 17-19 de la carrera 14 de Girardot, ocupado actualmente por Justina Eliécer v. de Primitivo Vargas, quien se dice poseedora y comprendido dentro de estos linderos: 'Por el frente con carrilera del Ferrocarril de Girardot; por detrás u Occidente, con la carrilera o antiguo ramal del mismo ferrocarril que conduce al río Magdalena; por el Norte, con casa que ocupó Eufrasia López y hoy de su hija María Antonia López Cubillos; y por el Sur con casa que fue de Antonio Campos, hoy de Obdulio Pinto Gómez'.

"3º—Condénase a la demandada Justina Eliécer v. de Primitivo Vargas, como tenedora del expresado inmueble a restituírselo a los Ferrocarriles Nacionales, junto con los frutos naturales o civiles que éste haya producido o podido producir, desde la fecha de la notificación de la demanda hasta cuando verifique la restitución. Dichos entrega y pago se harán simultáneamente con el pago de las prestaciones a que es acreedora la demandada, de acuerdo con la siguiente declaración.

"4º—Los Ferrocarriles Nacionales están obligados a pagar a la demandada Justina Eliécer v. de Vargas el valor de las edificaciones, anexidades y mejoras existentes en el inmueble de la reivindicación. Dicho valor se fijará en incidente separado. (Artículo 553 del C. J.).

"5º—Absuélvese a los demandados Carlos Julio, Primitivo y Guillermo Vargas Moya, de los cargos de la demanda.

"6º—No hay costas".

Fundamentos de la Sentencia Acusada

El fallo de segundo grado hace el análisis de la prueba aducida en el juicio, examinando separadamente los siguientes documentos: a) La copia de la escritura pública número 4623 de 10 de septiembre de 1957, Notaría 2ª de Bogotá, por la cual la Nación transfirió a los Ferroca-

rriles Nacionales de Colombia, entre otros bienes, el lote de "El Triángulo" ubicado en jurisdicción de Girardot; b) Copia de la escritura número 445 de 26 de marzo de 1933, Notaría 4ª de Bogotá, por la cual The Colombian National Railway Company Limited ratificó la enajenación que a título de dación en pago le había hecho a la Nación por contrato de 31 de julio del año anterior, del Ferrocarril de Girardot con todas sus anexidades y dependencias, entre las cuales se encuentra el lote El Triángulo; c) Un documento suscrito el 5 de diciembre de 1934 entre el Administrador del Ferrocarril Girardot-Tolima-Huila y Primitivo Vargas, reconocido por éste, en que consta que el Ferrocarril le entrega a Vargas en arrendamiento por el término de dos años, un lote de terreno de propiedad de la Nación ubicado en el Municipio de Girardot; y d) Un certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Girardot en que consta la inscripción de las anteriores escrituras, las ventas que de cuatro parcelas del inmueble hicieron los Ferrocarriles Nacionales a Alcibíades Vargas F., Luz María Hernández de Pérez y Simón Alberto Hernández, Obdulio Pinto Gómez y María Antonia López de Cubillos; y que el remanente del citado inmueble ha estado y está en el dominio de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia en un lapso de veinte años, libre de todo gravamen y limitaciones de dominio.

Anota el sentenciador que contra los títulos mencionados la demandada Moya de Vargas opone el que emana del hecho de la posesión que ejerce y que dice remontarse al año de 1917, sin reconocer dominio a los Ferrocarriles.

Al contestar la primera pregunta de las posiciones que absolvió dice la demandada que no recuerda el año "pero sí me acuerdo que en varias ocasiones el doctor Hernando Jiménez estuvo en la casa que habito... y la cual tengo en posesión desde hace más de cuarenta años. Estuvo a interesarme sobre la venta del lote y casa que ocupo. Yo siempre le respondía que el lote que él pretendía venderme era mío, porque según las leyes lo tenía en posesión continua desde hace más de cuarenta años". Y al preguntársele cómo es verdad que su esposo Primitivo Vargas la llevó a vivir en los referidos casa y lote, contestó: "No es cierto, yo me pasé a vivir al dicho lote con mis hijos en forma espontánea a una pieza. Y la dueña por ese tiempo de la casa una señora Pureza Vargas v. de Guzmán, me dijo que mi esposo (Primitivo) había hecho la escritura de la casa. Es decir la había comprado".

La identidad del inmueble objeto de la reivindicación la establece, no solo el acuerdo implícito de las partes, a través de la posición asumida por ellas en la controversia, sino los términos de la escritura número 26 de 19 de enero de 1917, Notaría de Girardot, en la que los señores Rafael Guzmán y Pureza Vargas venden a Primitivo Vargas "una casa de bahareque y zinc y otra casucha pequeña de bahareque y palma, ubicada en esta ciudad" y singularizada por los mismos linderos que expresa el libelo de demanda.

Al estudiar la pretendida posesión del terreno alegada por la señora Moya de Vargas, frente a los títulos de dominio que exhiben los Ferrocarriles, la sentencia impugnada expresa:

"En consecuencia, y para concretar el sentido en que debe ser resuelta la controversia, se hace necesario establecer los términos precisos como se haya demostrado el estado de posesión que la señora Moya de Vargas opone a los títulos de dominio que exhiben los Ferrocarriles.

"Sobre el hecho de esa posesión, los señores Miguel Rodríguez, Alirio Umaña, Isabel León, Angel Enrique Mejía, José Cardozo y Camilo González declaran, casi hasta con las mismas palabras: Que desde el año de 1917, es decir, hace unos cuarenta años, han conocido a la señora Justina Eliécer Moya v. de Vargas, poseyendo como señora y dueña, el inmueble que es objeto de la demanda; y que a sus propias expensas, hizo ella construir las edificaciones que existen actualmente en el inmueble (v. fls 6 v. a 15 del C. Nº 3).

"Ninguno de estos declarantes dá la razón por la cual han podido precisar la fecha o época desde la cual estuvo la señora ocupando el inmueble. Ni dado el resultado equívoco a que unos mismos actos suelen conducir, cabe rectamente deducirse de tales declaraciones, que la referida ocupación correspondiera a un verdadero estado de posesión, 'tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño', más bien que al de una simple tenencia. Pero distintos elementos de prueba acreditan que la ocupación de la señora lo era en esta última calidad, y no como poseedora. En efecto:

"a) La señora Justina, es verdad, sólo se unió en legítimo matrimonio con Primitivo Var-

gas Martínez, el día veintiocho de julio de 1942 (fl. 1º, C. Nº 4). Pero también es evidente que desde —por lo menos— 1910, existían entre los dos relaciones extramatrimoniales, de las que habían nacido hasta entonces Carlos Julio, Primitivo, Guillermo, Alicia y Jesús Humberto, y quienes para la fecha del matrimonio tenían 32, 28, 16 y 13 años, respectivamente, según lo declaran en aquella acta.

"b) En tales circunstancias, Vargas Martínez y no su amante y posterior esposa doña Justina, adquirió de Rafael Guzmán y Pureza Vargas y por medio de la escritura 26 de enero 19/917 antes mencionada, 'el derecho de dominio que tienen en una casa' y no sobre el terreno; obviamente al entrar la señora a habitar aquella casa, lo fué por cuenta y en nombre del comprador, y no como dueña;

"c) Con fecha 5 de diciembre de 1935, según se dijo, Vargas Martínez, suscribió con los Ferrocarriles un contrato de arrendamiento sobre el inmueble en controversia (fls. 6 y v. C. Nº 1º) contrato en virtud del cual, los Ferrocarriles desistieron del juicio de reivindicación que ya le habían promovido (fls. 3 a 5 v. ibid.). Luego claramente se deduce de tal hecho, que, para entonces, don Primitivo, aun cuando dueño de las mejoras que había adquirido, continuaba reconociendo el dominio de los Ferrocarriles sobre el inmueble, y que su amante seguía ocupándolo también en ese mismo carácter;

"d) Al fallecer Vargas Martínez, posteriormente, la viuda y sus hijos se hicieron adjudicar el inmueble dentro de la mortuoria. Lo cual demuestra, que reconocían la calidad jurídica que su causante tenía, y que no era sino la de un simple tenedor del lote, puesto que nadie puede convertir por sí y ante sí la tenencia en posesión; y

"e) De acuerdo con lo declarado por los señores doctor Marco T. Ospina, José Vicente Murillo y doctor Jorge Giraldo Arango, es un hecho cierto que la señora de Vargas reconoció siempre el dominio de los Ferrocarriles sobre el terreno que es materia de la reivindicación.

"En suma, resulta establecido que, contra lo sostenido por la demandada para oponerse a la restitución que se demanda, ella no ha sido poseedora del suelo, sino una simple tenedora a nombre de los Ferrocarriles, a quienes su amante y posterior esposo reconoció como sus arrendadores.

"Están pues debidamente acreditados los presupuestos axiológicos de la reivindicación, o sea, cosa singular, dominio o mejor derecho de la parte actora sobre el inmueble, y ocupación del mismo por parte de la señora viuda de Vargas; por lo tanto la demanda, respecto de ella, está llamada a prosperar con las declaraciones sobre prestaciones mutuas que conlleva su propia naturaleza".

Sobre las excepciones el fallo acusado dice:

"**Excepciones.**—Se vió en su lugar que los demandados al contestar el libelo, propusieron las siguientes excepciones: inepta demanda, por haber sido dirigida contra Carlos Julio, Primitivo y Guillermo Vargas Moya, que no tienen el inmueble en su poder; la de prescripción de la acción, por haber gozado de él la señora, quieta y pacíficamente y como verdadera dueña durante el tiempo establecido por la ley para adquirir por el modo de la prescripción; y todas las demás que resulten probadas dentro del curso del juicio.

"Ninguno de estos medios defensivos puede prosperar. El llamado de inepta demanda, porque los hechos en que se funda, antes que a ese medio dilatorio, conducen a la absolución respecto de quienes no se ha demostrado que tengan la cosa en su poder, por ausencia de ese presupuesto de la acción, que es relativo a tales demandados, y no de defectos absolutos, como se pretende. Y el de la prescripción, porque se ha visto ya al estudiar el extremo del mejor derecho, que la llamada posesión por parte de la demandada no ha sido sino una simple tenencia, inoponible a los títulos de la parte actora. No hay en autos prueba de ningún otro medio exceptivo apto para enervar la acción".

EL RECURSO

Con base en la causal 1ª, artículo 52 del Decreto 528 de 1964, se formulan seis cargos que en su orden se estudian a continuación.

Primer Cargo

Aplicación indebida de los artículos 946 y 952 del Código Civil, por ser los demandados "tenedores" y no "poseedores" del terreno que se intenta reivindicar.

La declaración de dominio a favor de los Ferrocarriles Nacionales que hace la sentencia viola el artículo 946 del Código Civil por inde-

bida aplicación, porque uno de los elementos axiológicos de la acción reivindicatoria o de dominio es que el demandado sea poseedor de la cosa singular materia de la reivindicación. Al reconocer la sentencia a los Ferrocarriles como dueños del inmueble y condenar a la demandada como tenedora del expresado bien a restituírlo, se pone en evidencia la aplicación indebida de los artículos 946 y 952 del C. C., ya que esas disposiciones establecen que la acción de dominio o reivindicatoria se debe proponer contra el "actual poseedor" y no contra el "tenedor" como dice la parte tercera resolutiva de la sentencia.

"Cuando el dueño de la cosa no ha perdido la posesión de ella, sino que la mantiene en su poder en calidad de arrendador, como se deduce de la parte motiva de la sentencia en el caso de autos, se tiene que su acción no es ya de dominio puesto que se le reconoce como dueño del suelo. Su acción es simplemente de lanzamiento a fin de que el arrendatario, mero tenedor de la cosa, sea obligado a restituírla.

"El reconocimiento que hace el Tribunal de ser la demandada simple tenedora del lote que es objeto dèl juicio y a título de arrendataria, hace concluír de manera clara y evidente que el Tribunal al aplicar los artículos 946 y 952 del C. Civil, que son normas de claridad meridiana, los aplicó indebidamente al caso que nos preocupa por cuanto tales normas no lo regulan y contemplan.

"Queda pues demostrado que hubo violación directa de la ley sustantiva por indebida aplicación. (Decreto 528 de 1964, artículo 52 o 520, ord. 1º del C. Judicial)".

Se Considera:

Al contestar por medio de apoderado el libelo que dió origen al juicio, Justina Eliécer Moya de Vargas afirmó, refiriéndose al inmueble objeto del pleito, que **"venía ocupándolo sin reconocer dominio alguno a los Ferrocarriles** ni a persona alguna y en tal carácter lo ha venido realizando hasta el presente. Ese inmueble, por razón del tiempo transcurrido **y por la posesión que con ánimo de señor y dueño ha venido ejerciendo doña Justina Eliécer Moya vda. de Vargas, ha pasado a su poder por prescripción adquisitiva de dominio"**. (fl. 33, C. 1).

La relación jurídico-procesal en este juicio se estableció, al contestarse la demanda, entre el actor o sea los Ferrocarriles Nacionales, y la demandada Justina Eliécer Moya v. de Vargas. Dicha relación, sobre la cual se desarrolló el juicio en sus dos instancias, le imprimió al proceso un carácter de obligatoriedad recíproca para las partes y para el juzgador. De un lado, las peticiones de la demanda y las afirmaciones consignadas en los hechos de la misma; de otro lado, la contestación del libelo, con las manifestaciones hechas por la parte demandada. Esta declaró, al iniciarse el pleito, que era poseedora del inmueble objeto de reivindicación, y que además era propietaria de él por haber adquirido su dominio mediante la prescripción.

Al absolver posiciones posteriormente la demandada manifestó también hallarse en posesión del inmueble. Son estos los términos empleados por ella en su respuesta a la primera pregunta de las posiciones que absolvió: **"Contestó:** No recuerdo el año, pero sí me acuerdo que en varias ocasiones el doctor Hernando Jiménez Gómez estuvo en la casa que habito en la carrera catorce (14) Nos. 17-11, 17-13 y 17-15 de esta ciudad, **y la cual tengo en posesión desde hace más de cuarenta años.** Estuvo a interesarme sobre la venta del lote y casa que ocupo. Yo siempre le respondía que el lote que él pretendía venderme era mío, **porque según las leyes yo lo tenía en posesión continua desde hace más de cuarenta años"**. (Se subraya) (fs. 17 v., Cd. 2).

Se halla pues acreditado de modo evidente que la demandada ha sostenido en el juicio que posee el lote de terreno objeto de la reivindicación. La señora Moya v. de Vargas lo tiene en su poder, en lo que se apoya para pedir, como lo ha hecho, que se la tenga también como dueña de él, por haber adquirido el dominio por prescripción.

Incurre en desacierto el sentenciador de segundo grado —aunque sin incidencia que imponga modificación de la parte resolutiva de aquel fallo y por ende la casación del mismo—, al afirmar que la demandada no ha sido poseedora del inmueble objeto del juicio, sino simple tenedora del mismo a nombre de los Ferrocarriles Nacionales, fundándose en el hecho de haberse suscrito un contrato de arrendamiento entre aquella empresa y Primitivo Vargas Martínez. Si algo aparece ostensible desde el comienzo del juicio y a lo largo de él, en sus instancias, es la actitud asumida y defendida por la demandada, de ser poseedora del lote

de terreno en cuestión, en un lapso de cuarenta años y basar en dicho posesión el intento de ser reconocida como dueña de ese inmueble. No es necesario repetir aquí las partes pertinentes del proceso que muestran la evidencia de esta afirmación. Por eso, se repite, el fallador incurrió en un claro error al atribuír a la demandada la calidad de simple tenedora del inmueble, cuando los autos acreditan en forma plena, que ella se presenta como poseedora de aquel, cumpliéndose así una de las condiciones de la acción reivindicatoria exigidas por el artículo 952 del C. Civil.

Todo lo cual quiere decir que el Tribunal, no obstante la equivocación anotada, despachó correctamente la acción propuesta, que fue la reivindicatoria contra poseedor, de que tratan los artículos 946 y 952 del C. Civil.

No prospera el cargo.

Segundo Cargo

Error de hecho manifiesto en la apreciación parcial del certificado de tradición, que condujo a la violación de los artículos 789 y 950 del C. Civil.

Para acreditar el dominio sobre el lote materia de la reivindicación la entidad demandante presentó como título de propiedad las escrituras públicas números 445 de 26 de marzo de 1923, Notaría Cuarta de Bogotá, y 4623 de 10 de septiembre de 1957, de la Notaría Segunda de esta ciudad. El Tribunal al apreciar los mencionados títulos no advirtió que se hallaban parcialmente cancelados en razón de las exclusiones y ventas hechas por la Nación y los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, de parte del globo de terreno que forma el inmueble El Triángulo y de las exclusiones y ventas da cuenta el certificado de tradición expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Girardot. (fls. 15/16 C. 3º).

En el aparte tercero del certificado se lee: "Del inmueble a que esta certificación se refiere, 'Ferrocarriles Nacionales de Colombia' ha vendido las siguientes porciones: a) A Alcibíades Vargas J. por escritura Nº 5809 de 24 de octubre de 1958, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá y registrada el 19 de noviembre del mismo año en el Libro 1º, Tomo 2A,. folios 457/458, bajo la Partida Nº 901, un lote con cabida de 272 vc.; b) A Luz María Hernández de Pérez y Simón Alberto Hernández, por escritura número 6.420 de 14 de diciembre de 1959, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Bogotá y registrada el 5 de enero de 1960 en el libro primero tomo 1B a folios 54/55 bajo partida número 4, un lote con cabida de 353 v.c.; c) A Obdulio Pinto Gómez, por escritura número 1.164 de 15 de marzo de 1960, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Bogotá y registrada el 7 de abril del mismo año en el libro primero tomo 2B a folios 9/11 bajo partida número 222; y d) A Marían Antonio López de Cubillos, por escritura número 4.189 de 20 de septiembre de 1960, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Bogotá y registrada el 17 de octubre del mismo año en el libro primero tomo 3A a falios 289/290 bajo partida número 652". El Tribunal apreció parcialmente el certificado del Registrador, pues no tuvo en cuenta las exclusiones a que se refieren los acápites i) y j) del punto primero de esa certificación. La parcial y equivocada apreciación del mencionado certificado constituye un error evidente. A los autos no se llevó prueba de que el lote de la litis estuviera incluído dentro de lo que le quedaba al demandante en el globo de tierra El Triángulo, después de las ventas y exclusiones de que habla el mismo documento. Y no habiéndose aportado esas demostraciones es inaceptable que tales títulos, parcialmente cancelados, puedan hacerse valer eficazmente como prueba del dominio del demandante sobre dicho lote. El Tribunal dió por probado que el lote objeto del juicio está incluído dentro de los linderos de El Triángulo; pero de allí no puede concluírse que dicho lote de terreno se halle comprendido dentro de la porción que le quedara al demandante después de las exclusiones a que se refiere el certificado.

"La errada apreciación que hizo el Tribunal del Certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Girardot, es un error de hecho evidente y notorio, que por fuerza de ello se violaron las disposiciones contenidas en los artículos 789 y 950 del C. Civil.

"Se violó el artículo 789 del C. Civil por cuanto el Certificado acredita que los Ferrocarriles Nacionales ya no son poseedores inscritos de los lotes de terreno que por razón de las ventas y de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia se transfirieron a terceros, pero cuyas localizaciones dentro del globo de terreno denominado 'El Triángulo' se ignoran; y el artículo 950 del C. Civil, porque, con las solas escrituras 4623 de 10 de septiembre de 1957, de la Notaría Segunda y la 445 de 26 de marzo de 1923 de la

Notaría Cuarta de Bogotá, se le atribuye a los Ferrocarriles Nacionales en su calidad de dueño, la acción reivindicatoria sobre lo poseído por la demandada, sin tener en cuenta que no se halla establecido sobre qué parte del terreno 'El Triángulo' conserva el actor la posesión inscrita, dadas las transmisiones de dominio de que da cuenta el mencionado certificado del señor Registrador de Girardot".

SE CONSIDERA:

Este cargo se presenta con base en lo que según el recurrente resulta del certificado de la Oficina de Registro de Girardot en que se relacionan las ventas que Ferrocarriles Nacionales de Colombia ha hecho de porciones de terreno comprendidas dentro de "El Triángulo" que inicialmente fue de su propiedad conforme a las escrituras 445 de 1923, Notaría Cuarta de Bogotá, y 4623 de 1957, Notaría Segunda de la misma ciudad, pues se afirma que el Tribunal incurrió en equivocada apreciación de aquel certificado, que constituye error evidente, al admitir que el solar objeto de la presente litis cabe dentro del remanente territorial que pertenece a los Ferrocarriles sin embargo de las ventas mencionadas.

Para que este cargo fuera procedente le era necesario al acusador el demostrar que se adujo al juicio prueba legal de que los Ferrocarriles enajenaron la concreta porción de terreno materia del presente juicio. Pero como esto no se hizo y como lo acepta el recurso, el predio materia del pleito hace parte del globo de mayor extensión denominado "El Triángulo" que adquirieron los Ferrocarriles por medio de las escrituras 445 de 1923 y 4623 de 1957, resulta que de las simples enajenaciones parciales de otros lotes hechas por los Ferrocarriles no puede deducirse, como lo pretende el recurso, que el terreno materia de la reivindicación no pertenezca a la entidad demandante.

El cargo no prospera.

Tercer Cargo

Error evidente de hecho en la apreciación de pruebas, que se tradujo en violación de los artículos 785 y 950 del C. Civil.

Consiste el error en haberle asignado el Tribunal alcance probatorio a los títulos escriturarios presentados por el demandante para probar la posesión inscrita y el dominio de los Ferrocarriles Nacionales sobre la porción discutida, o sea las escrituras 445 de 26 de marzo de 1923 y la 4623 de 1957 antes citadas.

Afirma el recurrente que tales títulos son deficientes y oscuros y con base en ellos es imposible demostrar el dominio sobre una porción determinada del inmueble "El Triángulo". Hace una relación pormenorizada y extensa de numerosas escrituras de venta de porciones de terreno que se dice estaban comprendidas dentro del lote "El Triángulo", a las cuales hay que agregar las de que da cuenta el certificado de tradición (fl. 5/16 Cd. 3º), o sea las hechas a Alcibíades Vargas, Luz María Hernández de Pérez y otro, Obdulio Pinto Gómez y María Antonia López de Cubillos. Como las escrituras y sentencias de la Corte no señalan, con excepción de dos, ni la ubicación ni los linderos de los lotes que se desmembraron de "El Triángulo", ni dentro de juicio se aportó prueba encaminada a establecer la situación topográfica de esos terrenos que salieron del dominio de la Nación y de los Ferrocarriles, surge el interrogante y de consiguiente la duda de si estos lotes se hallan ubicados en el centro o en uno de los costados del inmueble "El Triángulo" y si ocupan parte o la totalidad del lote que es materia de la reivindicación.

La imprecisión con que se alindó en los citados títulos el inmueble "El Triángulo", sin excluír los lotes vendidos y los que salieron del poder del demandante por orden de la Corte Suprema, dejan el vacío en la tradición y en esas circunstancias los títulos presentados no sirven para invocar la propiedad del inmueble materia de la reivindicación; al no estimarlo así el Tribunal incurrió en error de hecho por apreciar que las referidas escrituras, como títulos de propiedad del demandante, acreditan la posesión inscrita de los Ferrocarriles Nacionales sobre el lote que se intenta reivindicar.

SE CONSIDERA:

Refiriéndose el recurso a los títulos de enajenación de las numerosas porciones de terreno excluídas del área "El Triángulo", como consecuencia de las ventas realizadas respecto de ellas, estima que tales linderos son vagos, imprecisos, de donde surge el interrogante de si se hallan ubicadas en el centro o en los costados del inmueble "El Triángulo", lo que en su concepto afecta la determinación y localización

del lote objeto de la demanda. El argumento se basa en que algunos de los lotes mencionados tienen dos linderos coincidentes, la carrilera del ferrocarril, o carrera 14, por el frente, y el ramal del ferrocarril que iba al río Magdalena, por detrás. La coincidencia apuntada no envuelve superposición de linderos, sino apenas la existencia de linderos separados para cada lote, sobre las dos principales líneas, o sea la carrilera del ferrocarril, en la carrera 14, y el ramal del mismo que iba al río Magdalena, por detrás, en el lado opuesto.

En el fondo, el cargo envuelve la afirmación sobre existencia de un error de hecho que debió demostrar el recurrente en forma plena; que en cuanto a la alindación del predio por uno de sus lados, sobre la carrilera del Ferrocarril, es punto que se estudia más adelante en otro de los cargos propuestos; y que si a juicio del impugnante esta situación contemplada en el cargo induce a duda, la apreciación queda comprendida dentro de las facultades propias del fallador de instancia, sin que pueda modificarse en casación lo resuelto por aquél, ya que no aparece contrario a una evidencia establecida de un modo manifiesto en los autos.

Se rechaza el cargo.

Cuarto Cargo

Error de hecho manifiesto en la apreciación de la escritura pública Nº 445 de 26 de marzo de 1923, Notaría Cuarta de Bogotá, de que se desprende la violación de los artículos 759, 2641 y 2673 del C. Civil.

La escritura, aducida por el actor, ratifica la enajenación que Colombian National Railway Company Limited hace a la Nación del título de dación en pago que le había hecho por medio de contrato celebrado el 31 de julio del año anterior, del Ferrocarril de Girardot, con sus anexidades y dependencias, entre las cuales se encuentra el lote "El Triángulo", identificado así: "Desde el primer swicht de la línea de entrada de la ciudad, línea recta hacia el Sureste, en una extensión de setenta (70) metros, de ahí, torciendo hacia el Este, otra recta de doscientos diez metros (210) de longitud, de aquí vuelve hacia el Noroeste, en una extensión de ciento treinta (130) metros y de este punto, siguiendo hacia el Noroeste hasta dar con el swicht, punto de partida". (fls. 11 v. y 12 del Cd. 3).

"Al aceptar como prueba de dominio de los Ferrocarriles Nacionales sobre el lote materia de la litis, la escritura 445 de 26 de marzo de 1923, de la Notaría Cuarta de Bogotá, se incurrió en notorio error de hecho, toda vez que ese instrumento aparece registrado en el Libro 2º y no en el primero, como lo preceptúa el mencionado artículo 2641 y como consecuencia de ese notorio error se violó el artículo 2673 del C. Civil, que dispone como queda dicho, que 'ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito, conforme a lo dispuesto en este Código'. Violó el artículo 759 del C. C., por considerar que el registro de ese instrumento había operado la tradición del bien y de consiguiente el dominio radicaba en cabeza del actor; violó el artículo 2641 ibídem, por estimar que el mencionado título se hallaba bien registrado en el Libro 2º, y de consiguiente era título que acreditaba el dominio del actor y finalmente violó el artículo 2673 de la misma obra, al darle fe a este instrumento.

"A más del grave error que dejo puntualizado, el Tribunal incurrió en nuevo y grave error de apreciación de dicho título como prueba de dominio, al estimar que con dicha escritura no solamente se acreditaba el dominio de los Ferrocarriles Nacionales sobre el inmueble sino que también servía de prueba para individualizar el bien. En dicho instrumento dejó de indicarse el lugar en donde se halla ubicado el inmueble, no se indicó en que Municipio se encuentra el lote de terreno.

"Al no aparecer en el instrumento la localización del lote de terreno, materia de la disputa y haber sido ese título tenido como prueba de dominio de la parte demandante, se violó de manera indirecta y por grave error de hecho, el artículo 950 del C. Civil, en cuanto exige que el demandante pruebe la plena o nuda propiedad sobre la cosa individual y la falta de identificación material, con absoluta singularización del inmueble, impide que se haya probado también la calidad de dueño".

SE CONSIDERA:

Aunque es verdad, como lo afirma el recurso, que la escritura número 445 de 20 de marzo de 1923, Notaría Cuarta de Bogotá, en la cual consta la enajenación que Colombian National Railway Company Limited le hace al Gobierno

Nacional de varios bienes que integraban la propiedad de la entidad enajenante sobre el Ferrocarril de Girardot, en la cual escritura, al punto primero, se halla relacionado el lote "El Triángulo" (fls. 11 a 13, Cd. Nº 3), aparece registrada el día 15 de abril de 1923, en el libro Segundo, tomo 3º, de dicha oficina pública, y no en el libro Primero, sin embargo en el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Girardot que obra a folios 15 y 16 del citado cuaderno 3 se lee:

"Segundo.—A folios 170, 43/101 y 5/78 de los libros de registro números **primero**, duplicado de Hda. Pública número **primero** y segundo tomos 2 y 1º bajo partidas números 172,1 y 77, con fecha 15 de abril y 8 de mayo de 1923, aparece registrada la escritura número 445 de 26 de marzo del mismo año, otorgada en la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá, en la cual consta que la Nación adquirió por traspaso que le hiciera la sociedad denominada "The Colombian National Railway Company Limited", a título de dación en pago, entre otros, con algunas segregaciones, el derecho de dominio sobre el lote denominado 'El Triángulo' a que se refiere el numeral anterior".

Luego está demostrado que el registro de la escritura 445 de 1923 sí se hizo legalmente en el libro 1º, contra lo que afirma el recurso.

Según el certificado del Registrador de Girardot, varias veces citado, (fl. 15, C. 3) la empresa denominada Ferrocarriles Nacionales de Colombia adquirió por la escritura 4.623 de 1957, y por traspaso que le hizo la Nación, "un lote de terreno denominado 'El Triángulo', **ubicado en esta ciudad** (se subraya), comprendido dentro de los linderos que figuran como de "El Triángulo" a la letra b), punto Primero, de la escritura número 445 de 26 de marzo de 1923. Estas anotaciones ponen de presente que no se ignora, según las pruebas del juicio, el municipio donde se halla ubicado el lote objeto de la reivindicación.

El cargo es ineficaz contra la sentencia.

Quinto Cargo

"Error grave de hecho en la apreciación de un contrato de arrendamiento y violación indirecta de los artículos 756 y 950 del C. Civil.

"El Tribunal tuvo como prueba de dominio de los Ferrocarriles Nacionales sobre el lote materia del litigio, el contrato de arrendamiento que con fecha 5 de diciembre de 1934, suscribieron el señor administrador de los Ferrocarriles Nacionales y don Primitivo Vargas y que éste reconoció ante funcionario competente.

"Es cierto que el artículo 1761 del C. Civil le da valor de escritura pública al documento privado reconocido y el artículo 637 del C. Judicial otorga fuerza de confesión judicial al documento legalmente reconocido. Pero es entendido que ese valor de escritura pública que le otorga el mencionado artículo 1761 del C. C. y el de confesión judicial que le asigna la norma procesal, hace relación a los fines propios del contrato contenido en ese documento. En el mencionado contrato de arrendamiento, que el señor Vargas reconoció, se da por probado que Vargas recibió en arrendamiento el lote y que debía pagar seis pesos anuales y que el inmueble lo recibió en arrendamiento de la Nación, quien era la arrendadora.

"Pero de ese instrumento no puede concluírse, como errada y notoriamente lo ha hecho el Tribunal, que la confesión de Vargas al reconocer el documento implicaba la aceptación de que el arrendador es el propietario del inmueble arrendado y de consiguiente es el titular de la acción que se ejercita en este juicio. Ese contrato solamente prueba que el arrendador dió en goce la cosa materia del juicio, pero jamás puede servir como prueba de dominio como quiera que aunque ese contrato sea elevado a escritura y registrado, el registro de ésta no produce el efecto marcado en el artículo 756 del C. Civil... Y violó el citado artículo 950 del C. Civil, porque tal norma exige en el titular de la acción reivindicatoria, la titularidad del dominio sobre el bien que es objeto de la pretensión y con este contrato no se prueba esa calidad".

SE CONSIDERA:

El Tribunal no se apoya en el contrato de arrendamiento mencionado para deducir de él la existencia del dominio de Ferrocarriles Nacionales de Colombia sobre el lote de terreno que se reivindica. La referencia que hizo al contrato tuvo por finalidad establecer lo precario del título de la demandada en tal contrato; de donde se infiere que otra persona distinta a la arrendataria es la dueña del predio. Y el Tribunal destaca la circunstancia de que emanando la tenencia del inmueble por parte de la demandada, del contrato de arrendamiento, no puede

considerársele como legítima poseedora de aquél, razonamiento este de que la Corte ya se ocupó para rectificar la apreciación del Tribunal de ser la demandada una simple tenedora y no poseedora.

El cargo es inane.

Sexto Cargo

Error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial aportada para la identificación del inmueble y violación indirecta de los artículos 950 y 947 del C. Civil.

Refiriéndose el recurso a los declarantes Marco Tulio Ospina C., José Vicente Murillo y Jorge Giraldo Arango afirma que sus testimonios carecen de mérito para demostrar el dominio de los Ferrocarriles sobre el inmueble que intenta reivindicar, porque declaran sobre otro predio, extraño al juicio, y no sobre aquél a que se contrajo la demanda; y se basa para ello en que los declarantes afirman que el lote en referencia tiene frente sobre la carrera 12, no sobre la 14, de la ciudad de Girardot; por lo cual sus testimonios no sirven para la identificación del terreno a que la controversia se refiere, ya que el objeto de los mismos "era el de individualizar materialmente el lote de terreno que es objeto del juicio y que es presupuesto de la pretensión reivindicatoria y ello no se logró en razón de la diferente ubicación dada y a pesar de ello el Tribunal aceptó esos testimonios y dió por demostrado el que el inmueble se hallaba plenamente identificado".

SE CONSIDERA:

Los declarantes no se refirieron principalmente a la ubicación del lote. Lo principal de sus declaraciones es la información que ellos dan, por haber sido altos empleados del Ferrocarril, de que trataron en razón de sus funciones, con la demandada, sobre la celebración del contrato de arrendamiento, y que ella manifestó estar en posesión de dicho inmueble. Luego no hay duda alguna de cuál fué el inmueble a que aquellos declarantes se refirieron: el que ocupaba la demandada hacía mucho tiempo y que había ocupado también su marido.

La identificación de dicho terreno aparece claramente establecida desde la contestación de la demanda, al aceptar la demandada su calidad de poseedora e interponer en su favor la excepción de prescripción adquisitiva con base en dicha posesión. El cambio de nomenclatura urbana a que se alude en este cargo, no importa, si los declarantes, como ocurrió en el presente caso, coincidieron con la demandada en la determinación del predio.

Tampoco prospera este cargo.

RESOLUCION

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 diecinueve (19) de febrero de mil novecientos sesenta y cinco (1965) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este juicio de Ferrocarriles Nacionales de Colombia contra Justina Eliécer Moya vda. de Vargas y otros, sobre dominio de un lote de terreno.

Con costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y vuelva 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.

LOTERIA DE CUNDINAMARCA

Quién responde de sus obligaciones. - Administración directa o delegada y normas que gobiernan su funcionamiento. - Celebración del sorteo. - Régimen legal de la Beneficencia de Cundinamarca. - La Junta General de Beneficencia es un establecimiento público descentralizado o autónomo. - Caracteres generales de la Beneficencia o Asistencia Pública. - Principio regulador del recurso de casación. - Fuerza mayor o caso fortuito.

1.—Conforme a los términos del artículo 3º de la Ley de 15 de agosto de 1869, dictada por la Asamblea Legislativa del Estado Soberano de Cundinamarca, ley ésta prorrogada en su vigencia por el Decreto 825 de 2 de diciembre de 1885, es evidente que la Junta General de Beneficencia fue una creación legal, a la cual se le adscribió la prestación del servicio público de la beneficencia a cargo entonces del Estado Soberano de Cundinamarca; que bajo su inspección y dirección exclusivas quedaron todos los establecimientos de beneficencia de dicho Estado, hoy Departamento, que a su administración se dieron todos los intereses de los mismos establecimientos, la recaudación e inversión de sus fondos, dictar su reglamento y nombrar el personal indispensable para la prestación del servicio.

Se encuentran en esta persona jurídica de derecho público las condiciones que la doctrina señala a los denominados establecimientos públicos descentralizados o entidades autónomas, cuya creación legal viene imponiendo el crecimiento de los servicios públicos a cargo del Estado, y la imposibilidad de prestarlos éste directamente o por medio de sus órganos eficiente y técnicamente. Entre éstos servicios está el de la beneficencia o asistencia pública.

Estas condiciones o caracteres son:

El establecimiento goza de personería jurídica conferida, en este caso, por la Ley de 15 de agosto de 1869; tiene un patrimonio propio integrado por los bienes que le han sido asignados por la ley y las ordenanzas de las Asambleas, y los que haya adquirido de cualesquiera personas a cualquier título con arreglo a las leyes; dicta los reglamentos para su gobierno, en cumplimiento de su misión; nombra los empleados indispensables para la eficiente prestación del servicio de asistencia pública; está sujeto al control del Departamento por medio de la Contraloría del mismo; ciertos actos requieren la aprobación del Gobernador. Por lo tanto, frente a los particulares es un establecimiento público descentralizado o autónomo.

2.—La administración directa o delegada en otra persona de la Lotería de Cundinamarca que tiene la Junta General de Beneficencia, a falta de prueba en contrario, la ha recibido de la Asamblea de Cundinamarca, porque tratándose de una renta, es a esta corporación a la que corresponde, de conformidad con el artículo 43 de la Constitución, la creación en tiempo de paz de contribuciones, rentas o impuestos. Por eso el Código de Régimen Político y Municipal, en el numeral 37 del artículo 97, señala como atribución de las Asambleas: "Arreglar todo lo relativo a la organización, recaudación, manejo e inversión de las rentas del Departamento".

La Ley 64 de 1923 autorizó a los Departamentos establecer desde su vigencia una lotería "con premios en dinero y con el único fin de destinar sus productos a la asistencia pública" (artículo 1º). Y agregó: "Las loterías que existan en la actualidad en algunos Departamentos, destinadas exclusivamente a fines de beneficencia, podrán continuar funcionando con la misma organización que hoy tienen". (Artículo 3º).

Conclúyese que los productos de la Lotería de Cundinamarca, cuya administración tiene la Junta General de Beneficencia de Cundinamarca, están destinados a la beneficencia o asistencia pública y que ellos entran al patrimonio de dicho establecimiento público.

Este, por ser tal, tiene personería jurídica otorgada por la Ley de 15 de agosto de 1869, el Decreto 825 de 2 de diciembre de 1885 y el artículo

80 de la Ley 153 de 1887 si bien lleva en el manejo de los negocios y bienes que administra la representación de intereses públicos.

La Corte ha dicho al respecto: "El establecimiento público, es, pues, un organismo al servicio oficial pero con patrimonio propio, especial y permanente, distinto de los ingresos generales... que administra e invierte con autonomía" (G. J. T. 52, págs. 566 a 568, inclusive).

"Y desde que estos establecimientos poseen su propia individualidad jurídica, en defensa de los intereses para cuya guarda han sido creados, están investidos de todas las acciones que puede tener un particular, contra cualquier otra persona, aún de carácter administrativo, incluyendo el mismo Estado (Jurisprudencia Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Néstor Pineda. T. I pág. 208).

Esta es también la doctrina de los autores de Derecho Administrativo.

Así Guido Zabonini, respecto de la facultad de administración que tienen los entes autónomos, expresa: "...la autarquía puede definirse como la capacidad reconocida al ente para administrarse a sí mismo, o sea, actuar para la consecución de sus propios fines mediante el ejercicio de una actividad administrativa que tiene la naturaleza y los efectos de la administración pública o sea, la administración propia del Estado" (Curso de Derecho Administrativo, T. I pág. 167).

Y Enrique Sayagués Laso expone: "Los entes autónomos son personas públicas estatales. Generalmente la ley expone en forma expresa la personalidad jurídica. Pero aunque el legislador nada hubiese dicho, debe admitirse la misma solución. Esto es lógico porque teniendo el ente autónomo plenos poderes para actuar, constituye un centro de administración independiente que actúa en el campo del derecho como una unidad con vida propia" (Tratado de Derecho Administrativo T. II pág. 169).

Siendo la Junta General de Beneficencia de Cundinamarca un establecimiento público con personería jurídica reconocida expresamente por las normas legales precitadas, cuya finalidad principal es la de "administrar todos los intereses pertenecientes a los establecimientos de beneficencia y caridad, cuidando de la fiel recaudación e inversión de sus rentas"; teniendo la administración directa y delegada por ella de la Lotería de Cundinamarca, cuyos productos ha destinado la ley a la beneficencia o asistencia pública y entran o ingresan a sus fondos, no a los del Departamento; obrando con completa autonomía en cuanto a la administración de la lotería, pues por sí misma asume su administración directa, o la delega; y habiendo celebrado con Nazario Gómez Pinzón el contrato de administración delegada en nombre propio, no queda la menor duda de que ella es la que debe responder de todas las obligaciones que surgieron del sorteo efectuado el 2 de diciembre de 1957, en el cual salió premiado el número 0394, porque el delegado en la administración obraba en representación de la Junta General de Beneficencia de Cundinamarca.

Estas deducciones llevan a afirmar que la Junta General de Beneficencia de Cundinamarca no es delegada del Departamento del mismo nombre en la administración de la Lotería de Cundinamarca, ni que, por consiguiente, obra como mandataria de él, ni que sea el departamento el que deba responder en este litigio, sino la Junta misma, representada por su Síndico.

En este orden de ideas, la titularidad o legitimación pasiva en causa, radica en la Junta.

La conclusión del Tribunal deducida de lo preceptuado por el artículo 2177 del Código Civil, referente a que la Beneficencia debe responder ante terceros por haber negociado los billetes del sorteo a nombre propio siendo mandataria del Departamento, es una aplicación indebida de esa norma pero intrascendente en casación, por lo ya expuesto y por el carácter confirmativo que dicha conclusión tiene de los razonamientos con que el sentenciador acepta la legitimación en causa o titularidad de la Junta para responder de las consecuencias de este litigio.

3.—Es principio regulador del recurso extraordinario de casación que la Corte en el despacho de él debe aceptar los hechos como los admitió el Tribunal, y que no puede ocuparse de su decisión sino cuando se formulan cargos por yerros en la apreciación de las pruebas aducidas para su demostración.

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

(Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada).

Jorge Enrique Escobar, asistido de apoderado, demandó a la Beneficencia de Cundinamarca, representada por el Síndico-Gerente, Francisco Ortega París, para que en juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que el billete de la lotería de Cundinamarca de diez (10) fracciones, distinguido con el número "CERO-TRES-NUEVE-CUATRO (0394)", jugado en sorteo 1353, 21 de diciembre de 1957 a las 7½ p.m., en la ciudad de Bogotá D. E. fue el favorecido con el pre-

mio mayor de CIENTO VEINTE MIL PESOS ($ 120.000.00) que la Beneficencia de Cundinamarca, empresaria de la Lotería del mismo nombre, debía pagar al dueño y poseedor del billete identificado con el número aludido, en el sorteo nombrado.

"Segunda.—Que fué el número 0394 correspondiente al sorteo 1353, verificado el 2 de diciembre de 1957 por la Beneficencia de Cundinamarca, representada en el citado sorteo por el Administrador Delegado de la Lotería de Cundinamarca, señor Nazario Gómez Pinzón, y no otro número, el favorecido con el premio mayor de la lotería.

"Tercera.—Que, en consecuencia, y siendo el señor Jorge Enrique Escobar, el dueño y poseedor del billete de la Lotería de Cundinamarca, favorecido en el sorteo 1353 de 2 de diciembre de 1957, con el número 0394, tiene derecho a que la Beneficencia de Cundinamarca le pague el premio mayor de la lotería citada, en la cuantía fijada en el billete.

"Cuarta.—Que como resultado de las declaraciones a que se refieren las tres súplicas anteriores, se condene a la Beneficencia de Cundinamarca, a pagar al señor Jorge Enrique Escobar, la suma de $ 120.000.00, y los respectivos intereses legales sobre esta suma, desde el 3 de diciembre de 1957, en adelante, hasta la fecha en que se efectúe el pago de la cantidad demandada.

"Quinta.—Que se condene a la Beneficencia de Cundinamarca a pagar las costas que ocasione este juicio".

La causa petendi la relata en los siguientes hechos:

"1.—Según la ley de 15 de agosto de 1869, dictada por la Asamblea Legislativa del Estado Soberano de Cundinamarca y el artículo 84 de la Ley 153 de 1887, la Beneficencia de Cundinamarca es una persona jurídica.

"2.—La Beneficencia de Cundinamarca es dueña de la empresa comercial denominada 'LOTERIA DE CUNDINAMARCA'.

"3.—El día 2 de diciembre de 1957, la Beneficencia de Cundinamarca manejaba el negocio de la Lotería de Cundinamarca por administración delegada.

"4.—El 2 de diciembre de 1957, era Administrador Delegado de la Beneficencia de Cundinamarca, para la administración de la Lotería de Cundinamarca, mediante contrato de administración delegada, el señor Nazario Gómez Pinzón.

"5.—El 2 de diciembre de 1957 tuvo lugar, en Bogotá E. C., el sorteo 1353 de la Lotería de Cundinamarca.

"6.—Al hacerse el sorteo 1353, resultó favorecido el número 0394.

"7.—El sorteo 1353 lo hizo la Lotería de Cundinamarca empleando para ello cuatro (4) máquinas, accionadas simultáneamente".

"8, 9 y 10.—Impulsadas las cuatro máquinas, fueron apareciendo las cifras que componen el número 0394. El número 9 fue el último que se hizo visible en forma imperfecta en la parte superior de la tercera máquina, pero no obstante la imperfectá visibilidad de dicho número, las personas que se hallaban presentes en el lugar donde se efectuaba el sorteo 1353 y las que lo presenciaban a través de la Televisora Nacional vieron que la última cifra en aparecer fue el 9.

"11, 12 y 13.—A pesar de que en la tercera máquina se leía perfectamente el número 9, no obstante la ligera imperfección que cubría la parte superior de dicha cifra, la lotería hizo impulsar nuevamente aquella máquina que marcó como tercera cifra el número 7. Así la Beneficencia de Cundinamarca empleando un procedimiento arbitrario cambió el número 0394, que había salido después de haber impulsado las cuatro máquinas, por el 0374, así integrado por haber salido el 7 mediante el movimiento de la tercera máquina.

"14, 15 y 16.—Después de que las cuatro máquinas marquen las cuatro cifras del número que da derecho al pago de los premios, según el reglamento de la Lotería de la Beneficencia de Cundinamarca y los de la Inspección de Juegos, no puede cambiarse ninguno de los números que hayan salido.

"17, 18 y 19.—El 3 de diciembre de 1957, Jorge Enrique Escobar, dueño y poseedor del billete 0394, se presentó a las oficinas de la Lotería a reclamar el pago del premio mayor correspondiente al sorteo 1353. El 25 de febrero de 1958, en vista de que el Administrador Delegado de la Lotería de Cundinamarca se había negado a pagarle a Escobar el premio mayor, se dirigió a la Junta General de la Beneficencia exigiendo

el pago de los $ 120.000.00 asignados al premio mayor, pero dicha entidad se negó también a efectuar el pago.

El apoderado de la Beneficencia de Cundinamarca contestó la demanda negando el derecho del actor y ateniéndose, en cuanto a los hechos, a lo que se probara.

El Juzgado decidió el primer cargo del juicio en sentencia de 14 de octubre de 1960, por la cual resolvió favorablemente las súplicas de la demanda así:

1º—Que el billete de diez fracciones distinguido con el número 0394, presentado por el actor Julio Enrique Escobar, correspondiente al sorteo 1353, efectuado en Bogotá el 2 de diciembre de 1957 por la Beneficencia de Cundinamarca, fue el favorecido con el premio mayor de $ 120.000.00.

2º—Que el demandante Escobar, dueño y poseedor del billete premiado, tiene derecho a que la Beneficencia de Cundinamarca le pague dicho premio en cuantía de $ 120.000.00.

3º—Condena, en consecuencia, a la Beneficencia de Cundinamarca a pagarle esta suma a Escobar y los intereses legales de ella desde el 3 de diciembre de 1957 hasta el día en que se efectúe el pago.

4º—Condena en costas a la parte demandada.

El Tribunal Superior de Bogotá por fallo de 10 de julio de 1962 decidió la apelación interpuesta por la parte demandada, confirmando en todas sus partes la decisión del Juzgado; la adicionó declarando no probadas las excepciones propuestas por el demandado, y condenando a este en las costas de la apelación.

Motivación de la Sentencia de Segunda Instancia.

Estudia las excepciones en estos términos:

La de "legitimatio ad causam", consistente en que al disponer la Ley 64 de 1923 que solamente los Departamentos podían establecer loterías con premios en dinero, la Lotería de Cundinamarca, de acuerdo con esta ley y lo afirmado por el actor, es de propiedad del Departamento, el cual destina sus productos, por medio de la Beneficencia de Cundinamarca, a fines de asistencia pública. Siendo el Departamento de Cundinamarca el propietario de la nombrada Lotería y la Beneficencia de Cundinamarca una institución de utilidad pública creada por la Ley de 15 de agosto de 1869, distinta del Departamento de Cundinamarca, el cual ha delegado en ella la administración de la empresa Lotería Departamental, se configura una excepción perentoria de falta de legitimación en causa que es uno de los presupuestos procesales.

Para el Tribunal esta defensa no prospera por las siguientes razones que se resumen así:

1ª—Porque, conforme a la Ley de 15 de agosto de 1869, "la Beneficencia de Cundinamarca es una institución de utilidad común con personería y patrimonio propios que administra un servicio público descentralizado, y como tal es, en principio, civilmente responsable. La entidad autárquica en la administración es responsable de toda transgresión legal, como lo es todo el que está subordinado a la ley. Por eso es demandable por sus actos y demandante en pro de sus derechos.

2ª—La Ley 64 de 1923 destinó todo el producto de las loterías a beneficencia pública. (Artículos 1º y 4º). Estos fondos se manejan en cuenta especial y no entran en ningún caso a formar parte del acervo común de la entidad que las ha organizado (Ley 93 de 1938, artículo 13). El producto de las loterías debe entregarse al Gobernador o a la Junta respectiva (Ley 64 de 1923, artículo 6º). De aquí se sigue que los productos no ingresan a los fondos comunes departamentales sino directamente a la entidad que administra los bienes de beneficencia de los departamentos donde aquella exista. La administración delegada corresponde a la Beneficencia de Cundinamarca, según el acuerdo número 29 de 1938.

El contrato de administración delegada de la Beneficencia de Cundinamarca con Nazario Gómez Pinzón estaba vigente el 2 de diciembre de 1957.

De aquí concluye que la Beneficencia de Cundinamarca es responsable civilmente del juego de lotería, "porque suyos son los fondos producidos por el impuesto departamental respectivo, por tener tal destinación".

3ª—Igual conclusión se desprende del artículo 2177 del C. C. que establece la responsabilidad respecto de terceros del mandatario que contrata a nombre propio.

4ª—Está demostrada la existencia de la entidad Beneficencia de Cundinamarca, y de su representante legal señor Ortega París a quien se notificó la demanda.

La circunstancia de que Jorge Enrique Escobar haya demandado directamente al Departamento de Cundinamarca en su condición de dueño y empresario de la Beneficencia de Cundinamarca, la justifica el demandante en previsión de las resultas del presente proceso, y no desvirtúa los razonamientos expuestos.

La excepción de caducidad, la funda el demandado en que transcurrieron los seis meses señalados en el billete para su cobro; en que la reclamación que el actor hizo a la Junta de Beneficencia no interrumpía la caducidad; y en que, aún aceptando esto, entre dicha gestión y la notificación de la demanda, transcurrieron más de seis meses.

Para el Tribunal esta defensa tampoco tiene asidero, porque las acciones se encaminan a que se reconozca que el billete premiado fue el marcado con el número 0394 y no el 0374 y a que, en consecuencia, se ordene el pago correspondiente del premio mayor. Y el plazo extintivo se predica de la acción de cobro no la de declarativa. Para la primera rige la caducidad, para la segunda, la prescripción.

Tampoco acogió la excepción de fuerza mayor, consistente en que si de acuerdo con los testigos sobre el particular, la jugada de la tercera máquina, en la cual había aparecido el número 9 perfectamente visible, se repitió, porque así lo dispuso el delegado de la Inspección de Juegos, esta repetición constituye una fuerza mayor en los términos del artículo 1º de la Ley 95 de 1890.

Las razones del fallador son: Las funciones del Inspector de Juegos son de simple vigilancia, según lo establecen los artículos 6º de la Ley 64 de 1923 y 20 de la Ordenanza 52 de 1914 y el acuerdo 32 de 1923 del Concejo de Bogotá, traídos a los autos, los cuales no confieren al Inspector de Juegos la facultad de ordenar la repetición de un sorteo. Además faltarían dos requisitos de la fuerza mayor: la imprevisibilidad del hecho liberatorio y la ausencia de culpa del deudor. "El utilizar para el sorteo una máquina que, al ser accionada, no marque netamente una cifra, es un hecho previsible, que se debe imputar a imprevisión de la empresa de juegos".

El apoderado de la Beneficencia interpuso contra la decisión de segundo grado recurso extraordinario de casación que formalizó en demanda que contiene dos cargos, ambos por violación directa de normas sustantivas.

Primer Cargo

La exposición que el recurrente hace del primer cargo se resume así:

El presente juicio se ha promovido contra la Beneficencia de Cundinamarca y contra ella dictó sentencia el Tribunal Superior de Bogotá, porque consideró que era la entidad llamada a responder del pago de un premio de la Lotería de Cundinamarca.

"La Junta General de Beneficencia de Cundinamarca, persona jurídica de derecho público administrativo, fue creada por la Ley de 15 de agosto de 1869 del Estado Soberano de Cundinamarca, la cual fue ratificada expresamente por el Decreto Legislativo Nacional 825 de 1869. Esta ley, en sus artículos 1º, 3º y concordantes, dió a esta Junta amplias facultades administrativas y dispositivas en lo relativo a la dirección y manejo de los establecimientos de beneficencia pública".

La nombrada Junta, según la ley de 1869, y las ordenanzas, "administra a nombre de los donantes, fundadores, legatarios, etc. los bienes donados por actos testamentarios o intervivos a la propia Junta, y los donados a los establecimientos que dicha Junta representa y administra; así mismo administra por delegación del Departamento de Cundinamarca y conforme a sus términos, las participaciones o asignaciones concedidas por el Departamento para el sostenimiento de la beneficencia pública, por virtud de leyes, ordenanzas, tales como, el impuesto de registro y anotación, la lotería de beneficencia y el impuesto a las loterías foráneas; los productos de estos dos últimos no pueden ser destinados a fines distintos de la asistencia pública, según lo dispone la Ley 64 de 1923".

La Junta General de Beneficencia procede con entera autonomía en el manejo, inversión y administración de los bienes asignados o donados a la propia Junta o a los establecimientos que ella administra. "En cuanto a las participaciones o asignaciones concedidas por el Departamento, la Junta obra como una entidad subalterna de éste". Al respecto cita una sen-

tencia del Consejo de Estado en que dice que en la administración de las rentas que le han sido cedidas por entidades oficiales, como la del impuesto departamental de registro y anotación, y la municipal del impuesto de consumo de mercancías extranjeras en Bogotá, la Junta es una entidad subalterna del jefe de la administración departamental o de la municipal, y sus actos están sujetos a la revisión de dicho funcionario.

La Ley 64 de 1923, reglamentaria del funcionamiento de loterías, dispuso que los departamentos podían establecer una lotería con premios en dinero "con el único fin de destinar sus productos a la asistencia pública. La Ley 93 de 1938, sobre vigilancia de las instituciones de utilidad común, en su artículo 13 ordena que los fondos provenientes de las loterías de beneficencia deberán manejarse en cuenta especial y no entrarán en ningún caso a formar parte del acervo común de la entidad que las haya organizado".

Los fondos provenientes de las loterías constituyen una renta departamental con la destinación especial para la asistencia pública, no para la asistencia social. Tales fondos no pierden su carácter de renta departamental cualquiera que sea la forma de administración que de ellos se haya adoptado, directa o delegada, concesión o venta exclusiva, de ellos a terceros. En los casos de concesión o venta exclusiva, la empresa funciona por cuenta y riesgo del concesionario o del comprador exclusivo, quienes responden al público del valor de los premios. En los primeros supuestos de administración directa y delegada responde el Departamento, porque el delegado no adquiere una personalidad propia sino que obra a nombre del delegante "como un mandatario se subordina a quien le dió el poder".

Observa que los productos de las loterías solo pueden destinarse a la asistencia pública, que atiende al remedio de los males sociales, no a la asistencia social, que busca determinar las causas de estos males y prevenirlos.

De esta exposición deduce el recurrente: "a) Que la Beneficencia de Cundinamarca es una entidad autónoma en el manejo y administración de sus propios bienes y de aquellos pertenecientes a los establecimientos que de ella dependen; b) Que en el manejo y administración de las participaciones o asignaciones concedidas por el Departamento, obra como una entidad subalterna de este; c) Que los fondos o utilidades provenientes de las loterías no pueden confundirse con los bienes comunes del Departamento ni con los de la Beneficencia de Cundinamarca; deben manejarse en cuenta separada y destinarlos únicamente a la asistencia pública; por tanto... la Beneficencia no puede atender con ellos las obras de carácter social que tiene a su cargo".

Pasa a ocuparse de si es el Departamento o la Beneficencia el que debe responder del pago reclamado, y se refiere a este aparte de la sentencia: "De donde se sigue que los productos no ingresan a fondos comunes departamentales sino directamente a la entidad que administra los fondos de beneficencia en los Departamentos en donde exista. La Administración delegada corresponde a la Beneficencia de Cundinamarca, según el acuerdo número 29 de 1938".

Glosa el aserto del Tribunal en cuanto reconoce que la Beneficencia obra por delegación del Departamento, y sin embargo la hace responsable, y la condena a pagar el valor del premio de la Lotería de Cundinamarca. "La Beneficencia de Cundinamarca delegada del Departamento de este nombre, obra en la administración de la Lotería de Cundinamarca como una mandataria de aquel y por tanto, es el Departamento quien debe responder conforme a los artículos 1505, 2142, 2161 y 2186 del Código Civil; por consiguiente el Tribunal al considerar a la Beneficencia de Cundinamarca responsable de dicho premio, aplicó indebidamente el artículo 2177 ibídem y violó la ley directamente por inaplicación de las disposiciones del Código Civil antes mencionadas.

La Corte Considera:

La ley de 15 de agosto de 1869, dictada por la Asamblea Legislativa del Estado Soberano de Cundinamarca, dispuso que los establecimientos de beneficencia y caridad del Estado, quedaban bajo la inspección y dirección de una Junta que llevaría el nombre de Junta General de Beneficencia, compuesta de cinco miembros.

Entre las funciones que le señaló en el artículo 3º están las siguientes: "1º—Administrar todos los intereses pertenecientes a los establecimientos de beneficencia y caridad, cuidando de la fiel recaudación e inversión de sus rentas; 2º—Tomar todas las providencias necesarias para la mejora de los actuales establecimientos y

construcción de los que nuevamente se deben establecer; 3º—Dar los reglamentos para el régimen interior y su administración detallando claramente las funciones de los empleados; 4º—Nombrar los empleados necesarios para el servicio de dichos establecimientos...".

Esta ley fue prorrogada en su vigencia por el Decreto 825 de 2 de diciembre de 1885.

Conforme a los términos de las citadas normas, es evidente que la Junta General de Beneficencia fue una creación legal, a la cual se le adscribió la prestación del servicio público de la beneficencia a cargo entonces del Estado Soberano de Cundinamarca, que bajo su inspección y dirección exclusivas quedaron todos los establecimientos de beneficencia de dicho Estado, hoy Departamento, que a su administración se dieron todos los intereses de los mismos establecimientos, la recaudación e inversión de sus fondos, dictar su reglamento y nombrar el personal indispensable para la prestación del servicio.

Se encuentran en esta persona jurídica de derecho público las condiciones que la doctrina señala a los denominados establecimientos públicos descentralizados o entidades autónomas, cuya creación legal viene imponiendo el crecimiento de los servicios públicos a cargo del Estado, y la imposibilidad de prestarlos este directamente o por medio de sus órganos eficiente y técnicamente. Entre estos servicios está el de la beneficencia ó asistencia pública.

Estas condiciones o caracteres son:

El establecimiento goza de personería jurídica conferida, en este caso, por la ley de 15 de agosto de 1869; tiene un patrimonio propio integrado por los bienes que le han sido asignados por la ley y las ordenanzas de las Asambleas, y los que haya adquirido de cualesquiera personas a cualquier título con arreglo a las leyes; dicta los reglamentos para su gobierno, en cumplimiento de su misión; nombra los empleados indispensables para la eficiente prestación del servicio de asistencia pública; está sujeto al control del Departamento por medio de la Contraloría del mismo; ciertos actos requieren la aprobación del Gobernador. Por lo tanto, frente a los particulares es un establecimiento público descentralizado o autónomo.

El sentenciador tuvo a la vista el Acuerdo número 29 de 1938 mediante el cual la Junta General de Beneficencia resolvió: 1º—Derogar el Acuerdo número 48 de 1937, por el cual la misma había dispuesto asumir la administración directa de la Lotería de Beneficencia de Cundinamarca por considerarla más conveniente; y 2º—Iniciar la administración delegada a partir de la fecha en que quedara perfeccionada la negociación correspondiente y en las condiciones que el mismo acuerdo especifica.

Asímismo el Tribunal apreció el contrato contenido en la escritura 9005 extendida en la Notaría 2ª de Bogotá el 11 de diciembre de 1950, vigente el 2 de diciembre de 1957 en que se efectuó el sorteo cuyo premio mayor se litiga. Por virtud de este contrato la misma Junta General de Beneficencia delegó en Nazario Gómez Pinzón la administración de la Lotería de Beneficencia en los términos pactados en él.

Estos medios llevaron al Tribunal a afirmar que "la administración delegada corresponde a la Beneficencia de Cundinamarca" y que el contrato de administración delegada de la Lotería con Nazario Gómez Pinzón estaba vigente".

Este aserto del Tribunal no tiene el alcance que le da el recurrente en el sentido de que la Junta General de Beneficencia era una administradora delegada de la Lotería, sino que en la fecha del sorteo tenía delegada la administración, porque del acuerdo citado lo que aparece es que la Junta suspendió la administración directa de la Lotería y que resolvió delegarla por voluntad de la misma Junta.

También el Tribunal, y con base en los preceptos de las Leyes 64 de 1923 y 93 de 1938 citados en el fallo; y en los estatutos a los cuales no hace alusión pero que debió tener en cuenta, afirma: "De donde se sigue que los productos (de la Lotería) no ingresan a fondos comunes departamentales sino directamente a la entidad que administra los fondos de beneficencia, en los Departamentos en donde exista".

Los estatutos de la Junta General de Beneficencia de Cundinamarca, en el artículo 8º, ordinal b), entre las atribuciones de la misma, señalan la de "administración de todos los fondos provenientes de impuestos, contribuciones, auxilios, loterías que le hayan sido cedidas a ella en general...". Y es evidente que los productos de la Lotería de Cundinamarca por ley están destinados a la asistencia pública o beneficencia (artículos 1º y 3º Ley 64 de 1923).

Estas premisas condujeron al sentenciador a concluír "que, en principio, la Beneficencia de Cundinamarca es responsable civilmente de los contratos de juego y apuesta de la citada Lotería, porque suyos son los fondos producidos por el impuesto departamental respectivo por tener tal destinación".

Si no es acertada la apreciación del Tribunal en el concepto de que los productos de la Lotería son impuesto Departamental, porque ellos constituyen lo que se denomina una renta, en lo demás sí lo es, dado que los bienes que como propios administra y maneja un establecimiento público descentralizado forman lo que se denomina su patrimonio autónomo.

La administración directa o delegada en otra persona de la Lotería de Cundinamarca que tiene la Junta General de Beneficencia, a falta de prueba en contrario, la ha recibido de la Asamblea de Cundinamarca, porque tratándose de una renta, es a esta corporación a la que corresponde, de conformidad con el artículo 43 de la Constitución, la creación en tiempo de paz de contribuciones, rentas o impuestos. Por eso el Código de Régimen Político y Municipal, en el numeral 37 del artículo 97, señala como atribución de las Asambleas: "Arreglar todo lo relativo a la organización, recaudación, manejo e inversión de las rentas del Departamento".

La Ley 64 de 1923 autorizó a los Departamentos establecer desde su vigencia una lotería "con premios en dinero y con el único fin de destinar sus productos a la asistencia pública (artículo 1º)". Y agregó: "Las loterías que existan en la actualidad en algunos Departamentos, destinadas exclusivamente a fines de beneficencia, podrán continuar funcionando con la misma organización que hoy tienen". (Artículo 3º).

Conclúyese que los productos de la Lotería de Cundinamarca, cuya administración tiene la Junta General de Beneficencia de Cundinamarca, están destinados a la beneficencia o asistencia pública y que ellos entran al patrimonio de dicho establecimiento público.

Este, por ser tal, tiene personería jurídica otorgada por la ley de 15 de agosto de 1869, el Decreto 825 de 2 de diciembre de 1885 y el artículo 80 de la Ley 153 si bien lleva en el manejo de los negocios y bienes que administra la representación de intereses públicos.

La Corte ha dicho al respecto: "El establecimiento público, es, pues, un organismo al servicio oficial pero con patrimonio propio, especial y permanente, distinto de los ingresos generales... que administra e invierte con autonomía". (G. J. T. 52 págs. 566, 567 y 568).

"Y desde que estos establecimientos poseen su propia individualidad jurídica, en defensa de los intereses para cuya guarda han sido creados, están investidos de todas las acciones que puede tener un particular, contra cualquier otra persona, aún de carácter administrativo, incluyendo el mismo Estado. (Jurisprudencia Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Néstor Pineda. T. I pág. 208).

Esta es también la doctrina de los autores de Derecho Administrativo.

Así Guido Zabonini, respecto de la facultad de administración que tienen los entes autónomos, expresa: "...la autarquía puede definirse como la capacidad reconocida al ente para administrarse a sí mismo, o sea, actuar para la consecución de sus propios fines mediante el ejercicio de una actividad administrativa que tiene la naturaleza y los efectos de la administración pública o sea, la administración propia del Estado". (Curso de Derecho Administrativo T. I pág. 167).

Y Enrique Sayagués Laso expone: "Los entes autónomos son personas públicas estatales. Generalmente la ley expone en forma expresa la personalidad jurídica. Pero aunque el legislador nada hubiese dicho, debe admitirse la misma solución. Esto es lógico porque teniendo el ente autónomo plenos poderes para actuar, constituye un centro de administración independiente que actúa en el campo del derecho como una unidad con vida propia". (Tratado de Derecho Administrativo T. II pág. 169).

Siendo la Junta General de Beneficencia de Cundinamarca un establecimiento público con personería jurídica reconocida expresamente por las normas legales precitadas, cuya finalidad principal es la de "administrar todos los intereses pertenecientes a los establecimientos de beneficencia y caridad, cuidando de la fiel recaudación e inversión de sus rentas"; teniendo la administración directa y delegada por ella de la Lotería de Cundinamarca, cuyos productos ha destinado la ley a la beneficencia o asistencia pública y entran o ingresan a sus fondos, no a los del Departamento; obrando con

completa autonomía en cuanto a la administración de la Lotería, pues por sí misma asume su administración directa, o la delega; y habiendo celebrado con Nazario Gómez Pinzón el contrato de administración delegada en nombre propio, no queda la menor duda de que ella es la que debe responde de todas las obligaciones que surgieron del sorteo efectuado el 2 de diciembre de 1957, en el cual salió premiado el número 0394, porque el delegado en la administración obraba en representación de la Junta General de Beneficencia de Cundinamarca.

Estas deducciones llevan a afirmar que la Junta General de Beneficencia de Cundinamarca no es delegada del Departamento del mismo nombre en la administración de la Lotería de Cundinamarca, ni que, por consiguiente, obra como mandataria de él, ni que sea el Departamento el que deba responder en este litigio, sino la Junta misma, representada por su Síndico.

En este orden de ideas, la titularidad o legitimación pasiva en causa, radica en la Junta y, por lo mismo, el Tribunal no violó al no darles aplicación los artículos del C. C. 1505, que considera ejecutados por el mandante los actos cumplidos por el mandatario; 2142, que define el contrato de mandato; 2161, que impone al mandante el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el procurador dentro de los límites del mandato, porque, como queda expuesto, la Junta General de Beneficencia tiene personería autónoma y administrativa con patrimonio que le es propio.

La conclusión del Tribunal deducida de lo preceptuado por el artículo 2177 del Código Civil, referente a que la Beneficencia debe responder ante terceros por haber negociado los billetes del sorteo a nombre propio siendo mandataria del Departamento, es una aplicación indebida de esa norma pero intrascendente en casación, por lo ya expuesto y por el carácter confirmativo que dicha conclusión tiene de los razonamientos con que el sentenciador acepta la legitimación en causa o titularidad de la Junta para responder de las consecuencias de este litigio.

El cargo no puede prosperar.

Segundo Cargo

La exposición del segundo cargo se resume así:

Motivó este litigio la orden del Inspector Distrital de Juegos de que se repitiera la jugada de la tercera máquina, la cual dió como resultado que en el lugar de las decenas el número 7 sustituyera al número 9, que, según se dice, resultó favorecido inicialmente.

Oportunamente se alegó la excepción de fuerza mayor, que fue desechada por el Tribunal "por considerar que la orden del Inspector de Juegos no tenía el carácter de irresistible por cuanto dicho funcionario... solo ejerce funciones de simple vigilancia".

"La Ley 64 de 1923 (artículo 6º) ordena que la celebración del sorteo sea presenciada por la primera autoridad política del lugar; la Ordenanza 52 de 1914 manda que 'todo sorteo se llevará a efecto bajo la inmediata vigilancia del Alcalde o de quien legalmente pueda representarlo'. El Acuerdo 32 de 1929, en su artículo 1º restablece la vigilancia de juegos; por medio del artículo 12, regla 3ª lo autoriza para suspender aquellos juegos que no estén de acuerdo con las leyes y el artículo 13 le asigna el carácter de funcionario de instrucción; y por último, el Acuerdo 28 de 1932 ordena que todo lo relacionado con el funcionamiento, instalación etc. dependerá de la Inspección de Juegos". Continúa el recurrente exponiendo que la presencia del Inspector de Juegos en el acto de un sorteo no es la de un convidado de piedra, como lo considera el Tribunal; porque su misión es la de tomar parte activa en la celebración del sorteo y cuidar que en ella no se cometan irregularidades "sus actos llevan el sello de autoridad y si puede ordenar el cierre de un establecimiento o la suspensión de un determinado juego, podrá, con mayor razón, ordenar la repetición de una determinada jugada". Sus órdenes son de estricto cumplimiento. Otra cosa es que el perjudicado con ellas pueda reclamar de la entidad de que depende la indemnización de perjuicios conforme a los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. "Por lo tanto, las órdenes del Inspector Distrital de Juegos sí tienen el carácter de irresistibles y por ende, es un caso de fuerza mayor liberatorio".

Las órdenes de autoridad son irresistibles porque a los ciudadanos no les es dado discutirlas, desobedecerlas o eludirlas con pretexto de que son abusivas. Son también imprevisibles, porque la arbitrariedad no se puede prever y es de presumir que el funcionario acomoda sus actos a la ley.

Alude a que el Tribunal consideró que en la configuración del caso fortuito faltaron la imprevisibilidad y la ausencia de culpa del deudor, porque "el utilizar en un sorteo una máquina que al ser accionada no marque netamente una cifra es un hecho previsible, que se debe imputar a la empresa de juegos".

La descentrada de la tercera rueda fue un hecho imprevisto y sin culpa, porque muy posiblemente era la primera vez que tal cosa sucedía, pues si el descentrarse las ruedas fuera un hecho frecuente, no aparece la prueba que así lo acredita, la cual por ser de excepción corresponde al demandante.

El Inspector de Juegos, funcionario con autoridad competente, ordenó la repetición de la jugada; la Lotería no podía, no puede oponerse a cumplir la orden; ni tampoco podía prever la descentrada de la máquina, porque esto no había ocurrido antes.

De lo anterior concluye que el Tribunal interpretó erróneamente las normas citadas de la Ley 64 de 1923, de la ordenanza y de los acuerdos citados, lo cual lo indujo a interpretar equivocadamente el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 y a no dar aplicación al artículo 1604 del Código Civil.

Y sintetiza el cargo diciendo que la sentencia acusada violó por interpretación errónea el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 en razón de haber estimado que la orden dada por el Inspector Distrital de Juegos no constituyó un caso de fuerza mayor que liberara a la Beneficencia de Cundinamarca y en consecuencia dejó de aplicar el artículo 1604 del C. Civil.

La Corte Considera:

Es principio regulador del recurso extraordinario de casación que la Corte en el despacho de él debe aceptar los hechos como los admitió el Tribunal, y que no puede ocuparse de su decisión sino cuando se formulan cargos por yerros en la apreciación de las pruebas aducidas para su demostración.

La fuerza mayor o caso fortuito se define por el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 como "el imprevisto a que no es posible resistir". La Corte, en aplicación de esta norma, considera que la fuerza mayor "consiste en el acontecimiento imprevisible e irresistible que impide a una persona cumplir su obligación, ya contractual, ya legal, como es la de no dañar injustamente a otro: **alteri non laedere**. Tiénese, así como características estructurales de la fuerza mayor o caso fortuito, la imprevisibilidad y la irresistibilidad del suceso (artículo 1º, Ley 95 de 1890), con las cuales concurre para fundar la exoneración del demandado la condición consistente en la inimputabilidad". (Sentencia de 31 de mayo de 1965 aún no publicada. Juicio ordinario de Josefina Conde de Zúñiga contra Aerovías Nacionales de Colombia - Avianca).

Siendo una cuestión de hecho esta eximente de responsabilidad contractual, cuya apreciación corresponde en forma autónoma al Tribunal de instancia, la Corte debe respetar en el presente caso, la negativa del sentenciador a declarar probada la excepción de fuerza mayor, porque la orden de repetir el sorteo de la cifra de las decenas carecía de los requisitos de irresistibilidad, imprevisibilidad y ausencia de culpa.

Ante esta realidad procesal, el censor acusa el fallo del Tribunal por interpretación errónea del artículo 1º de la Ley 95 de 1890, en razón de haber estimado que la orden del Inspector no constituye fuerza mayor que libere a la Beneficencia del pago que se impetra en esta litis, y de que, en consecuencia, dejó de aplicar el artículo 1604 del Código Civil.

Aunque el libelo no expresa la causal de casación, lo que constituye una falta de técnica en la sustentación del recurso, fácilmente se infiere que se trata de la primera consagrada en el artículo 520 del C. Judicial, que dice: "Ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea.

La admisión del cargo implicaría para la Corte volver sobre la consideración de la prueba del hecho en que se hace consistir la fuerza mayor, lo cual no lo permite la naturaleza del recurso, como ya se dijo, sino cuando se presenta la censura de haber incurrido el sentenciador en error evidente de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba pertinente.

No siendo así, la tacha, basada en interpretación errónea y falta de aplicación de la ley sustancial es improcedente, dado que no habiéndose establecido el hecho en que se hace consistir la fuerza mayor, no puede haber violación del artículo 1º de la Ley 95 de 1890, que la define, ni del 1604 del Código Civil, que le da al caso

fortuito o fuerza mayor el poder de eximir de responsabilidad al deudor.

En mérito de las razones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez de julio de mil novecientos sesenta y dos, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Jorge Escobar contra la Beneficencia de Cundinamarca.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente 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.

ACCION REIVINDICATORIA

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

(Magistrado ponente: doctor Flavio Cabrera Dussán).

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso la parte demandante en este juicio, en relación con la sentencia de 8 de marzo de 1965, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

- I -

ANTECEDENTES

1.—En el juicio de sucesión de JOSE MARIA GONZALEZ QUINTERO, que cursó en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Manizales, se inventarió un solar con casa de habitación, situado en el barrio de "La Avanzada", de aquella ciudad, de quince (15) varas de frente por veintiocho (28) de fondo, más o menos, determinado así: "De un mojón de piedra que está al pie de un lechudo (árbol), lindando con Crisanto Gómez; de aquí a otro mojón de piedra que está a la raíz de un papayo, a lindes con Nepomucena Jaramillo de Orozco; de aquí lindando con la pared de la casa, a salir al camino viejo que va para Neira; camino abajo hasta ponerse al frente de un cabuyal; por el cabuyal arriba, lindando con Ramón Flórez, al primer lindero". Según se dijo al relacionar este bien en los inventarios, fue adquirido por el causante y su cónyuge, señora Clara Rosa Muñoz, en virtud de compra hecha a Francisco Antonio Gaviria, mediante la escritura número 552 de 18 de junio de 1921, otorgada en la Notaría Segunda de Manizales, registrada el 29 de los mismos.

2.—El fundo de que se trata fue avaluado en la sucesión del nombrado José María González Quintero en la suma de ocho mil cuatrocientos pesos ($ 8.400,00) moneda corriente, y adjudicado así: un derecho de mil ochenta pesos ($ 1.080,00), a la cónyuge sobreviviente, Clara Rosa Muñoz; y un derecho de dos mil cuatrocientos cuarenta pesos ($ 2.440,00) moneda legal, a cada uno de los hijos legítimos del causante, llamados José María, Silverio Antonio y Gabriel González Muñoz. La partición fue aprobada por sentencia del Juez el 6 de junio de 1956 y registrada el 12 de septiembre siguiente; y el juicio de sucesión se protocolizó en la Notaría Segunda de Manizales por escritura número 1912 de 31 de octubre de dicho año.

3.—Por escritura número 1678 de 24 de septiembre de 1956, de la misma Notaría, debidamente registrada, Clara Rosa Muñoz viuda de González vendió a Serafín Custodio González Muñoz su derecho de un mil ochenta pesos ($ 1.080,00), que le fue adjudicado en el inmueble a que se ha hecho referencia.

4.—Gabriel, Silverio Antonio y Serafín Custodio González Muñoz, demandaron a José María González Muñoz, ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales para que mediante los trámites de un juicio divisorio, se verificase la partición del fundo relacionado. El 26 de febrero de 1959 el bien común fue sacado a remate, habiendo hecho postura el comunero Silverio Antonio González, a quien le fue adjudicado, según diligencia de remate de esa fecha. Tal remate fue aprobado por auto de 3 de marzo de 1959 y registrado el 23 de abril del mismo año, en el libro número primero pares, folios 502 y 503, partida Nº 499.

- II -

EL LITIGIO

5.—Con base en los hechos anteriormente relacionados y también con fundamento en que José María, Serafín y Gabriel González Muñoz se apoderaron del inmueble desde la fecha del remate y en que el rematador ha agotado todos los recursos especiales para entrar en posesión

de lo que le fue adjudicado, sin haber podido lograrlo, Silverio Antonio González, demandó a los nombrados José María, Gabriel y Serafín González Muñoz, para que previos los trámites de un juicio ordinario, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera.—Que mi mandante, Silverio Antonio González, de las condiciones civiles anotadas, es dueño del inmueble a que se refiere el hecho segundo de esta demanda;

"Segunda.—Que se condene a los demandados a restituír al demandante Silverio Antonio González, seis días después de la ejecutoria de la sentencia, el inmueble a que se refiere la petición anterior con todas sus mejoras, anexidades y accesiones.

"Tercera.—Que se condene a los demandados a pagar a mi mandante, Silverio Antonio González, previos los trámites señalados en el artículo 553 del C. Judicial, los frutos naturales y civiles del inmueble a que se refieren los numerales anteriores, considerándolos como poseedores de mala fé.

"Cuarta.—Que deben pagar las costas del juicio".

Los demandados contestaron separadamente la demanda, así: José María se opuso a las pretensiones del actor y propuso la excepción de prescripción adquisitiva del dominio, porque "posee el inmueble de que habla la demanda, sin interrupción alguna, desde hace más de 25 años"; Serafín Custodio expresó que el demandante sabía, cuando se hizo el remate del inmueble, que éste estaba poseído únicamente por José María González y denunció el pleito a su tradente, Clara Rosa Muñoz viuda de González, para lo cual presentó el título respectivo; y Gabriel también dijo que quien tenía la posesión material y retenía la cosa en su poder era José María. "Entiendo —expresó este demandado— que el actor estableció antes una demanda contra José María González Muñoz sobre el mismo inmueble, que no le dio resultado por no haberla enderezado contra todos los que fueron condueños".

El Juez del conocimiento, o sea el Primero Civil del Circuito de Manizales, cerró la primera instancia del juicio con fallo de 14 de marzo de 1964, en el cual se decidió lo siguiente:

"1).—Declárase no probada la excepción de prescripción adquisitiva extraordinaria alegada en este proceso por el litigante José María González M.

"2).—Declárase que el demandante Silverio Antonio González, de las condiciones civiles anotadas en este juicio, es dueño del inmueble a que se refiere el hecho segundo del libelo de demanda.

"3).—Condénase al litigante José María González M. a restituír, seis (6) días después de la ejecutoria de esta sentencia, el inmueble a que se refiere la declaración anterior, restitución que deberá hacerse con todas sus mejoras, anexidades y accesiones.

"4).—Condénase al litigante José María González M. a pagar al demandante Silverio Antonio González, previos los trámites señalados en el artículo 553 del C. J. los frutos naturales y civiles del inmueble aludido, a partir de la fecha de la contestación de la demanda.

"5).—Absuélvense a los litigantes Gabriel y Serafín González M. de todos los cargos que les fueron formulados en el libelo inicial de este proceso.

"6).—Costas: a cargo del litigante vencido".

- III -

LA SENTENCIA IMPUGNADA

6.—El demandado José María González apeló del fallo de primera instancia, y, tramitado el segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, profirió la sentencia de 8 de marzo de 1965, por la cual revocó la de primer grado en lo que era materia de recurso, y en su lugar absolvió al demandado apelante de los cargos que se le formularon, condenando en costas de la primera instancia a la parte actora.

Recuerda el Tribunal los cuatro elementos estructurales de la acción reivindicatoria, analiza las pruebas allegadas al juicio y encuentra demostrados el dominio del actor sobre el fundo objeto de la litis, la calidad de cosa singular que tiene el inmueble materia de la reivindicación, la identidad del mismo y la posesión del demandado José María González M.

Respecto del dominio dice la sentencia:

"Sobre el elemento de la acción incoada consistente en el dominio del actor sobre el mencio-

nado bien raíz, fueron aportadas por él las siguientes pruebas:

"Copia de la diligencia de remate llevada a cabo, dentro del juicio divisorio que entre todos los interesados en este juicio se siguió ante el señor Juez Primero Civil del Circuito de Manizales, el día 26 de febrero de 1959. Diligencia en la cual le fue adjudicado en propiedad, al actor en el presente juicio el inmueble tantas veces mencionado, distinguido por la ubicación, linderos y dimensiones ya expresados. El remate fue aprobado por auto de 3 de marzo siguiente, y registrado en la oficina de Registro de Manizales el 23 de abril del mismo año.

"Las hijuelas de adjudicación que sobre el mismo inmueble se hicieron, en la partición verificada en el juicio de sucesión del señor José María González Q., en favor de los señores José María González M., Silverio Antonio González M., Gabriel González M. y Clara Rosa Muñoz. De conformidad con estas hijuelas, a los tres primeros citados se les adjudicó, a cada uno, y en proindivisión con los demás, una cuota por valor de $ 2.400,00, en proporción de un avalúo de $ 8.400,00 y a la última una cuota de $ 1.800,00 en proporción al mismo valor expresado. A las hijuelas se acompañó copia de la sentencia aprobatoria de la partición, con las constancias de su registro, hecho en debida forma en la oficina de Registro mencionada el 12 de septiembre de 1956.

"Copia de la escritura pública número 1678 de 24 de septiembre de 1956, otorgada en la Notaría Segunda de Manizales y registrada en la oficina de Registro de esta ciudad el 24 de los mismos (sic, el 8 de noviembre de 1956, anota la Corte), por medio de la cual la señora Clara Rosa Muñoz viuda de González vendió al demandante la cuota o parte que sobre el inmueble ameritado le fue adjudicada en la sucesión del señor José María González Q.

"Y dos certificados del señor Registrador de Instrumentos Públicos de Manizales, en los cuales consta, además de lo expresado en los títulos aludidos, que el registro de la diligencia de remate de que se hizo mérito se encuentra vigente, pues no ha sido cancelado por ningún medio legal, y que el mismo inmueble, con anterioridad a la muerte del señor José María González Q., había sido adquirido por éste y por su esposa Clara Rosa Muñoz, por compra hecha al señor Francisco Antonio Gaviria, conforme a la escritura número 552 de 18 de junio de 1921, otorgada en la Notaría Segunda de Manizales y registrada como allí se dice, el 29 de los mismos mes y año.

"De los títulos y certificados del Registrador aportados al juicio por el actor, haciendo abstracción de la posesión que sobre el mismo inmueble alega el demandado, se tendría que en realidad, como lo admitió el señor Juez de la primera instancia, resulta probado el elemento de la acción consistente en el dominio del actor sobre el inmueble que se reivindica. Pero como estos títulos sólo se remontan a la fecha en que se registró la partición de la sucesión del causante José María González Q., o sea hasta el 12 de septiembre de 1956, y el demandado José María González M., desde su contestación a la demanda viene alegando sobre el mismo predio una posesión material que dice remontarse a una época anterior al registro de las hijuelas citadas, para poder saber quién tiene mejor derecho al inmueble disputado, si el actor o el demandado José María González M., es menester relacionar los títulos del actor con la posesión del citado demandado".

El Tribunal analiza luego los testimonios referentes a la posesión del demandado José María González M., y considera que tal posesión es anterior al título del demandante. "...Se deduce de ello —dice el fallo acusado— que José María González M. ha demostrado una posesión desde 1938 hasta el presente, sobre el inmueble de que trata la demanda. Posesión que es muy anterior a la fecha del registro de las hijuelas aportadas al juicio por el demandante, que son los títulos más antiguos presentados por éste, por lo cual esa posesión prevalece sobre ellos. Se advierte que en uno de los certificados del Registrador presentados como prueba del actor, aparece que el inmueble fue adquirido antiguamente por el causante señor José María González Q. y por su esposa señora Clara Rosa Muñoz, por escritura Nº 552 de 18 de junio de 1921, otorgada en la Notaría Segunda de Manizales, y registrada el 29 de los mismos mes y año, pero esta escritura no obra como prueba en el juicio".

Finalmente dice el Tribunal que la sentencia del Juzgado debe ser revocada en cuanto al demandado José María González M., por ser su posesión anterior al título aducido por la parte demandante; y que como esta conclusión surge de no haberse demostrado plenamente la acción reivindicatoria, en todos los elementos que la configuran, por parte del actor, no hay lugar a estudiar la excepción de prescripción adquisi-

tiva del dominio alegada por el demandado recurrente.

- IV -

EL RECURSO

7.—Con apoyo en la causal primera de casación, la parte demandante formula un cargo único contra la sentencia del Tribunal, por error de derecho en la apreciación de las hijuelas tomadas del juicio de sucesión de José María González Quintero, y del acta de remate, junto con el auto aprobatorio de la misma y correspondiente nota de registro, tomada del juicio divisorio seguido por Gabriel, Silverio Antonio y Serafín Custodio González Muñoz contra José María González Muñoz.

En desarrollo del cargo dice la censura que el demandante Silverio Antonio Muñoz, acompañó las hijuelas de José María González, Clara Rosa Muñoz viuda de González y Gabriel González Muñoz, debidamente expedidas por la Notaría Segunda del Circuito de Manizales y completadas con la constancia del registro; que igualmente acompañó al escrito de demanda una copia auténtica de la diligencia de remate, de su auto aprobatorio y de la correspondiente nota de registro, expedida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales; que estas pruebas, como era obvio, fueron analizadas por el sentenciador al considerar el dominio de la parte actora, pero que a pesar de esa apreciación el Tribunal dejó de lado un aspecto probatorio muy importante, que se desprende del contenido mismo de los documentos y que consiste en el hecho indiscutible de que el demandado José María González Muñoz, intervino como parte tanto en el juicio sucesorio de José María González Quintero, en calidad de heredero, como en el juicio divisorio propuesto por los adjudicatarios Gabriel, Silverio Antonio y Serafín González Muñoz contra el nombrado José María; que "es evidente, por tanto, que en los dos procesos que culminaron en el mes de junio de 1956 y en el mes de abril de 1959, el demandado José María González Muñoz aceptó tácitamente la existencia de la comunidad; y su aceptación fue confirmada por la declaración de su existencia, de manera expresa, por sentencias que lo afectaron al producirse el fenómeno procesal de orden público conocido con el nombre de cosa juzgada sustancial"; que el fallador "lejos de captar el alcance probatorio de los documentos a que me he referido, recibió declaraciones que los contradicen, por cuanto ellas pretenden establecer una posesión exclusiva del demandado José María González Muñoz, con anterioridad a los años de 1956 y 1959, cuando en virtud de la fuerza probatoria de los documentos acompañados a la demanda, quedaba establecida la existencia de una comunidad, incompatible con la posesión exclusiva que alega el demandado"; que el desconocimiento de la comunidad, supone una restricción del valor probatorio de plena prueba que corresponde a los documentos que la establecen, lo cual implica por parte del sentenciador, la violación directa de los artículos 630 y 632 del Código de Procedimiento Civil, al negar el Tribunal a la prueba atacada el alcance probatorio pleno que le corresponde; que esta violación lo llevó a quebrantar indirectamente, como consecuencia del error de derecho en que incurrió, los artículos 473 del C. J., 950 y 669 del C. C., por falta de aplicación; y los artículos 762, 2518, 2532 también del C. Civil, modificado este último por el artículo 1º de la Ley 50 de 1936, 2º y 5º de la Ley 120 de 1928 y 1º de la Ley 51 de 1943, por indebida aplicación; y que de no haber sido por el error de derecho en que incurrió el Tribunal, se habría reconocido al demandante el ejercicio de la acción reivindicatoria por él instaurada.

La Corte considera:

8.—Aparece que el actor acompañó a la demanda su propia hijuela y las de José María González, Gabriel González y Clara Rosa Muñoz viuda de González, con las correspondientes notas de registro, tomadas del juicio de sucesión de José María González Quintero, el cual fue protocolizado en la Notaría Segunda de Manizales por escritura pública número 1912 de 31 de octubre de 1956.

También resulta que el demandante adujo copia de la diligencia de remate y del auto aprobatorio del mismo, con la correspondiente nota de registro, verificado en el juicio divisorio de Gabriel, Silverio Antonio y Serafín González Muñoz contra José María González, el cual cursó en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales.

Y es evidente que las hijuelas primeramente citadas demuestran que José María González Muñoz admitió en el mencionado juicio de sucesión, el condominio de los otros adjudicatarios de cuotas en el inmueble, señores Silverio Antonio González, Gabriel González y Clara Rosa

Muñoz viuda de González; como también es no menos evidente que la copia de la diligencia del remate del fundo, adjudicado a Silverio Antonio González en el referido juicio divisorio en que fue parte el demandado, demuestra que por virtud de ese remate los derechos de dominio que en el inmueble tenía José María González Muñoz, quedaron transferidos al actor, Silverio Antonio González.

El mérito probatorio de tales documentos sobre los extremos de derecho sustancial de que acaba de hablarse es, pues, manifiesto. Vale decir, que ellos demuestran que el derecho de dominio que el demandado hubiera tenido o podido tener en el bien raíz de que se trata, quedó radicado en cabeza del demandante, con exclusión de aquél.

Por lo tanto, el Tribunal al desconocer el alcance probatorio de los documentos de que se trata, en cuanto no les otorgó la eficacia demostrativa de que acaba de hablarse, por haber tomado en cuenta la pretendida posesión del demandado independientemente de su vinculación a los referidos juicios de sucesión y divisorio, olvidando el poder traslaticio del remate verificado en el último y de que dan cuenta los tantas veces citados documentos, infringió los textos de derecho probatorio con que se relaciona el cargo y, por esta vía, quebrantó claramente, como lo alega el impugnante, los siguientes preceptos del Código Civil: el artículo 950 por no haberlo aplicado a la solución del pleito, cuando era el caso de hacerlo; y el 762 en su inciso 2º, por indebida aplicación de la presunción que éste consagra, al haber preferido al demandado como poseedor y reputarlo implícitamente como dueño frente al demandante, con desconocimiento del dominio de éste, comprobado por los títulos a que el sentenciador no reconoció la plenitud de su eficacia.

De este modo el Tribunal incurrió en error en la apreciación de las pruebas a que se refiere la censura, error que lo llevó a desconocer el derecho del actor a reivindicar el inmueble a que se refiere la demanda.

Luego el cargo prospera y debe la Corte proferir el fallo a que haya lugar.

9.—El título de dominio del demandante es la diligencia de remate verificada el 26 de febrero de 1959 en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales, en el juicio divisorio adelantado por Gabriel, Silverio y Serafín González Muñoz contra José María González Muñoz, aprobado por auto de 3 de marzo de 1959, y registrado el 23 de abril del mismo año.

La cosa materia de la acción reivindicatoria es un bien raíz debidamente especificado en la demanda por su situación y linderos, que coinciden con las especificaciones contenidas en el acta de remate, o sea en el título del demandante.

El demandado José María González M. aceptó estar en posesión del inmueble, pues al contestar la demanda admitió y confesó tal posesión, alegando inclusive prescripción extraordinaria de dominio. Por lo expuesto al resolver el cargo objeto de la censura, dicha posesión no puede tener prevalencia con anterioridad al título del actor.

Con esta misma confesión y con la inspección ocular practicada en el juicio, quedó acreditada la identidad entre el fundo de cuya reivindicación se trata, con la cosa poseída por el demandado.

Se reúnen, en consecuencia, los elementos estructurales de la acción de dominio, la cual debe, por tanto, ser despachada en forma favorable a las pretensiones del demandante.

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, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este juicio, con fecha ocho (8) de marzo de mil novecientos sesenta y cinco (1965), y como juzgador de instancia,

RESUELVE:

1º—Confírmase la sentencia de primer grado, pronunciada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales el catorce (14) de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964).

2º—Sin costas en casación.

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 SIMULACION

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

(Magistrado ponente: doctor Ignacio Gómez Posse).

Se le pone fin al recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial el 20 de enero de 1965.

ANTECEDENTES

MARGARITA LASPRILLA DE CUBIDES citó en juicio ordinario a SERVANDO CUBIDES MORALES y ETELVINA CHAVISTA Vda. DE MARTINEZ para que por la jurisdicción se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—La declaración de la extinción por simulación del contrato de compraventa que consta en la escritura pública Nº 1.123 de fecha 24 de marzo de 1961 otorgada en la Notaría 7ª de Bogotá, declarando que el negocio de compraventa efectuado entre Servando Cubides y la señora Etelvina Chavista v. de Martínez es un contrato simulado o inexistente porque no existió en absoluto la intención de contratar, es decir, vender por parte del vendedor ni comprar por parte de la vendedora (sic) ni hubo pago del precio estipulado".

"Segunda.—La declaración consecuencial de que los bienes raíces objeto de aquella convención no salieron del patrimonio de Servando Cubides y le pertenecen por lo tanto a éste, declarando que prevalece la propiedad anterior".

En los pedimentos tercero y cuarto se pide la cancelación del registro de la precitada escritura y la inscripción de la correspondiente sentencia en los libros de registro pertinentes.

Por la súplica quinta se pide que se declare que los demandados son los responsables de los perjuicios sufridos por la actora como consecuencia de la "supuesta negociación celebrada entre ellos y declarada inexistente".

En las súplicas sexta y séptima se solicita que los demandados deben pagar las costas del juicio y restituír los frutos de la cosa, respectivamente.

Como hechos esenciales se anotan los siguientes:

Margarita Lasprilla de Cubides contrajo matrimonio católico con Servando Cubides el 1º de agosto de 1950.

Durante ese matrimonio fueron adquiridos los bienes "que pertenecen a la sociedad conyugal y que se determinan en la demanda, o sean, dos casas de habitación ubicadas en Bogotá con sus correspondientes solares, la primera adquirida por el demandado Cubides "por compra hecha a Martín Antonio Parroquiano y Filomena Cubides de Parroquiano, según escritura pública Nº 2.914 de 11 de julio de 1960, otorgada en la Notaría 7ª de esta ciudad" y la segunda habida por el mismo Cubides según escritura pública Nº 1863 de la misma notaría el 9 de mayo de 1960.

Los cónyuges Cubides-Lasprilla "no otorgaron capitulaciones matrimoniales y durante la sociedad conyugal, como se dijo anteriormente, éste adquirió los bienes conyugales vendidos por el demandado Servando Cubides a Etelvina Chavista v. de Martínez, según escritura Nº 1.123, ya citada".

El día anterior a la compraventa de que se acaba de hablar "para recaudar fondos con destino al pago de las costas de la escritura de venta hecha a Etelvina Chavista v. de Martínez, Servando Cubides por escritura Nº 1.081 de fecha 23 de marzo de 1961 hipotecó a Luis A. Vega la casa de Tunjuelito por $ 6.000.00.

La actora afirma que Etelvina Chavista v. de Martínez compradora de la totalidad de los bienes de Cubides es madre de la señora Flor

Liz Martínez, concubina del vendedor de quien Cubides tiene varios hijos.

"El vendedor Cubides después de realizada la transacción comercial cuya inexistencia se pide ha seguido administrando y cobrando la renta de los inmuebles vendidos o sea, considerándose como dueño y poseedor material de los bienes objeto del contrato de compraventa realizado con la señora v. de Martínez, quien se comporta como una extraña en el negocio, pues no fue a visitar los inmuebles que se proponía adquirir antes del negocio, ni se hizo reconocer de los arrendatarios.

"La compradora es una persona pobre que vive en una modesta casa del barrio Quiroga que está pagando a plazos y en su declaración de renta no figura un patrimonio de $ 60.000.00, ni tenía cuenta bancaria ni de ahorros, por tal suma.

"En el Juzgado 3º del Circuito en lo Civil cursa un juicio de alimentos promovido por la señora Margarita Lasprilla de Cubides contra su esposo, en el que se pidió el secuestro de las casas "objeto de la operación simulada". En el mismo juzgado cursa un juicio de liquidación de la sociedad conyugal entre los cónyuges Cubides-Lasprilla.

"Cubides no ha celebrado ninguna transacción comercial que lo obligara a desprenderse de la totalidad de sus bienes y únicamente simuló la venta para eludir sus obligaciones legales".

Durante el matrimonio Cubides-Lasprilla, fue procreada la niña Martha Inés Cubides Lasprilla, quien está en edad escolar; su padre Servando Cubides ha seguido pagando y contratando las reparaciones de las casas supuestamente vendidas.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

La sentencia que es materia del recurso revocó la del inferior en cuanto declaró que el contrato de compraventa contenido en la escritura pública Nº 1123 de 24 de marzo de 1961 de la Notaría 7ª de Bogotá "es nulo de nulidad absoluta por carecer de verdadera intención de vender y de comprar por parte de los contratantes; y de causa real por falta de entrega verdadera del precio estipulado como precio de la venta", haciendo las demás condenaciones de acuerdo con las súplicas de la demanda. El fallo del Tribunal, negó además, las peticiones de la demanda y absolvió a la parte demandada, con costas a cargo del actor.

La providencia del Tribunal expone las siguientes consideraciones para llegar a proferir el fallo que ha sido objeto del recurso:

"Pretensión y pruebas. — Del contexto de las súplicas de la demanda y de los hechos que les sirven de fundamento aparece de manera indubitable que la pretensión de la parte actora se encamina a obtener la declaración judicial de que el contrato de compraventa recogido en la escritura Nº 1123 a que se hizo referencia es absolutamente simulado, "porque no existió en absoluto la intención de contratar"; que consecuencialmente, los inmuebles materia del contrato no salieron del patrimonio del vendedor Cubides, y que se condene a los demandados a restituír los frutos de los inmuebles y a pagarles los perjuicios que le causaron con la negociación.

El Juzgado del conocimiento, no obstante la forma clara como se ejercita la acción de simulación absoluta al expresarse en el libelo que no existió en modo alguno la intención de vender por parte del vendedor ni de comprar por parte de la compradora, que es precisamente lo que caracteriza ese fenómeno jurídico, consideró que 'no aparece en forma nítida que la acción intentada sea la de simulación o sea la de nulidad absoluta' y en ejercicio de la facultad de que goza para interpretar la demanda llegó a la conclusión de que la acción ejercitada era la de nulidad, pues que en el libelo no se menciona "cuál fue el acto o contrato oculto ejecutado o celebrado entre los dos demandados".

"Esta interpretación que el a-quo hizo de la acción ejercitada es inadmisible por las siguientes razones:

"En todo caso de simulación, cualquiera que sea su grado, existe una discrepancia entre la voluntad y su declaración, producida adrede por las partes con el fin de engañar a terceros, no necesariamente para perjudicarlos. Se caracteriza, en consecuencia, por la coexistencia de dos actos: uno aparente, en el cual se contiene la declaración engañosa de las partes, y otro secreto que contradice o modifica el anterior y que es el que trasunta su verdadero querer.

"Cuando el acto oculto destruye totalmente los efectos del aparente, cuando las partes no han querido ninguna de las consecuencias que normalmente produce el ostensible, la simula-

ción se denomina absoluta. Y se le llama relativa cuando el acto secreto deja subsistentes algunos de los efectos del aparente. Así, tratándose de un contrato de compraventa hay simulación absoluta cuando las partes han convenido que ese acto no producirá el efecto normal de toda compraventa que es el de transmitir el derecho de dominio al comprador y que, por consiguiente, el testaferro aparente comprador está en la obligación de "devolverle la escritura" cuando el vendedor simulado se lo pida. En tal evento el acto secreto destruye totalmente los efectos del ostensible, puesto que no hubo intención de transferir el dominio por parte de quien aparece vendiendo, ni ánimo de adquirirlo por quien figura comprando. Y hay simulación relativa cuando quien aparece vendiendo sí quiso transferir el derecho de dominio al aparente comprador, y éste tuvo la intención de adquirirlo, mas no a título oneroso sino gratuito. En esta hipótesis el convenio secreto deja subsistentes los efectos del ostensible referentes a la transmisión del dominio, destruyéndolos únicamente en cuanto al carácter oneroso del contrato.

"No es exacto, por tanto, la tesis de que en la simulación absoluta no existe un convenio secreto que regule las relaciones entre las partes. Ese acuerdo secreto necesariamente tiene que existir puesto que de lo contrario no se estaría frente a un caso de simulación, ni se podría ejercitar la acción correspondiente, que, como se verá tiene por objeto hacer cumplir el acuerdo de voluntades recogido en el acto oculto.

"En sentencia del 16 de abril de 1959, resume la Corte el pensamiento del doctor Antonio Rocha sobre el particular, así:

" 'No es exacto que quienes hacen una venta ficticia no quieran nada ni estén ligados por ningún acuerdo de voluntad. Sí hay contrato, o mejor, como en toda simulación, existe otra voluntad contractual detrás de la aparente, ya que quien aparece como vendedor constituye a quien figura como comprador en un mandatario, testaferro, fiduciario, agente, para que le tenga en su cabeza la propiedad de aquél 'hasta nueva orden'.

" 'No hay ninguna diferencia entre este caso y aquél en que se transfiere la propiedad a otro para que a su turno la transmita a un tercero, como de simulación relativa aceptado por la doctrina que se comenta. Tanto es mandatario o testaferro el comprador aparente en el caso del encargo para transferir la cosa a un tercero como en el de la simulación absoluta, en que debe volverla a transferir al aparente vendedor. En uno y otro caso, para nosotros existe simplemente una acción de prevalencia de la verdadera voluntad que estaba oculta y privada entre las partes, invocable por el vendedor aparente contra el testaferro que se niega a cumplirlo; y que esa voluntad consista en devolver la propiedad al vendedor aparente o transferirla a un tercero, es cosa intrascendente' ".

LA ACUSACION

El recurrente hace una síntesis de los antecedentes del negocio. Merece destacarse el consignado en la letra e) que dice: "Como la cónyuge Margarita Lasprilla de Cubides propusiera contra su esposo Servando Cubides Morales, las acciones judiciales sobre suministro de alimentos y liquidación de la sociedad conyugal, el cónyuge Servando Cubides Morales, ante el solo anuncio de estas acciones judiciales y en actitud manifiestamente fraudulenta, procedió a enajenar íntegramente todo el patrimonio consistente en los dos inmuebles adquiridos durante el matrimonio que aparecen relacionados en el aparte c) de este resumen de hechos, supuesta enajenación a favor de Etelvina Chavista v. de Martínez, madre de la concubina de Cubides, según escritura pública 1123 de 24 de marzo de 1961, otorgada en la Notaría 7ª de Bogotá, tornándose así insolvente, para dejar sin posibilidades de eficacia jurídica los derechos de su consorte legítima sobre el patrimonio social".

Tres cargos formula el censor contra la sentencia proferida por el Tribunal que se sintetizan así:

Primer cargo:

"Acuso la sentencia... por ser esta violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea y fundo el recurso de casación concretando el cargo en la siguiente forma: El Tribunal en el fallo acusado incidió en error de derecho al interpretar la demanda, violando así, con infracción directa las normas de los artículos 1502, 1524, 1740, 1741 y 1849 del C. C. y el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, error de derecho evidente en los autos, en la apreciación de la demanda, con infracción de los citados preceptos de la ley sustantiva por interpretación errónea y aplica-

ción indebida al caso del pleito, y desarrollo así los diversos aspectos de este cargo en orden a su demostración:"

El recurrente transcribe el pedimento principal de la demanda y critica el paso de la sentencia en que expone que: "Aparece de manera indubitable que la pretensión de la parte actora se encamina a la declaración judicial de que el contrato de compraventa recogido en la escritura Nº 1.123 a que se hizo referencia es absolutamente simulado, porque no existió en absoluto la intención de contratar", y con base en este análisis errado, concluye que "la acción deducida es la de simulación absoluta del contrato... y no la acción de nulidad absoluta de ese contrato, es decir, estimó erróneamente que la acción ejercitada era simplemente la de simulación y no la de nulidad absoluta del referido contrato cuando esta es la verdadera acción que se ejercitó en la demanda", dice el recurrente.

Para sostener esa tesis expone el apoderado del actor que según el artículo 1502 del Código Civil para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad "es necesario entre otros requisitos que consienta en dicho acto o declaración y que el consentimiento no adolezca de vicio que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita; y cuando el artículo 1740 en armonía con el 1741 de la misma ley sustantiva prescribe que es nulo todo acto o contrato al que falte alguno de los requisitos que la ley impone para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes...". Se trata de nulidades absolutas que según el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 pueden y deben ser declaradas por el Juez sin petición de parte.

Que debido a que el Tribunal pasó por alto la anterior afirmación incidió en error de derecho cuando calificó como acción de simulación absoluta la demanda cuando en realidad se trata de una acción de nulidad absoluta y que esta acción fue la ejercitada y que al interpretarla como de simulación violó "por infracción ya directa ora indirecta" las normas atrás citadas.

Cita el recurrente alguna doctrina de la Corte que precisamente no sirve para fundamentar su pretensión en contra de la sentencia del Tribunal y acogiéndose a esa doctrina manifiesta que el fallador a pretexto de la facultad legal de interpretar la demanda "ha infringido las normas sustantivas señaladas y ha pretendido exigir términos sacramentales en la estructuración de la demanda para sacrificar el derecho a la forma...".

La Corte considera:

1º—En relación con este cargo que consiste en que el fallador incurrió en error de derecho en la interpretación de la demanda, se observa que la sentencia acusada expone una serie de razonamientos que están de acuerdo con las doctrinas sentadas por la Corte y que encuentran su clara expresión en el fallo de 8 de junio de 1954 (tº LXXVII pág. 788 y ss.). El sentenciador ha tomado en cuenta los hechos y súplicas de la demanda y de ellos infiere que la acción incoada ha sido la de simulación, que según la propia demandante llevó a "Cubides a desprenderse de la totalidad de sus bienes y únicamente simuló la venta para eludir sus obligaciones legales", situación expresamente reconocida también en la demanda de casación cuando el recurrente afirma que "la supuesta enajenación a favor de Etelvina Chavista v. de Martínez se realizó con el fin de que Cubides se declarara insolvente para dejar sin posibilidades de eficacia jurídica los derechos de su consorte legítima sobre el patrimonio social".

No incurrió, pues, el fallador en el error apuntado en la censura, pues la demanda expone, sin lugar a dudas, las peticiones y los hechos en que ella se apoya y que guardan entre sí una lógica concordancia jurídica. No tuvo el fallador que hacer ningún esfuerzo de interpretación sino que tuvo en cuenta el texto del libelo que contiene la expresa formulación de una acción de simulación a la cual le dio el tratamiento legal y doctrinario en la forma que queda expuesta en los considerandos de la sentencia del Tribunal.

Se rechaza el cargo.

Segundo cargo.

Acusa la sentencia "Por ser violatoria de la ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea en consecuencia de errores de hecho y de derecho, evidentes en los autos, tanto en la interpretación de la demanda como en la apreciación de las pruebas...".

Vuelve a insistir en el ataque por la apreciación hecha por el Tribunal en relación con la demanda y sostiene luego que el fallador infringió "con violación directa, las disposiciones de

los artículos 201, 1774, 1781 (numeral 5º) 1797, 1820 (numeral 3º) del Código Civil y los artículos 2º y 3º de la Ley 8ª de 1922, al negarle la legitimación en causa a la actora y al considerar que carecía de interés jurídico para proponer la acción. Sostiene que los bienes objeto del contrato de compra-venta que se acusa "Eran patrimonio y único patrimonio de la sociedad conyugal Servando Cubides - Margarita Lasprilla de Cubides, por haber sido adquiridos a título oneroso durante la sociedad conyugal de la cual es socio la cónyuge demandante y desconoce también el Tribunal sentenciador —dice el impugnante— con violación directa de las normas aquí invocadas y especialmente con infracción de los artículos 2º y 3º de la Iey 8ª de 1922 y 201 del Código Civil que la sabiduría del legislador reconoce interés jurídico-económico a la cónyuge, sobre los bienes, patrimonio de la sociedad conyugal, aún antes de haberse consumado la liquidación y disolución de la sociedad conyugal, toda vez que consagra a su favor el derecho para hacer efectivas las medidas preventivas tendientes a la seguridad de los intereses de los cónyuges, en la sociedad conyugal, aún antes de haber formulado la demanda de separación de bienes.... Pues el objeto de ese contrato no es otro que la enajenación de todo el patrimonio de una sociedad conyugal en la cual la demandante es socio con todos y cada uno de los derechos que esta condición de socio radica en su patrimonio...".

Tercer cargo.

Por este cargo se acusa la sentencia "por errores de hecho y de derecho evidentes en los autos en la apreciación de las pruebas y consecuencial infracción de la misma ley sustantiva por interpretación errónea e indebida aplicación en el caso del pleito...".

Para sostener este cargo se refiere a algunas de las respuestas dadas por el demandado Cubides en la absolución de posiciones en donde reconoce que es cierto que su esposa Margarita Lasprilla lo demandó en juicio de alimentos y que tiene varios hijos con la señora Flor Liz Martínez hija de Etelvina Chavista v. de Martínez.

Se refiere el censor a que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente en la apreciación de la copia de la sentencia proferida por el Juzgado 2º Civil del Circuito el 16 de marzo de 1964 por medio de la cual le fueron negados los pedimentos de la demanda de alimentos porque las entradas de la demandante son superiores a las de su marido, y que ese error se debe a que no obstante la dicha sentencia no se puede desconocer la calidad de acreedora alimenticia que tiene la cónyuge demandante como lo reconoce Servando Cubides en las aludidas posiciones.

Al analizar otro paso de la sentencia afirma "que la esposa legítima Margarita Lasprilla de Cubides, al ejercitar la presente acción judicial sí está obrando en defensa de sus derechos en la sociedad conyugal formada con el demandado, derechos que representan nada menos que sus alimentos y el pan de sus hijos legítimos". Concluye afirmando que en virtud de estas afirmaciones del Tribunal el fallador incurrió en los errores de hecho y de derecho que se dejan anotados.

No prospera la censura.

2º—El segundo cargo se inicia con una evidente falta de técnica en la demanda porque se involucra en él el error de hecho y al mismo tiempo el error de derecho; la Corte se ha pronunciado en varios fallos a este respecto. Se cita el del 24 de junio de 1965, aún no publicado, dictado en el juicio de Domingo Monsalve Muñoz contra Francisco Monsalve Muñoz y otro:

"En múltiples ocasiones lo ha repetido la Corte, que es contrario a la técnica de casación acusar por error de hecho y de derecho, simultáneamente, una determinada prueba, porque un proceder semejante va directamente en contra del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, según el cual ha de afirmarse si la violación de la ley, en el caso de errónea estimación de la prueba, tiene lugar por error de derecho o por error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Además, porque resulta contradictorio que la acusación se produzca en ambos sentidos, cuando la impugnación por error de valoración legal supone necesariamente que la prueba existe materialmente en el proceso y que ha sido estimada. Y siendo esto así no es posible hablar de error de hecho que implica desconocer la prueba que obra en el proceso o dar por militante en él una que allí no existe".

La acumulación en un mismo cargo de estos dos errores sería suficiente para rechazar esta censura; no obstante, por amplitud se considera la situación planteada por el recurrente en cuanto estima que el Tribunal incurrió en los errores que apunta el cargo al negarle a la actora

interés jurídico para poder proponer la acción, no siendo del caso volver a insistir, como lo hace el impugnante, sobre el error de derecho en la interpretación de la demanda.

En relación con el interés jurídico la sentencia razona en forma tan clara y dentro del ámbito de la doctrina sostenida por la Corte en diversos fallos, que se juzga bastante transcribir la parte respectiva de ella:

"El a-quo que consideró que el interés de la demandante para impetrar la nulidad de los actos realizados por su marido —que es el mismo que se requiere para demandar la simulación de tales actos— se hallaba plenamente establecido en el proceso, pues acreditó, de una parte, su condición de acreedora alimenticia de aquél, y de otra, la lesión que tales actos le causaron en sus derechos como socio de la sociedad conyugal formada por él".

".....

"No comparte la Sala las anteriores apreciaciones del juzgado por las siguientes razones:

"a) La sola calidad de cónyuge no da derecho a alimentos. Para ello es menester que concurran inexorablemente otros dos requisitos, de acuerdo con los artículos 419 y 420 del C. C.; la capacidad económica del alimentante y la falta de recursos del alimentario. Tales requisitos han de acreditarse en el correspondiente juicio de alimentos a fin de que en la sentencia se imponga al marido la correspondiente obligación alimenticia, y quede establecida la calidad de acreedora de la cónyuge".

"Así lo entendió el señor abogado de la demandante y de ahí que hubiera pretendido allegar al proceso la prueba de que Servando Cubides fue condenado a pagar alimentos a Margarita Lasprilla de Cubides. Acontece, sin embargo, que la prueba que pidió al respecto no fue evacuada, razón por la cual quedó sin acreditar ese hecho. En cambio, la parte demandada aportó copia de la demanda de alimentos promovida ante el Juzgado Segundo Civil de este circuito por Margarita Lasprilla de Cubides contra Servando Cubides y de la sentencia respectiva proferida el 16 de marzo de 1945, de la cual aparece que le fueron negados los pedimentos de la demanda porque las entradas de la demandante 'son superiores a las de su marido'.

"Significa lo dicho que no cumplió la demandante con el onus probandi que le incumbía de demostrar su condición de acreedora alimentaria del demandado Servando Cubides y, consecuencialmente , que su interés y, por ende, su legitimación en la causa, para demandar la declaratoria de simulación de los contratos celebrados por aquél en 1961, no se hallan establecidos en el proceso.

"b) A partir de la vigencia de la Ley 28 de 1932, 'durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquiera otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio y, en consecuencia, se procederá a su liquidación".

Entre los fallos de la Corte se cita el de 22 de agosto de 1940 (G. J. t. XLIX página 842) en el que se afirma que no todo "sujeto de derecho puede ejercitar la acción de simulación, necesita que se evidencie o se perfile en él claramente un interés jurídico actual, no de expectativa, y que ese mismo interés aparezca protegido por la ley, por resultar lesionado por el acto simulado y ejecutado sólo a merced de colusión o colusiones con extraños. Pero la mujer casada no puede en todos los casos y arbitrariamente, pedir que se decrete o declare que los actos contractuales ejecutados por el marido en relación con la sociedad conyugal adolecen de vicio; cuando persona en estas condiciones pretenda tal situación jurídica, ha de demostrar, a más de su estado civil su personería o interés jurídico actual que le acompañe, sencillamente, porque, se repite, el ejercicio del derecho para tal realización no puede ser eventual, sino todo lo contrario, precisamente actual, tal como se exige para terceros extraños al contrato".

Basta la simple lectura de las disposiciones que el recurrente estima violadas para deducir que ellas no son pertinentes al caso objeto de estudio porque desconoce precisamente el régimen patrimonial en el matrimonio que gobierna la precitada Ley 28 en concordancia con las demás disposiciones civiles que regulan el funcionamiento de la sociedad conyugal.

Se rechaza el cargo.

3º—Vuelve el recurrente a incurrir en la falta de técnica antes anotada al involucrar en la misma censura errores de hecho y de derecho en que dice incurrió el fallador, con la circunstancia de que al referirse a una presunta equivocación del Tribunal al interpretar las respuestas dadas por el demandado Cubides en absolución de posiciones, el error no sería de hecho en que no incidió el fallador, como lo pretende el censor, por presunta violación del artículo 606 del Código Judicial. Y cree, además, el recurrente, que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente en la apreciación de la prueba llevada por el demandado Cubides, consistente en la copia de la sentencia absolutoria pronunciada por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá el 16 de marzo de 1964 a favor de dicho Cubides en el juicio de alimentos que le promovió la actora, por la sencilla razón de que para el año de 1961 ya la esposa Margarita Lasprilla podría tener el carácter de acreedora alimenticia. El cargo es de una inanidad manifiesta, y su inconducencia la demuestra el hecho de que cita como disposiciones violadas, normas procesales o de simple interpretación probatoria.

Se rechaza la censura.

DECISION:

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veinte (20) de enero de mil novecientos sesenta y cinco (1965), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Margarita Lasprilla de Cubides contra Servando Cubides Morales y otra.

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.

INDICE

SALA PLENA

Páginas

SOCIEDADES DE MEJORAS PUBLICAS.—*Inexequibilidad del proyecto de ley "por la cual se otorgan unas autorizaciones en favor de la Sociedad de Mejoras Públicas a que se refiere la Ley 58 de 1945 y se dictan otras disposiciones para el incremento del Civismo y la cultura".*—Sentencia de octubre diez de 1966.—Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo 3

SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO RAMIRO ARAUJO GRAU 10

AUTORIZACIONES A LAS ASAMBLEAS PARA LA CREACION DE MUNICIPIOS.—*Inexequibilidad de la Ley 120 de 1963 "por la cual se conceden ciertas autorizaciones a la Asamblea Departamental de Antioquia".*—Sentencia de 20 de octubre de 1966.—Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo 11

REFORMA JUDICIAL.—*Es inexequible el artículo 7º del Decreto-Ley 1698 de 1964.*—Sentencia de 26 de octubre de 1966.—Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 16

SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO RAMIRO ARAUJO GRAU RESPECTO A LA MOTIVACION DE LA SENTENCIA QUE ANTECEDE, LA CUAL DECLARA LA INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 7º DEL DECRETO-LEY 1698 DE 1964 21

INSPECCION Y VIGILANCIA UNIVERSITARIA.—*Inexequibilidad de los artículos 1º y 2º del Decreto 252 de 1958 elevados a la categoría de Ley por la 141 de 1961.*—Sentencia de noviembre 16 de 1966.—Magistrado ponente: Doctor Eduardo Fernández Botero 23

FUNCIONARIOS DE INSTRUCCION CRIMINAL.—*Por sustracción de materia la Corte, resuelve que no es el caso de hacer declaración alguna sobre los artículos 2º del Decreto-Ley 1111 de 1958, 38 de la Ley 4ª de 1943, y 1º y 4º del Decreto 650 de 1943.*—Sentencia de noviembre 25 de 1966.—Magistrado ponente: Dr. Arturo C. Posada 29

REFORMA JUDICIAL.—*Inexequibilidad del artículo 26 del Decreto-Ley 528 de 1964 en cuanto éste dispone que la escogencia de los Consejeros de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se hará "Entre los Consejeros que forman las cuatro Salas o Secciones en que se subdivide la Sala de lo Contencioso Administrativo".*—Sentencia de diciembre 14 de 1966.—Magistrado ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón 35

AUXILIO NACIONAL A EMPRESAS UTILES O BENEFICAS.—*Inexequibilidad de los artículos 6º y 9º del Proyecto de Ley Nº 197 de 1963 "por la cual la Nación se asocia a la celebración del cincuentenario de la fundación del "LICEO NACIONAL DE TUMACO, DEPARTAMENTO DE NARIÑO", y se dictan otras disposiciones".*—Sentencia de diciembre 6 de 1966.—Magistrado ponente: Doctor Arturo C. Posada 42

REFORMA JUDICIAL.—SUPRESION DE LA CATEGORIA CONSTITUCIONAL DE JUEZ DE CIRCUITO.—*La Corte decide que en cuanto al aparte a) demandado del punto primero del artículo 1º de la Ley 27 de 1963, estese a lo resuelto a la sentencia de esta Corporación de fecha 28 de junio de 1965, y declarar inexequible lo demás de la parte acusada en el presente juicio, del artículo 1º de la misma Ley.*—Sentencia de diciembre 16 de 1966.—Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 45

UNIVERSIDAD NACIONAL.—*Inexequibilidad de la Ley 65 de 1963 "por la cual se establece el Régimen Orgánico de la Universidad Nacional y se dictan otras disposiciones".*—Sentencia de diciembre 16 de 1966.—Magistrado ponente: Doctor Efrén Osejo Peña 49

SALA CIVIL

ESCRITURA PUBLICA.—*Prueba de su existencia y de su registro.*—Por sentencia de 6 de octubre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre resolución de un contrato de permuta seguido por José María Iregui M., contra "Arango Restrepo Hermanos" y otro.—Magistrado ponente: Doctor Flavio Cabrera Dussán 54

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY.—*Deficiente formulación de los cargos por este extremo.*—Por sentencia de 10 de octubre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en la acción de pertenencia instaurada por Jorgina Copete de Caro contra el Municipio de Cali.—Magistrado ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 61

FILIACION NATURAL, PETICION DE HERENCIA Y RESTITUCION.—*Estabilidad y notorie-*

Páginas

dad de las relaciones sexuales.—Estas, por regla general, no son susceptibles de prueba directa.—Cuándo puede la Corte, en casación, variar la apreciación probatoria hecha por el Tribunal.—Error de derecho.—Naturaleza del Decreto 243 de 1951.—No siempre que el fallador deja de apreciar pruebas incurre en error de hecho.— Por sentencia de 13 de octubre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de filiación natural y otras peticiones consecuenciales, seguido por Luz Estela Poveda de Flórez y otras contra la sucesión de Luis Jorge Fajardo.—Magistrado ponente: Doctor Flavio Cabrera Dussán 72

CONTRATOS.—*Facultades interpretativas del Tribunal.*—Por sentencia de 28 de octubre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio de sucesión de Roberto Campos Cadena.—Magistrado ponente: Doctor Flavio Cabrera Dussán 82

CAUSAL 1ª DE CASACION.—*Requisitos que deben llenarse en la formulación del cargo.—Se reitera la doctrina sentada respecto a la responsabilidad de las entidades públicas por culpa extra - contractual.*—Por sentencia de 2 de noviembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre indemnización de perjuicios seguido por Elru Newball contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado Ponente: Doctor Aníbal Cardoso Gaitán 87

DIVISION DE BIENES COMUNES.—*Objeciones a la partición.—Formulación de diversos cargos por infracción directa derivada de error manifiesto de hecho en la valoración de determinadas pruebas.*—Por sentencia de 2 de noviembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Montería en el juicio divisorio propuesto por Francisca Sáez viuda de Navarro y otros contra Fabio Navarro Sáez y otros.—Magistrado ponente: Doctor Enrique López de la Pava 100

DEMANDA DE CASACION.—*Objeto de la calificación previa.—Sentido y alcance de las exigencias del artículo 63 del Decreto-Ley 528 de 1964.—Deber de expresar las causales.—Tratándose de la causal 1ª de casación, necesidad de indicar el modo de violación de la ley sustancial y el carácter de esta infracción.—Violación indirecta de la misma ley.—Configuración de los cargos por errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas.—Carácter de los artículos 209, 330, 333, 343 y 344 del Código Judicial.*—Por providencia de 3 de noviembre de 1966, se declara desierto el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario sobre simulación de unos contratos de compraventa, seguido por Napoleón Castillo Corredor contra Evangelino Hernández y otra.—Magistrado ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón 109

SUSPENSION Y RESTITUCION DE UN TERMINO.—*Su diferencia.—Sala que debe proferir el auto que resuelve el incidente sobre restitución de términos.*—Por providencia de 8 de noviembre de 1966, se niega el recurso de súplica interpuesto contra el auto de 15 de septiembre último por medio del cual se resolvió restituir un término.—Magistrado ponente: Doctor Arturo C. Posada 117

RECONVENCION.—*Requisitos para que pueda extenderse la casación no sólo a la acción principal que se ejerce sino también a la acumulada por reconvención.*—Por providencia de 10 de noviembre de 1966, proferida en el ordinario reivindicatorio seguido por Carlos Eduardo Arenas y otra contra la sucesión de Roque Jacinto Cleves y otros, se concede el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior del Espinal.—Magistrado ponente: Doctor Aníbal Cardoso Gaitán 119

CUANTIA DE LA RELACION SUSTANCIAL DEL NEGOCIO.—*Autonomía del Tribunal en su apreciación.*—Por providencia de 10 de noviembre de 1966, se estima bien denegado el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa, seguido por Jesús Flórez Zapata contra Guillermo Flórez Cardona.—Magistrado ponente: Doctor Ignacio Gómez Posse 122

INSPECCION OCULAR.—*El Juez debe efectuarla acompañado siempre de peritos, o testigos actuarios según el caso.*—Por sentencia de 10 de noviembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre rescisión de un contrato promovido por la Compañía "Parcelaciones Tunjuelito, S. A." contra Atilia Basabe Bravo.—Magistrado ponente: Doctor Enrique López de la Pava 124

NULIDADES.—*Las de que trata el artículo 448 del Código Judicial son de carácter estrictamente procesal.—Nulidades sustantivas y nulidades de índole procedimental.—Ilegitimidad de la personería sustantiva.—Falta de citación o emplazamiento.—Inconsonancia.—A quién corresponde la acción de deslinde.—Modo de comprobar la propiedad de un inmueble.—Causal 1ª de casación.—Error de hecho.*—Por sentencia de 14 de noviembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario de deslinde seguido por el presbítero Diego de Jesús Zuluaga contra Miguel Bolaños.—Magistrado ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón 129

PROMESA DE CONTRATO.—Por sentencia de 15 de noviembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre pago de una suma de pesos seguido por Darío Mc Ewen contra Julio Mc Ewen.—Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 139

INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA.—*Error de hecho.—Prueba testimonial.—Condiciones para admitir su existencia en el proceso.—En casación no domina el criterio de favorabilidad de la prueba sino el de evidencia en el error de hecho.—Excepción de contrato no cumplido.—Presupuestos procesales.—Sentencia inhibitoria.—La causal 2ª de casación no cabe contra fallos inhibitorios.—Interés jurídico para recurrir en casación.*—Por sentencia de 16 de no-

Páginas

viembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el ordinario sobre incumplimiento de un contrato de compraventa, seguido por Gerardo Streithorst Clausen contra Juan B. Silva.—Magistrado ponente: Doctor Arturo C. Posada 147

QUERELLA DE POLICIA.—*La Corte no puede pronunciarse sobre la nulidad de un juicio de tal índole, ni éstos son revisables ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público.—Remedios legales contra aquéllas.—Inconsonancia.*—Por sentencia de 18 de noviembre de 1966, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario sobre nulidad de un juicio de Policía seguido por Alfonso Betín Acuña contra Aquiles Colón García.—Magistrado ponente: Doctor Flavio Cabrera Dussán 166

REIVINDICACION.—*Propiedad e identidad del inmueble, que se pretende.—No es de recibo en casación atacar la prueba pericial por violación de lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 0243 de 1951.—Límite de la autonomía del Tribunal en la estimación probatoria.*—Por sentencia de 21 de noviembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario reivindicatorio seguido por Textiles Samacá S. A. contra Bertha Avila de Díaz.—Magistrado ponente: Doctor Ignacio Gómez Posse 172

SOCIEDAD DE HECHO.—*Su posibilidad entre concubinos.—Error de hecho en la apreciación probatoria.—Alcance de la autonomía del juzgador en la valoración de la prueba indiciaria.—Error de derecho.*—Por sentencia de 25 de noviembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre existencia y liquidación de una sociedad de hecho seguido por Mariela Páez Reyna contra Miguel D. Alexíades y Galusis.—Magistrado ponente: Doctor Aníbal Cardoso Gaitán 182

CASACION.—*Alegación de error de hecho y de derecho, simultáneos, respecto de un mismo medio de prueba.—Cargos subsidiarios.—Violación directa y violación indirecta de la ley.—En cada uno de los cargos que se formulen en casación, deben precisarse en forma concreta las normas legales que se estiman violadas.*—Por sentencia de 25 de noviembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario sobre indemnización de perjuicios derivados de falsas imputaciones, seguido por Cecilia Astorquiza contra el Banco Cafetero (Sucursal de Pasto).—Magistrado ponente: Doctor Ignacio Gómez Posse 204

SEPARACION DE BIENES.—*Para iniciar este juicio se puede escoger entre el procedimiento especial y el ordinario, pero después de incoada la acción por una de estas vías, no se puede proponer por la otra, ni el fallado en juicio especial puede revisarse en juicio ordinario.—La violación del artículo 471 del C. Judicial, no puede por sí misma motivar la infirmación de un fallo en casación por la causal 1ª.—No cabe acusar en casación por la causal 6ª del artículo 520 del C. J. (hoy 4ª del art. 52 del Decreto 528 de 1964), en razón de incompetencia de jurisdicción que se pretende ocurrida en juicio distinto del que se debate.*—Por sentencia de 30 de noviembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario sobre nulidad de un juicio especial de separación de bienes seguido por Eduardo Hernández Castilla contra Petrona Canoles de Hernández.—Magistrado ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón 215

RELACIONES SEXUALES.—*Calidades de estabilidad, notoriedad y temporalidad exigidas por el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.—Alcance de la autonomía del Tribunal en la estimación probatoria.—Cuándo existe el error de derecho.*—Por sentencia de 2 de diciembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el ordinario sobre filiación natural, reforma de testamento y petición de herencia seguido por Ligia María Dorado contra la sucesión de Luis Felipe Burbano Ibarra.—Magistrado ponente: Doctor Flavio Cabrera Dussán 222

RELACIONES SEXUALES.—*Requisito de temporalidad exigido por la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.—La índole del proceso demostrativo de esta causal deriva al campo de la prueba indiciaria.—Causal 1ª de casación.—Presupuesto ineludible de la prueba testimonial.—Autonomía del juzgador en la apreciación de esta última.*—Por sentencia de 6 de diciembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre filiación natural, petición de herencia, restitución, etc., seguido por Juan Manuel Bedoya contra Luis Eduardo Vélez Vélez y otros.—Magistrado ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón 234

CUANTIA PARA EL RECURSO DE CASACION.—*No es el interés de la sentencia lo que fija la cuantía necesaria para recurrir en casación sino la cuantía de la acción o de la demanda.—Interpretación y alcance del artículo 50 del Decreto 528 de 1964.—Condiciones de admisión del recurso cuando a la acción principal se acumula la reconvención.*—Por providencia de 12 de diciembre de 1966, se declara bien denegado el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario seguido por Salvador Brotons López contra Louis G. Van Wyen y otro.—Magistrado ponente: Doctor Enrique López de la Pava 247

REIVINDICACION.—*Iniciación autónoma del juicio estando en curso una acción de pertenencia, por usucapión, del mismo predio que persigue ahora el reivindicatorio.—Causal 2ª de casación.—Cuándo las excepciones permiten invocar la causal antes citada.—Alcance de la autonomía del Tribunal en la estimación probatoria.—Errores de hecho y de derecho.—El artículo 922 del C. Judicial no es una norma de valoración probatoria.—Alegación de error de hecho en la apreciación del registro de la partición.—El medio nuevo no es de recibo en casación.*—Por sentencia de 13 de diciembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario reivindicatorio seguido por Peregrino Chaves contra Luis Eduardo Chaves.—Magistrado ponente: Doctor Flavio Cabrera Dussán 252

Páginas

ACCION REIVINDICATORIA.—Por sentencia de 13 de diciembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario seguido por los Ferrocarriles Nacionales de Colombia contra Justina Eliécer Moya vda. de Vargas y otros.—Magistrado ponente: Doctor Aníbal Cardoso Gaitán 264

LOTERIA DE CUNDINAMARCA.—*Quién responde de sus obligaciones.—Administración directa o delegada y normas que gobiernan su funcionamiento.—Celebración del sorteo.—Régimen legal de la Beneficencia de Cundinamarca.—La Junta General de Beneficencia es un establecimiento público descentralizado o autónomo.—Caracteres generales de la Beneficencia o Asistencia Pública.—Principio regulador del recurso de casación.— Fuerza mayor o caso fortuito.*—Por sentencia de 14 de diciembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre pago del valor de un billete de lotería contentivo del premio mayor, adelantado por Jorge Enrique Escobar contra la Beneficencia de Cundinamarca.—Magistrado ponente: Doctor Arturo C. Posada 275

ACCION REIVINDICATORIA.—Por sentencia de 16 de diciembre de 1966, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario seguido por Silverio Antonio González contra José María González Quintero y otros.—Magistrado ponente: Doctor Flavio Cabrera Dussán .. 286

ACCION DE SIMULACION.—Por sentencia de 16 de diciembre de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario seguido por Margarita Lasprilla de Cubides contra Servando Cubides Morales y otra.—Magistrado ponente: Doctor Ignacio Gómez Posse ... 291



REPUBLICA DE COLOMBIA



GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXVIII (bis)

BOGOTA, D. E. — IMPRESO EN CANAL RAMIREZ - ANTARES — 1970

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 Ramírez L., Secretario

SALA DE CASACION CIVIL

Doctores ENRIQUE LOPEZ DE LA PAVA, Presidente
Ricardo Ramírez 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 Domínguez**
Samuel Barrientos Restrepo
Eduardo Fernández Botero
Simón Montero Torres
Antonio Moreno Mosquera
Efrén Osejo Peña
Julio Roncallo 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
Crótatas Londoño
Luis Fernando Paredes A.
Carlos Peláez Trujillo
Víctor G. Ricardo.

Relator: JOSE EUSEBIO CABRALES PINEDA

Relatores Judiciales Auxiliares: **Carlos M. Gutiérrez E. y Diego E. Cristancho M.**

Octubre - Noviembre - Diciembre de 1966.

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 CXVIII (bis) Bogotá - Colombia Octubre, Noviembre y Diciembre 1966 Nº 2283 (bis)

SALA DE CASACION PENAL

Extractos de Jurisprudencia de esta Sala, a cargo de DIEGO E. CRISTANCHO, Relator Judicial Auxiliar de la Corte.

ASOCIACION PARA DELINQUIR.—COLISION DE COMPETENCIA

La Corte, en providencia de 10 de diciembre de 1952 (G. J. t. LXXIII, p. 581), de 8 de junio de 1954 (G. J. t. LXXVIII, p. 896) y de 5 de diciembre de 1956 (G. J. t. LXXXIII, p. 1054), entre otras, ha indicado como elementos constitutivos de la definición penal contenida en el artículo 208 del Código, los siguientes: "a), tres o más personas; b), agrupación con permanencia y mancomunidad; c), organización o asociación en sí misma, y, d), objeto que persigue, o sea, el propósito de realizar delitos de cualquier naturaleza".

Si se confrontan los dos preceptos, se tiene que la enmienda consistió solamente en suprimir el elemento típico subjetivo (dolo específico) del "propósito permanente de cometer delitos", pues lo relacionado con el "común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados", que no menciona el artículo 3º del Decreto 2525 de 1963, éllo va implícito en el concepto de asociación, dado que consiste ésta en el "conjunto de los asociados para un mismo fin" (según anota el Diccionario de la Real Academia Española), vale decir, que en toda asociación y en esa formada para delinquir, resulta envuelta la idea de ayuda mutua de quienes la componen, en orden al objetivo u objetivos propuestos.

Pero, de otra parte, si bien resulta que en la enmienda traída por el citado artículo 3º del Decreto 2525 de 1963, como ya se dijo, se suprimió esa intención específica del "propósito permanente de cometer delitos", en cambio, la finalidad de proyectar el convenio de los asociados hacia el futuro, no con el carácter transitorio de quienes acuerdan la realización de determinado delito (coparticipación criminal), sino con esa necesidad de cierta permanencia, surge no solo del concepto de asociación, sino también del fin determinado de cometer delitos, sin especificar cuál o cuáles, ni precisar el momento de su ejecución, ni el lugar donde se van a cometer, ni las personas o bienes contra quienes se dirija la actividad criminosa, necesario en el delito de asociación para delinquir. Ahora bien: El complot, o acuerdo de varias personas para llevar a cabo determinada actividad criminosa, de la cual resulten cometidos varios delitos —como sucede en este caso— no constituye asociación para delinquir, pues no todo concurso de tres o más personas en la realización de dos o más delitos implica la ocurrencia de aquella infracción, pues la asociación para delinquir requiere, cabe repetirlo, que el acuerdo se refiera a delitos indeterminados no solamente en la especie, sino en el tiempo, en el modo, en el lugar y en las personas o bienes cuyo daño se busca, lo cual conlleva que el convenio no tenga un carácter momentáneo, sino que debe estar determinado por un móvil de permanencia.

En proveído de primero de abril del corriente año, dijo la Corte:

"La asociación para delinquir, entidad delictiva con autonomía propia, es decir, independiente de los hechos criminosos que puedan realizar los integrantes de la banda, se tipifica por los siguientes elementos:

"a).—Tres o más personas asociadas.

"b).—Cierta permanencia, pues si bien es cierto que el artículo 3º del Decreto 2525 de 1963 eliminó la frase "propósito permanente", el concepto de asociación lleva implícito el de permanencia, pues de otro modo no habría sino una momentánea reunión.

"c).—Cierta mancomunidad, nacida del común acuerdo, de la identidad de fines y de medios y hasta beneficios comunes de la actividad delictuosa posible o realizada.

"d).—Un propósito común: el de cometer delitos".

En el concurso de delincuentes, cuando se les imputa dos o más delitos, no se tiene asociación para delinquir, si el acuerdo de los copartícipes versó sobre esa actividad criminosa concreta.

Sigue siendo, pues, nota característica del delito que se examina, a pesar de la enmienda introducida por el artículo 3º del Decreto 2525 al artículo 208 del Código Penal, la indeterminación de las violaciones punibles que los asociados convienen en realizar. Se ponen de acuerdo para cometer delitos; no para llevar a cabo determinados delitos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., octubre ocho de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Para dirimir la colisión de competencias surgida entre la jurisdicción penal castrense y la justicia penal ordinaria, en cuanto al conocimiento del proceso seguido contra JOSE MARIA ZULETA, JAIRO PAZ, ANIBAL SARCHARDS y DEMETRIO FRANCISCO PEÑARANDA, por los delitos de homicidio, robo y daño en bienes ajenos, la Sala toma en consideración:

1º—En la providencia por la cual el Juzgado 16º de Instrucción Penal Militar ordenó la encarcelación preventiva de los nombrados (fechada el ocho de junio del corriente año), se hace el siguiente resumen de los hechos:

"Dan cuenta los autos que a la una y treinta minutos de la tarde del día dos de marzo del año en curso, en el sitio denominado 'Camperucho', cerca de la población de Caracolí, en la carretera que conduce del municipio de Valledupar a Fundación (Departamento del Magdalena), fue asaltado por individuos desconocidos el vehículo en el cual viajaban el señor Teniente del Resguardo Nacional de Aduanas, Alvaro Posse Guzmán y los guardas Carlos Valero y Libardo Suárez, siendo acribillados, al parecer, con armas de largo y corto alcance. Los antisociales, luego de prender fuego al vehículo de la Aduana, procedieron a despojar a las víctimas de su armamento y de otros elementos personales, para después emprender la fuga, utilizando para ello tres automotores, los cuales sirvieron para perpetrar los asesinatos en los miembros de la institución armada ya referida".

2º—El Comando de la Segunda Brigada de las Fuerzas Militares, con sede en Barranquilla, entiende que no existe en los hechos averiguados el delito de asociación para delinquir. Además, tomando en cuenta que las demás infracciones de que se sindica a los nombrados no están atribuídas a la Justicia Penal Militar, pues se trata de delitos comunes cometidos por particulares, distintos de los que menciona el Decreto 1290 de 1965, considera el funcionario militar que le corresponde conocer de este negocio a la justicia penal ordinaria.

3º—Este criterio no fue aceptado por el Juzgado 2º Superior de Valledupar, pues anota que los sindicados sí hacían parte de una asociación para delinquir, o, por lo menos, los cuatro antes citados la formaban. Dice el juzgado que "la asociación no actuó para violar una sola norma del Código Penal, ya que no se conformaron con causarle la muerte al Teniente y a los dos guardas, sino que, además, prendieron fuego al vehículo y se apoderaron de las armas que portaban, o sea que la misión de ellos no era la de cometer un solo delito, sino varios, como en efecto acaeció".

4º—El artículo 3º del Decreto 2525 de 1963, dice:

"El artículo 208 del Código Penal quedará así:

"Cuando tres o más personas se asocien con el propósito de cometer delitos, cada una de ellas incurrirá, por ese solo 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.

"....."

Para precisar el alcance de la enmienda que introdujo el precepto antes transcrito al artículo 208 del Código Penal, conviene anotar:

Este último artículo decía:

"El que haga parte de una asociación o banda de tres o más personas, organizada con el propósito permanente de cometer delitos, mediante el común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados, incurrirá en prisión de uno a tres años sin perjuicio de la sanción que le corresponda por los delitos que cometa...".

La Corte, en providencias de 10 de diciembre de 1952 (G.J.t.LXXIII, p. 581), de 8 de junio de 1954 (G.J.t.LXXVII, p. 896) y de 5 de diciembre de 1956 (G.J.t.LXXXIII, p. 1054), entre otras, ha indicado, como elementos constitutivos de la definición penal contenida en el artículo 208 del Código, inmediatamente antes copiada, los siguientes: "a), tres o más personas; b), agrupación con permanencia y mancomunidad; c), organización o asociación en sí misma, y, d), objeto que persigue, o sea, el propósito de realizar delitos de cualquier naturaleza".

Si se confrontan los dos preceptos, se tiene que la enmienda consistió solamente en suprimir el elemento típico subjetivo (dolo específico) del "propósito permanente de cometer delitos", pues lo relacionado con el "común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados", que no menciona el artículo 3º del Decreto 2525 de 1963, ello va implícito en el concepto de asociación, dado que consiste ésta en el "conjunto de los asociados para un mismo fin" (según anota el Diccionario de la Real Academia Española), vale decir, que en toda asociación y en esa formada para delinquir, resulta envuelta la idea de ayuda mutua de quienes la componen, en orden al objetivo u objetivos propuestos.

Pero, de otra parte, si bien resulta que en la enmienda traída por el citado artículo 3º del Decreto 2525 de 1963, como ya se dijo, se suprimió esa intención específica del "propósito permanente de cometer delitos", en cambio, la finalidad de proyectar el convenio de los asociados hacia el futuro, no con el carácter transitorio de quienes acuerdan la realización de determinado delito (coparticipación criminal), sino con esa necesidad de cierta permanencia, surge no sólo del concepto de asociación, sino también del fin indeterminado de cometer delitos, sin especificar cuál o cuáles, ni precisar el momento de su ejecución, ni el lugar donde se van a cometer, ni las personas o bienes contra quienes se dirija la actividad criminosa, necesario en el delito de asociación para delinquir.

Ahora bien:

El complot, o acuerdo de varias personas para llevar a cabo determinada actividad criminosa, de la cual resulten cometidos varios delitos —como sucede en este caso— no constituye asociación para delinquir, pues no todo concurso de tres o más personas en la realización de dos o más delitos implica la ocurrencia de aquella infracción, pues la asociación para delinquir requiere, cabe repetirlo, que el acuerdo se refiera a delitos indeterminados no solamente en la especie, sino en el tiempo, en el modo, en el lugar y en las personas o bienes cuyo daño se busca, lo cual conlleva que el convenio no tenga un carácter momentáneo, sino que debe estar determinado por un móvil de permanencia.

En proveído de primero de abril del corriente año, dijo la Corte:

"La asociación para delinquir, entidad delictiva con autonomía propia, es decir, independiente de los hechos criminosos que puedan realizar los integrantes de la banda, se tipifica por los siguientes elementos:

"a).—Tres o más personas asociadas.

"b).—Cierta permanencia, pues si bien es cierto que el artículo 3º del Decreto 2525 de 1963 eliminó la frase 'propósito permanente', el concepto de asociación lleva implícito el de permanencia, pues de otro modo no habría sino una momentánea reunión.

"c).—Cierta mancomunidad, nacida del común acuerdo, de la identidad de fines y de medios y hasta de beneficios comunes de la actividad delictuosa posible o realizada.

"d).—Un propósito común: el de cometer delitos".

En el concurso de delincuentes, cuando se les imputan dos o más delitos, no se tiene asociación para delinquir, si el acuerdo de los copartícipes versó sobre esa actividad criminosa concreta.

Sigue siendo, pues, nota característica del delito que se examina, a pesar de la enmienda introducida por el artículo 3º del Decreto 2525 de 1963 al artículo 208 del Código Penal, la indeterminación de las violaciones punibles que los asociados convienen en realizar. Se ponen de acuerdo para cometer delitos; no para llevar a cabo determinados delitos.

Como en este proceso no se tiene el delito de asociación para delinquir, ni otro alguno de los

señalados en el Decreto 1290 de 1965, y, de otra parte, se trata de infracciones cometidas por particulares, resulta, como anota el Comando de la Segunda Brigada de las Fuerzas Militares, que el conocimiento de este negocio le corresponde a la justicia penal ordinaria.

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 le corresponde resolver sobre este negocio al Juzgado 2º Superior de Valledupar, a donde debe enviarse el expediente.

Remítase copia de este auto al Comando citado.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

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 C., Secretario.

EL JUICIO DEBE RITUARSE CONFORME A SUS NORMAS PROPIAS, NO CONFORME A NORMAS INEXISTENTES

Infracción del artículo 26 de la Carta Fundamental.—Juicio viciado de nulidad.

Aparece evidente que este proceso se inició en diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro por delito cometido el treinta (30) de noviembre inmediatamente anterior, es decir, cuando ya estaba vigente el decreto 1358 de 1954 que empezó a regir el 1º de septiembre de ese año (art. 14 del Decreto-Ley 1822 de 1964).

Bien tramitada resulta, pues, la primera instancia, no así la segunda que lo fue de conformidad con el Decreto 0014 de 1955, de vigencia ya extinguida para el caso sub-judice.

Esta aplicación de un procedimiento fenecido; esta marcha procesal de acuerdo con disposiciones que determinan formalidades impropias para el juicio; esta revisión de una ley fenecida antes de realizarse el hecho, no puede menos de entrañar una clara violación del principio constitucional, repetido por la ley sustantiva y la procesal, de que el juicio debe rituarse conforme a sus normas propias, no conforme a normas inexistentes, que por lo mismo ya no son tales normas.

Se ha infringido, pues, el artículo 26 de la Carta Fundamental, incurriéndose en una nulidad supralegal de punzante claridad. Y por tanto, el fallo de segunda instancia, recurrido, ha sido dictado en un juicio viciado de nulidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.— Bogotá, D.E., octubre diez de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero).

VISTOS:

El señor Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta interpuso recurso de casación contra la sentencia de esa Corporación fechada el nueve (9) de marzo del año que cursa, mediante la cual, al revisar la de primer grado, confirmó, con algunas reformas en cuanto al pago de perjuicios y la suspensión de la patria potestad, la condenación de MIGUEL ALFREDO SUAREZ o GUSTAVO CAMACHO CASTAÑEDA y FERNANDO GOMEZ a las penas principales de veinte y diez y ocho meses de prisión, respectivamente, y a las accesorias correspondientes.

El delito imputado fue el de hurto, pues acaeció que el treinta (30) de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), Juan José Alonso estacionó, en la Avenida 4ª con calle 10 de la ciudad de Cúcuta, una camioneta de su propiedad. Un poco más tarde se dio cuenta de que le faltaban dos llantas destinadas a repuestos. Dos agentes del F2, ocasionalmente, vieron a los condenados cuando se dedicaban a transportar las llantas hacia la bomba Cúcuta, donde fueron dejadas por los sustractores.

El Juzgado Primero Penal Municipal, por auto de siete (7) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965) abrió causa criminal contra los prementados sujetos y dispuso que se les hiciera saber a los encausados, "el derecho que tienen de nombrar un defensor que los asista en este juicio, advirtiéndoles que si no quieren o no pueden, el juzgado se los designará de oficio".

A pesar de que en sus respectivas indagatorias (fs. 6 y 9), los procesados, por haber manifestado que eran menores de edad, fueron provistos de curadores, este llamamiento a juicio no se les notificó inicialmente sino a ellos (f. 79) y como manifestaron no tener recursos económicos solicitaron que el juzgado se los nombrara de oficio (f. 80), así se procedió.

Posteriormente a estas designaciones, el auto de proceder se notificó a los respectivos defensores y curadores (véanse fs. 81 y 82).

Cabe decir, que los curadores no intervinieron en el nombramiento de defensores.

Rituada la causa, y previas aperturas a pruebas y audiencia de cuyos autos fueron notificados los curadores (fs. 83, 87 y 89), y apelada por uno de los defensores, se concedió el recurso en auto de que fueron notificados, además de los condenados y sus defensores, los curadores José María Montes y doctor Luis Pérez Cristancho.

Llegado el expediente al Tribunal, se tramitó conforme al Decreto 0014 de 1955, y no de acuerdo con el artículo 35 del Decreto 1358 de 1964, decreto este último que fue el aplicado por el juzgado en el trámite de la primera instancia.

LAS DEMANDAS DE CASACION

Ambas invocan la cuarta señalada en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 por haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad.

El Fiscal recurrente la apoya en los siguientes documentos:

"Como anteriormente se dijo, la investigación se inició el 3 de diciembre de 1964 y se le dio el trámite previsto en el Decreto 1358 de 1964, que entró en vigencia el 1º de septiembre de 1964 y se aplica a los procesos que se han iniciado a partir de tal fecha; pero en la segunda instancia, inexplicablemente se cambió de procedimiento y se le dio al proceso el trámite previsto en el artículo 64 del abolido Decreto 0014 de 1955.

"El procedimiento especial del Decreto 0014 se aplicó a los procesos por delitos contra la propiedad de que conocía la justicia ordinaria; pero fue derogado expresamente por el Decreto 1699 de 1964, que entró a regir a partir del 1º de septiembre de ese mismo año.

"De manera, pues, que en la segunda instancia se cambió el trámite del proceso y se aplicaron leyes de procedimiento derogadas, menoscabándose no sólo el derecho de defensa de los procesados sino los de las demás partes, porque a ellos se les privó de la fijación en lista del asunto por el término de cinco días y al Ministerio Público del traslado por el mismo término para alegar, establecidos por el artículo 35 del citado Decreto 1358.

"El artículo 26 de la Constitución Nacional dice:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

"En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

"La frase *formalidades legales, plenitud de las formas,* ha dicho la H. Corte Suprema, de que se vale la Constitución al ordenar que toda restricción a la libertad del individuo impuesta por la autoridad a fuer (sic) de prevención o castigo, debe sujetarse a 'formalidades legales con plenitud de formas propias de cada juicio', no son expresiones que puedan entenderse en el sentido de que cualesquiera tramitaciones de procedimiento puedan constituír una garantía suficiente. No tienen ellas el sentido vago que les imprime su tenor literal, ni la aceptación común que les presta el diccionario. Entrañan el concepto altísimo de libertad y seguridad individual protegidos por la defensa; son una fórmula comprimida y breve de un principio cuyo origen se remonta a siglos lejanos, y cuya vida y crecimiento están vinculados a sucesos memorables en la historia del mundo, como ocurrió en Inglaterra con la Carta Magna (1215), la petición de derechos y el habeas corpus (1678)'. (Sent., 13 noviembre 1928, XXXVI, 213).

"La norma constitucional transcrita consagra la garantía del debido proceso, que implica: juzgamiento por parte de un juez competente y observancia de la plenitud de las formas procesales establecidas para cada caso por la ley.

"La garantía constitucional del debido proceso la desarrolla la ley procesal al establecer los procedimientos y señalar las jurisdicciones y competencias, considerándose su violación como una irregularidad que es motivo de nulidad sustantiva.

"Significa lo anterior que en nuestra legislación no existen juicios convencionales, en los cuales el juez pueda gobernar a su capricho la actuación, aplicando el procedimiento que le venga en gana o cambiando en un momento dado el trámite del proceso para aplicar disposiciones derogadas".

"La ley procesal, ha dicho la H. Corte Suprema, en cuanto regula la forma de los juicios y los efectos jurídicos de los actos procedimentales, tiene un carácter absoluto, inmediato y obligatorio".

"Entonces, está claro que el Tribunal no podía tramitar este proceso por el procedimiento del derogado Decreto 0014 de 1955, máxime cuando se menoscabaron los derechos de las partes, porque se omitieron los traslados para alegar establecidos por el artículo 35 del Decreto 1358, y como tal irregularidad implica la violación de las formas propias del juicio de que habla el artículo 26 de la Constitución Nacional, se ha incurrido en una nulidad sustantiva".

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, haciendo uso del derecho de ampliar la demanda de casación, sostiene que por cuanto el juez se abstuvo de designarles a los menores procesados sus respectivos curadores para la notificación del auto de proceder y para completar su personería como perentoriamente lo ordena el artículo 104 del C. de P. P., se violaron gravemente los derechos procesales de tales menores y se incurrió en la nulidad supralegal que tantas veces ha consagrado la Corte en repetidas providencias, entre las cuales cita la sentencia de casación en la causa contra Rafael Castro Mendoza y otro (2 de mayo de 1966).

También invoca el Fiscal recurrente la causal primera del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, que la Corte considera improcedente estudiar en vista de las conclusiones a que ha llegado.

CONSIDERA LA CORTE:

I.—El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal tiene facultad para invocar, dentro de la causal cuarta, que fue también invocada por el Fiscal recurrente, un nuevo motivo de impugnación de la sentencia.

II.—Resulta evidente que los procesados, al manifestar en sus respectivas indagatorias, que eran menores de edad, fueron provistos de un curador *ad-litem:* José María Montes lo fue para Gustavo Camacho Castañeda o Miguel Alfredo Suárez, y el doctor Luis Pérez para Fernando Gómez.

De la relación verificada antes se deduce que, en la primera instancia, los curadores fueron notificados del auto de proceder, del auto de apertura a pruebas, de los autos citando para audiencias y de la sentencia y hasta del auto que concedió la apelación de ésta.

Lo que significa que se dio cumplimiento al precepto del artículo 104 del C. de P. P., pues la representación de los menores, en esa instancia, estuvo perfectamente complementada.

Aunque los curadores debieron ser notificados del auto de proceder antes de designar defensores, esta irregularidad no afecta derechos constitucionales de quienes estuvieron asistidos plenamente en el juicio. Sus curadores aceptaron la designación de defensores hecha por el juzgado, porque los procesados no podían subvenir a los gastos de su defensa, y es de recibo ese proceder de conformidad con la parte primera del citado artículo.

No prospera, pues, la causal de casación invocada por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, pues fallan los fundamentos de hecho en que este distinguido funcionario basó su impugnación.

III.—Aparece evidente que este proceso se inició en diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro por delito cometido el treinta (30) de noviembre inmediatamente anterior, es decir, cuando ya estaba vigente el Decreto 1358 de 1964 que empezó a regir el 1º de septiembre de ese año (art. 14 del Decreto-Ley 1822 de 1964).

Bien tramitada resulta, pues, la primera instancia, no así la segunda que lo fue de conformidad con el Decreto 0014 de 1955, de vigencia ya extinguida para el caso *sub-judice.*

Esta aplicación de un procedimiento fenecido; esta marcha procesal de acuerdo con disposiciones que determinan formalidades ya impropias para el juicio; esta revivición de una ley fenecida antes de realizarse el hecho, no puede menos de entrañar una clara violación del principio constitucional, repetido por la ley sustantiva y la procesal, de que el juicio debe rituarse conforme a sus normas propias, no conforme a normas inexistentes, que por lo mismo ya no son tales normas.

Se ha infringido, pues, el artículo 26 de la Carta Fundamental, incurriéndose en una nulidad supralegal de punzante claridad. Y, por tanto, el fallo de segunda instancia, recurrido, ha sido dictado en un juicio viciado de nulidad.

Por cuya razón, 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 dispone que se reponga la actuación a partir del auto de veintitrés (23) de febrero de mil novecientos sesenta y seis (1966), inclusive.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVANSE LOS AUTOS AL TRIBUNAL SUPERIOR DE CUCUTA.

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.

FUERO PENAL CASTRENSE

DELITO COMETIDO CON OPORTUNIDAD DEL SERVICIO.—ALCANCE DEL DECRETO 1752 DE 1965

1.—No comparte la Corte el criterio del "Comando de Policía Magdalena", según el cual "no existe para... ese Comando..." la menor duda de que el hecho materia de la investigación debe considerarse como un delito militar, en razón de que no otra cosa debe entenderse como ocasión, sino la oportunidad o comodidad de tiempo o lugar, que se ofrece para ejecutar o conseguir una cosa", pues, si bien ese es el alcance de la palabra OCASION, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, esa oportunidad o comodidad deben emanar del servicio o de los deberes propios de la función militar para que se tenga el delito que define el art. 194 del Decreto 0250 de 1958. Y es evidente que el procesado, cuando cometió el homicidio, no estaba cumpliendo ninguna función de su cargo de la cual se desprendiera esa ayuda en la perpetración del ilícito.

2.—No es suficiente para que se tenga este delito de abuso de autoridad, o para que se dé el de homicidio militar, en el evento de que la conducta tenga lugar con ocasión de las funciones pertinentes, no es suficiente, se repite, la simple calidad de funcionario o empleado público, en aquél; o la de militar, en éste, porque es indispensable que los hechos tengan correlación con el servicio, en forma que éste haya facilitado la realización del ilícito.

Se tiene que el hecho se comete por causa o razón del servicio cuando, por caso, un agente de la Policía da muerte a una persona sorprendida in fraganti delito, sólo porque se opone ese individuo a su captura; y se realiza con ocasión del servicio si, por ejemplo, un miembro de las Fuerzas Militares que acompaña a un Juez en una diligencia de ronda en una residencia, con el objeto de dar respaldo al funcionario judicial, aprovecha esa oportunidad para cometer allí un delito de hurto.

3.—Es cierto que el art. 1º del Decreto 1752 de 1965, proferido dentro de la situación de estado de sitio ahora vigente, ordena que, "sin perjuicio de lo que dispone el art. 40 del Decreto 1705 de 1960, la justicia penal militar continuará con la competencia para conocer y decidir de los delitos cometidos o que se cometan por los miembros de la Policía Nacional..." pero, como lo anota este mismo precepto, ello es "con arreglo al Código de Justicia Penal Militar".

En cuanto a los delitos comunes que cometan los militares en servicio activo o los civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas, se tiene que de ellos únicamente conoce la jurisdicción penal castrense en los siguientes casos: a) cuando se cometan en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior; b) si se llevan a cabo en territorio extranjero invadido, a bordo de buques de la Armada o de aeronaves militares colombianas, o que estén al servicio de las Fuerzas Armadas de la República.

Así resulta de lo que se dice en los ords. 2º y 3º del art. 308 del Código de Justicia Penal Militar.

Pues bien: los hechos averiguados no se acomodan a ninguna de tales hipótesis pues no tuvieron lugar en tiempo de guerra, turbación de orden público o conmoción interior, situaciones que no existían el 29 de junio de 1962, cuando se cometió el ilícito. Ni acaecieron en territorio extranjero invadido; ni a bordo de buques de la Armada ni aeronaves militares colombianas, o que estén al servicio de las Fuerzas Armadas de la República. La circunstancia de que en la actualidad y desde el día 21 de mayo de 1965, en virtud del Decreto 1288 de ese año se encuentre "en estado de sitio todo el territorio nacional", no lleva a que los delitos comunes cometidos por militares o por los Agentes de la Policía Nacional antes de aquella fecha, y cuando no tenía el país ninguna de las situaciones de que trata el ord. 2º del art. 308 del Código de Justicia Penal Militar, sean conocidos por la jurisdicción penal castrense, pues de manera clara ese ord. 2º se refiere a "los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares..., en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior". Esto es, se toma en cuenta sólo las infracciones ocurridas dentro de esas situaciones de anormalidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., octubre diecisiete de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Para dirimir la colisión de competencias surgida entre la justicia penal ordinaria y la jurisdicción castrense, en cuanto al conocimiento del proceso seguido contra el agente de la Policía Nacional EDGARDO SALTARIN TORREGROZA, por el delito de homicidio, la Corte toma en consideración lo siguiente:

1º—El Juzgado 1º Superior de Santa Marta, en la providencia de 17 de julio de 1963, por la cual llama a juicio al citado agente de la Policía Nacional, hace la siguiente síntesis de los hechos:

"Cuentan los autos que el día 29 de junio del año de 1962 salió una comisión de agentes de la Policía, vestidos de civil, de la población de Chiriguaná, con el objeto de darle captura al señor José Bastidas. Dicha comisión la componían los agentes José Moreno Villarreal, Armando Polo Sabala, Jesús Emilio Jaramillo y Edgardo Saltarín. La comisión salió del poblado en las primeras horas de la noche, llevando el mando de la patrulla el agente Moreno Villarreal, y siendo aproximadamente las siete y media de la noche llegaron a su destino. Pero como no encontraron al señor Bastidas y contraviniendo las órdenes emanadas de la Alcaldía, el Jefe de la comisión resolvió seguir hasta un poblado cercano conocido con el nombre de 'La Loma'. En el trayecto que separa la finca del señor Bastidas del poblado 'La Loma' los agentes iban ingiriendo licor, y al llegar al último sitio se dirigieron a los bares o cantinas del lugar, yendo inicialmente al 'Bar España', donde encontraron a un muchacho jugando billar y a quien le exigieron sus documentos de identificación. Como no los portaba, le retiraron las bolas del billar y luego se acercaron al cantinero y le exigieron algún dinero a cambio de su silencio. El cantinero, al principio, se negó a darles plata, pero por último accedió a darles tres pesos. De ahí siguieron al bar 'Monterrey', en donde el agente que comandaba la patrulla, José Moreno Villarreal, agredió al señor Fabio Agustín Montúfar, quien se encontraba en compañía de un señor de apellido Acosta, por el hecho de estar hablando con otro agente integrante de la comisión. El señor Montúfar reclamó al agente Moreno por su actitud para con él y en la discusión intervino el agente Saltarín, desenfundando el revólver de dotación oficial, con el fin de hacer fuego contra el señor Montúfar, pero la oportuna intervención del agente Armando Polo Sabala evitó que dicho señor fuera muerto.

"Luego, los agentes Moreno Villarreal y Polo Sabala salieron al patio del bar, a charlar con unas amigas, y los agentes Jaramillo y Saltarín se quedaron en la cantina ingiriendo licor y bailando. En la pista de baile también se encontraba bailando el señor Sabas Ostias García, quien estaba en el bar con algunos compañeros. Aquél, cuando bailaba, cayó al suelo y tropezó con el agente Saltarín. Este, sintiéndose ofendido, golpeó al señor Ostias García en forma violenta. Este logró levantarse y trató de contestar la agresión de que era víctima. Entonces el agente Saltarín sacó nuevamente el revólver que portaba y encañonó al señor Ostia García. A la bulla de la pelea, llegó el agente Moreno Villarreal y le dijo al agente Saltarín que guardara el revólver y éste lo guardó en la pretina del pantalón. El agente Saltarín no logró hacer fuego, porque los compañeros del señor Ostia García lo tenían agarrado. Después de este incidente, los amigos se llevaron a Ostia, quedando en la cantina los agentes de la policía. El cantinero salió tras el grupo formado por el señor Ostia García, con el fin de hacer efectivo el cobro de la cuenta por los licores consumidos por ellos en el establecimiento, y cuando el grupo había caminado más o menos una cuadra de distancia del bar, fueron alcanzados por los agentes Moreno Villarreal y Saltarín, y el primero alcanzó a ver cuando Ostia decía que así no se mataba a un hombre. Con revólver en mano amedrentó Saltarín a los amigos de Ostia y fueron obligados a soltarlo. Una vez estuvo suelto Ostia García, el agente Saltarín disparó su revólver sobre su cuerpo, hiriéndolo en el tórax. Cuando el disparo, el señor Saltarín estaba más o menos a un metro de distancia del occiso, según se desprende de la diligencia de autopsia (f. 31). Acto seguido regresaron al lugar donde habían quedado los otros agentes y Saltarín manifestó que se había 'empecherado' y emprendió la huída, atravesando el monte, para presentarse posteriormente a su puesto en Chiriguaná".

2º—Atendida la anterior relación de lo ocurrido, es obvio que se trata de un delito común el que se imputa al agente de la Policía Nacional, señor Saltarín Torregroza, como que el ho-

micidio militar requiere que "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo...", el militar... "cause la muerte de otra persona, con intención de matar" (art. 194), si es que se habla de un homicidio simplemente voluntario, como aparecen calificados los hechos en el auto de proceder.

3º—No comparte la Corte (en consecuencia), el criterio del "Comando del Departamento de Policía Magdalena", según el cual "no existe para... ese Comando...," la menor duda de que el hecho materia de la investigación debe considerarse como un delito militar, en razón de que no otra cosa debe entenderse como ocasión, sino la oportunidad o comodidad de tiempo o lugar, que se ofrece para ejecutar o conseguir una cosa", pues, si bien ese es el alcance de la palabra OCASION, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, esa oportunidad o comodidad deben emanar del servicio o de los deberes propios de la función militar para que se tenga el delito que define el artículo 194 del Decreto 0250 de 1958, ya citado. Y es evidente que el procesado Saltarín Torregroza, cuando dio muerte a Ostia García, no estaba cumpliendo ninguna función de su cargo de la cual se desprendiera esa ayuda en la perpetración del ilícito.

Refiriéndose PEDRO PACHECO OSORIO al delito de abuso de autoridad (art. 171 del Código Penal), infracción ésta que comete "el funcionario o empleado público que, fuera de los casos especialmente previstos como delitos, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad", dice que "la expresión 'con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas', contiene dos hipótesis distintas. Ocurre la primera cuando el agente comete o hace cometer el acto a raíz del cumplimiento de sus deberes o del uso de sus facultades, pero sin tratar de ajustarse ni a los unos ni a las otras...", (*"Derecho penal especial"*, Edit. "Temis", Bogotá, 1959, p. 220).

No es suficiente, pues, para que se tenga este delito de abuso de autoridad, o para que se dé el de homicidio militar, en el evento de que la conducta tenga lugar con ocasión de las funciones pertinentes; no es suficiente, se repite, la simple calidad de funcionario o empleado público, en aquél; o la de militar, en éste, porque es indispensable que los hechos tengan correlación con el servicio, en forma que éste haya facilitado la realización del ilícito.

Se tiene que el hecho se comete por causa o razón del servicio cuando, por caso, un agente de la policía da muerte a una persona sorprendida en *in flagranti* delito, sólo porque se opone ese individuo a su captura; y se realiza con ocasión del servicio si, por ejemplo, un miembro de las fuerzas militares que acompaña a un juez en una diligencia de ronda en una residencia, con el objeto de dar respaldo al funcionario judicial, aprovecha esa oportunidad para cometer allí un delito de hurto.

Así, pues, en el caso *sub judice* no basta para darle el carácter de delito militar a la infracción averiguada el que resulte demostrado, pero apenas esto, que Saltarín Torregroza tenía la calidad de agente de la Policía Nacional. Los hechos, se repite, no se dieron con oportunidad de las funciones encomendadas al nombrado, ni fueron éstas la razón o causa de lo ocurrido.

4º—Es cierto que el artículo 1º del Decreto 1752 de 1965, proferido dentro de la situación de estado de sitio ahora vigente, ordena que, "sin perjuicio de lo que dispone el artículo 40 del Decreto 1705 de 1960, la Justicia Penal Militar continuará con la competencia para conocer y decidir de los delitos cometidos o que se cometan por los miembros de la Policía Nacional...". Pero, como lo anota este mismo precepto, ello es "con arreglo al Código de Justicia Penal Militar".

En cuanto a los delitos comunes que cometan los militares en servicio activo o los civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas, se tiene que de ellos únicamente conoce la Jurisdicción Penal castrense en los siguientes casos:

a).—Cuando se cometan en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior.

b).—Si se llevan a cabo en territorio extranjero invadido, a bordo de buques de la Armada o de aeronaves militares colombianas, o que estén al servicio de las Fuerzas Armadas de la República.

Así resulta de lo que se dice en los ordinales 2º y 3º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar.

Pues bien:

Los hechos averiguados no se acomodan a ninguna de tales hipótesis, pues no tuvieron lugar

en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior, situaciones que no existían el 29 de junio de 1962, cuando fue muerto el nombrado Ostia García. Ni acaecieron en territorio extranjero invadido, ni a bordo de buques de la Armada o de aeronaves militares colombianas, o que estén al servicio de las Fuerzas Armadas de la República. La circunstancia de que en la actualidad y desde el día 21 de mayo de 1965, en virtud del Decreto 1288 de ese año, se encuentre "en estado de sitio todo el territorio nacional", no lleva a que los delitos comunes cometidos por militares o por agentes de la Policía Nacional antes de aquella fecha, y cuando no tenía el país ninguna de las situaciones de que trata el ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, sean conocidos por la Jurisdicción Penal castrense, pues de manera clara ese ordinal segundo se refiere a "los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares..., en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior". Esto es, se toma en cuenta sólo las infracciones ocurridas dentro de esas situaciones de anormalidad.

Tomado en consideración lo anterior, es evidente que el conocimiento de este proceso le corresponde a la justicia penal ordinaria.

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 la facultad para resolver sobre este negocio le corresponde al Juez 1º Superior de Santa Marta, y no al Comando de las Fuerzas de Policía Magdalena.

Devuélvase el expediente al Juzgado 1º Superior de Santa Marta y remítase copia de este auto al citado Comando.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

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 C., Secretario.

MEDIDAS DE SEGURIDAD

LOS TERMINOS MINIMOS PREVISTOS EN EL ARTICULO 64 DEL CODIGO PENAL SON FIJOS.—EL JUEZ NO TIENE FACULTAD DOSIFICADORA, CUANDO DISPONE LA RECLUSION DE LOS ENFERMOS MENTALES O DE LOS INTOXICADOS EN EL MANICOMIO CRIMINAL O EN LA COLONIA AGRICOLA ESPECIAL.—SI EL DELINCUENTE COMETIO EL HECHO EN ESTADO DE ANOMALIA SIQUICA GRAVE, DE CARACTER TRANSITORIO, NO PUEDE SER RECLUIDO EN EL MANICOMIO CRIMINAL, SINO EN LA COLONIA AGRICOLA ESPECIAL.—EL TERMINO DE LA DETENCION PREVENTIVA SOLO PROCEDE TOMARSE EN CUENTA, SI SE HA CUMPLIDO, EN CADA CASO, EN EL MANICOMIO CRIMINAL O EN LA COLONIA AGRICOLA ESPECIAL.—LA MISION INDIVIDUALIZADORA DEL JUEZ UNICAMENTE TIENE EFECTO CUANDO DISPONE EL CESE DE LA RECLUSION O PONE TERMINO A LA MISMA, POR HALLARSE QUE EL ANORMAL YA NO REPRESENTA PELIGRO DE QUE VUELVA A CAUSAR DAÑO.—LA ENAJENACION MENTAL ES UNA ANOMALIA SIQUICA GRAVE, PERO NO TODA ANOMALIA SIQUICA GRAVE CONSTITUYE ALIENACION MENTAL.—PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

1.—Es sabido que el concepto de responsabilidad moral que indicaba el Código Penal derogado desapareció en el estatuto punitivo vigente. De conformidad con el actual estatuto, toda persona que cometa una infracción definida como delito es responsable, así se trate de individuos normales, o anormales o de mayores o menores de dieciocho años. Pero el Código Penal hace una separación de las sanciones, para distinguirlas, de acuerdo con los infractores, en penas y medidas de seguridad.

2.—Cabe observar que el estatuto penal colombiano, en desarrollo del principio de la responsabilidad legal que consagra, siguiendo los postulados de la Escuela Positiva del Derecho Penal, acoge el criterio unitario de penas y medidas de seguridad, pues las agrupa bajo la denominación de sanciones, término este usado por Enrique Ferri. Se aparta, pues, de la concepción dualista, que le dá a las medidas de seguridad un carácter extrictamente administrativo.

Pero es obvio que la medida de seguridad carece del carácter aflictivo de la pena, y, además, por referirse a los enfermos mentales o a los deficientes por inmadurez síquica (menores de dieciocho años) no tiene esa incapacidad intimidativa de la pena.

3.—De acuerdo con la síntesis que de su tesis hace el tratadista FILIPPO GRISPIGNI (cita de Sebastián Soler, obra aludida, pág. 457), corresponde hacer notar, en cambio, que las penas y las medidas de seguridad tienen en común: a) su presupuesto es el delito y son proporcionadas a la peligrosidad; b) consisten en la disminución de un bien jurídico; c) tienden a readaptar o innocuizar, y d) son jurisdiccionalmente aplicables.

El Código Penal indica mínimos y máximos cuando se ocupa de las penas. Señala apenas el mínimo, de manera fija, con respecto a las medidas de seguridad. Así ocurre, por caso, en cuanto a las personas que se encuentren en algunas de las situaciones previstas en el ordinal 29: enajenación mental, intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia, o grave anomalía síquica. Y es explicable que en estas hipótesis no se indique en la ley término máximo, por la finalidad de esta sanción (reclusión en colonia agrícola especial o en un manicomio criminal —artículo 64 del C. P.—) que es estrictamente curativa y preventiva, sin tener el carácter aflictivo e intimidativo de la pena.

El término de dos años en el manicomio criminal y de un año en la colonia agrícola especial es inmodificable por el Juez, dado que así resulta de la siguiente norma del Código de Procedimiento Penal:

"Artículo 647.—Transcurrido el tiempo mínimo de reclusión fijado en el Código penal, el juez, a petición del Ministerio Público, del Director del manicomio criminal, o de la colonia agrícola especial, del recluído o de sus parientes, resolverá, de acuerdo con lo establecido en el artículo 64 del Código Penal, la solicitud relativa a la cesación con-

dicional de la reclusión. Este incidente se tramitará como articulación".

No se dice en este precepto que podrá resolverse sobre la cesación condicional de la reclusión únicamente cuando haya transcurrido el tiempo mínimo que haya señalado el juez en la sentencia, sino cuando ha tenido cumplimiento ese lapso mínimo previsto en el Código Penal, esto es, como obvio, el que señala para uno y otro caso (colonia agrícola especial y manicomio criminal) el artículo 64 de ese estatuto, expresamente citado en aquella disposición procedimental.

4.—Como el lapso de reclusión no está determinado en el máximo, atendido que éste depende del hecho de que haya desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño, bien podría ocurrir —si el juez tuviese arbitrio para dosificar el mínimo— que el que fije resulte mayor que el lapso máximo, cuando la curación ocurre antes de vencerse el plazo señalado por el juzgador. Y si ese plazo así individualizado por el juez debe haberse vencido para que proceda la cesación condicional de la reclusión (art. 647 del C. de P. P.), se tendría el absurdo de que la sanción mínima resultase mayor que la máxima cuando el anormal ha dejado de ser un peligro para la sociedad antes de cumplirse el término previsto en la sentencia por encima del que señala, según el caso (artículo 64 del C. P.) el legislador, pues tendría que seguir recluído el delincuente, después de haber permanecido un año en la colonia agrícola especial o dos años en el manicomio criminal, hasta que tuviese fin el plazo indicado por el juez.

5.—El término de duración de esta clase de sanciones, sin ser menor a los plazos previstos en la ley (artículos 64 y 67 del Código Penal, reclusión y libertad vigilada para los enfermos de la mente o intoxicados), es indeterminado, pues depende de los resultados de la medida de seguridad en la curación del anormal, en forma que haya desaparecido el peligro de que vuelva a causar daño.

En consecuencia, la gravedad del delito y la peligrosidad del enfermo mental, intoxicado o deficiente síquico se toman en cuenta, sólo, para señalar la medida de seguridad señalada en la ley. Su duración, se repite, depende de sus efectos en la remoción de la peligrosidad del agente. Nnguna razón práctica explica, entonces, que el juez, con apoyo en el artículo 36 del C. P., sobrepase los plazos mínimos a que aluden los arts. 64 y 67 (aparte a) del mismo estatuto, señalados únicamente para que no se imponga uno inferior.

El pensamiento de la comisión Redactora del Código Penal, al disponer que la reclusión en la colonia agrícola especial o en el manicomio criminal o la libertad vigilada no sea menor de dos años, en las dos últimas, ni de un año, en la primera, fue el de evitar que a los pocos días cesara la reclusión o la libertad vigilada, por hallarse que el enfermo mental o el intoxicado ya no constituyen un peligro para la sociedad, lo cual propiciaría las simulaciones y traería el consiguiente escándalo público.

6.—Y no es dable admitir que ese aumento del plazo mínimo de reclusión se haga en razón de que se estime que el lapso señalado en la ley resulta corto para asegurar la curación del enfermo o del intoxicado, pues la duración del tratamiento no depende del término que señale el juez, ni siquiera del que ha previsto el legislador, sino del resultado beneficioso de la medida, en forma que el perito pueda dictaminar que ha desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño. La misma indeterminación del lapso máximo de la reclusión niega toda razón práctica a la dosificación de esta medida de seguridad por parte del juez. Otra cosa es que no pueda señalar un término inferior al de un año, en caso de aplicarle al delincuente reclusión en colonia agrícola especial, o al de dos años, si se trata de reclusión en un manicomio criminal, porque encontró prudente el legislador que únicamente después de cumplidos esos plazos puede disponer que cese condicionalmente la medida asegurativa.

Es de importancia hacer notar que la Corte, en las distintas oportunidades en que ha aplicado el precepto contenido en el artículo 64 del Código Penal, ha señalado los plazos mínimos que en este precepto se indican.

7.—Es obvio, entonces, que la cita que del Código Penal se hace en el artículo 647 del estatuto procesal no puede referirse sino al artículo 64 de aquella obra, pues es la única norma que en el Código Penal se ocupa del "tiempo mínimo de reclusión" que deben sufrir los enfermos mentales o los intoxicados que delinquen.

Además, ese artículo 64 del Código Penal aparece expresamente mencionado en el artículo 647 del estatuto procesal.

8.—Las medidas de seguridad, se insiste, no tienen carácter aflictivo, ni finalidades intimidativas. Son tratamientos curativos y sistemas de prevención. Sobre el objeto de estas sanciones no existe opinión discorde alguna.

9.—No es extraño, que el Código Penal Colombiano, bastante informado en las ideas de la Escuela Positiva, al menos en cuanto a las medidas de seguridad acogiera esa indeterminación relativa de las sanciones, en la forma ya indicada: Señalando un término mínimo fijo (de dos años para la reclusión en un manicomio criminal y para la libertad vigilada, y de un año para la reclusión en una colonia agrícola especial), e indicando que el plazo máximo sólo queda determinado por la curación del enfermo mental o del intoxicado.

10.—Dado el carácter aflictivo y atendida la finalidad intimidatoria (que de aquél surge) de las penas, al hacerlas conocer de antemano el Código Penal cuando indica el mínimo y el máximo correspondiente, es obvio que no puede identificarlas, de manera absoluta, con las medidas de seguridad. Estas últimas carecen de carácter aflictivo (su misión es sólo curativa y preventiva) y, en consecuencia de la falta de ese carácter aflictivo y de la indeterminación relativa que con respecto a las medidas de seguridad consagra el Código Penal, no ofrecen el poder intimidatorio de las penas, tanto más, cuanto que se refieren a personas anormales y a deficientes síquicos.

11.—El Código Penal Colombiano señala para la reclusión de los enfermos mentales y de los intoxicados que delincan términos mínimos fijos, sin que deje al juez facultad alguna para dosificarlos.

12.—La ausencia de todo fin práctico y el resultado absurdo que pudiera darse, de que el mínimo individualizado por el juez resulte superior al tiempo máximo que requiera la curación del enfermo mental o del intoxicado (lo cual pone término a la reclusión), rechazan esa supuesta facultad dosificadora del juzgador, en cuanto al lapso mínimo de la medida de seguridad.

13.—El artículo 63 del Código Penal alude a los alienados que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos, para indicar que su reclusión debe cumplirse en un manicomio criminal. Resulta obvio, entonces, que esta medida de seguridad no es legalmente aplicable, ni resulta aconsejable, en los casos de delincuentes que cometieron el delito en estado de grave anomalía síquica transitoria, como ocurre en el caso presente.

14.—Dado que en algunos casos la anomalía síquica y la enajenación mental pueden resultar equivalentes, bien puede admitirse la aplicación del precepto contenido en el artículo 63 del Código Penal en esa hipótesis de igualdad, pero siempre que se desprenda de la pericia siquiátrica que el delincuente padece de una grave anomalía síquica equiparable a un estado de enajenación mental. Es obvio que si el experto siquiátrico encuentra, en un caso dado, que la grave anomalía síquica tiene ese alcance de enajenación mental, así lo indicará en su concepto, hablando de alienación mental y no de graves anomalías síquicas, dados los diferentes matices que esta última ofrece.

15.—El tiempo que lleva en detención preventiva el procesado, no puede abonarse al que se fija como mínimo de la sanción, en este fallo, porque el art. 96 del Código Penal, alude a penas y no a medidas de seguridad. Esta norma, en efecto, dice: "El tiempo de la detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de la libertad...". La aplicación analógica no procede, por lo que pasa a observarse.

El fin mismo de la medida de seguridad que se examina, o sea el de tratar o readaptar al alienado mental, intoxicado o perturbado síquico mediante reclusión, según el caso, en el manicomio criminal o en la colonia agrícola especial, al menos por los plazos señalados en el artículo 64 del Código Penal, resultaría inoperante si se tuviese como parte cumplida de la sanción el término de la detención precautelativa, pues no es durante ese lapso, por lo general, cuando el anormal recibe el tratamiento pertinente.

Otra cosa es si la encarcelación preventiva se ha cumplido en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial, pues en estos supuestos ese tiempo bien puede tomarse como parte de la reclusión que reglamentan los artículos 62, 63 y 64 del Código Penal.

La indeterminación del plazo máximo de la reclusión, la que no puede cesar, "sino condicionalmente en virtud de decisión judicial, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos, que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño", impide aplicar el citado artículo 96 del Código Penal en tales hipótesis, pues, aun cuando el enfermo mental o el intoxicado hayan cumplido, en cada caso, los términos indicados en el artículo 64 de la misma obra y así haya permanecido por un mayor tiempo en detención preventiva, no se puede ordenar el cese de la reclusión, si el delincuente ofrece peligro de que vuelva a causar daño.

De conformidad con el artículo 647 del Código de Procedimiento Penal, únicamente puede disponerse que cese la reclusión cuando, por lo menos, han transcurrido los plazos de que trata el artículo 64 del Código Penal, que se refieren a reclusión en una Colonia Agrícola especial o en un manicomio criminal y no a la permanencia del sindicado en los lugares donde comunmente se lleva a cabo su encarcelación precautelativa, como resulta en este negocio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., octubre dieciocho de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Se ocupa la Corte del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de ocho de junio del corriente año, por la cual condenó al sindicado CARLOS ENRIQUE GARCIA GOMEZ, a reclusión en una colonia agrícola especial por un lapso no inferior a cuatro años, como responsable de los de-

litos de homicidio cometidos en la persona de sus hijas María Adriana y Claudia Patricia.

Conoció en primera instancia el Juzgado 1º Superior de la misma ciudad, en donde se indicó para la citada medida de seguridad un lapso no menor de un año.

HECHOS:

En el auto de proceder se hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"Carlos Enrique García Gómez convivía maritalmente con Liliam de Jesús Montoya Saldarriaga desde unos cinco años atrás, lapso durante el cual, como es de común ocurrencia en estos casos, se presentaron divergencias entre ellos y entonces la mujer retornaba a la casa de sus padres, mas luego, ante los ruegos del varón, volvían nuevamente a la misma vida, en la cual habían procreado a las niñas Adriana María y Claudia Patricia García Montoya (a pesar de ser hijas naturales, habían sido bautizadas como legítimas) de cuatro y medio y dos y medio años de edad, respectivamente. En fin, en el mes de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro, Liliam de Jesús abandonó a Carlos Enrique y éste, como solía hacerlo cuando ello ocurría, se entregó a las libaciones alcohólicas y a indagar por el paradero de su barragana, a quien amaba ciegamente. Sólo en los primeros días de febrero de mil novecientos sesenta y cinco apareció la Montoya Saldarriaga y esto fue motivo de júbilo para García Montoya quien ingenuamente pensó en que rehacería su vida con aquélla. Sin embargo, ello no fue así. Liliam de Jesús desapareció de la ciudad el día ocho del mes y año citados, y Carlos Enrique desesperado se entregó de nuevo a la ingestión de bebidas embriagantes y a hacer lo humanamente posible por localizar a la dueña de su corazón y madre de las pequeñas citadas. No pudo hallarla. Así las cosas, a eso de las ocho de la noche de la fecha que se viene de citar, Carlos Enrique García Gómez (-a- 'Maravilla' o 'El Banderillero') se dirigió a la casa de sus progenitores, doña Tulia Gómez de García y su esposo, situada en la calle 74 número 44A-33, donde residía en el tercer piso con sus hijas naturales Adriana María y Claudia Patricia, y les dio muerte violenta a éstas, causándoles lesiones con arma cortante y punzante en el cuello, para luego inferirse él, Carlos Enrique, otra herida de igual naturaleza y en la misma región, al parecer con el ánimo de eliminarse".

TRAMITE DEL PROCESO:

Mediante providencia de 13 de diciembre de 1965, el Juzgado 1º Superior de Medellín llamó a juicio al citado CARLOS ENRIQUE GARCIA GOMEZ por doble homicidio, señalando que aquél cometió los hechos "en momentos en que se hallaba en estado de grave anomalía síquica".

En el informativo y de acuerdo con el examen que al procesado le practicaron los médicos legistas, se estableció que aquél, "cuando delinquió y trató de suicidarse, se encontraba bajo el influjo de una alteración de su actividad sicoafectiva, de suficiente intensidad para que pueda ser considerada como una grave anomalía del siquismo, de carácter transitorio".

Agotada la etapa del juicio de primera instancia, el juzgado ya aludido le impuso a García Gómez la medida de seguridad de reclusión en una colonia agrícola especial, por un tiempo no menor de un año, de acuerdo con lo que señalan los artículos 64 del Código Penal y 647 del Código de Procedimiento Penal.

El juzgador de segundo grado no estuvo de acuerdo con el lapso mínimo indicado en la sentencia de primera instancia y aumentó a cuatro años ese término de reclusión.

En ese fallo, objeto del recurso de casación, dice el Tribunal Superior de Medellín.

"Cuando el Código Penal en el artículo 36 se refiere a la imposición de la sanción al delincuente teniendo en cuenta la gravedad del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor y menor peligrosidad que lo acompañan y la personalidad del agente, verdaderamente no está haciendo distinción entre penas y medidas de seguridad, pues con el vocablo empleado, sanción, en su condición genérica, cobija tanto unas como otras, hasta el punto de que el título II del Libro 1º, indicado en ese rubro, se descompone en penas para mayores de dieciocho años, en el capítulo 1º, y medidas de seguridad para los delincuentes del artículo 29, en el capítulo 2º.

"Si bien estas últimas no corresponden a un estricto carácter penal, no obstante siempre envuelven una condición represiva, como quiera que implican el aislamiento del delincuente de la sociedad en castigo por así decirlo a su demostrada peligrosidad, así se tienda a buscar prácticamente su recuperación con tratamientos dirigidos a extraerlo de su condición de anormal,

finalidad ésta que no deja de coincidir con el concepto de rehabilitación que domina el actual régimen de la penalidad.

"Y bajo este aspecto, a pesar de que hable de medidas de seguridad, ellas representan una especie de sanción que como tal obliga al juez a dosificarla con arreglo a aquella particular facultad de regulación.

"

"El artículo 64 del C. Penal, al disponer la reclusión en el manicomio criminal o en la colonia agrícola especial por un tiempo no menor de dos años en el primero y de un año en la segunda, para los delincuentes de que trata el artículo 29 del mismo, como sanción específica, medida de seguridad que habrá de subsistir hasta que el enfermo deje de ser un peligro para la sociedad, también está indicando un espacio dentro del cual puede moverse el fallador para determinarla. O sea, que la medida no puede bajar de dos y un año respectivamente, pero sí puede irse hasta su perduración en el tiempo. Al juez le está vedado descender de tales límites, pero no se le prohibe superarlos con aumentos. Bien puede elevarlos y ello corresponde hacer al calificar la delincuencia, atendida la personalidad del anormal, la gravedad del hecho y todos los demás factores que circunscriben su peligrosidad, considerando que ésta no puede cesar en un tiempo inferior al que lo señala como base.

"Ello es lógico, porque precisamente como funcionario al que se atribuye el papel de impartidor de justicia, es el llamado a concretar la medida que debe corresponder a tal delincuencia y eso no podría hacerlo si se le quitara la facultad de graduarla adecuadamente.

"Entonces, cuando se menciona en el aludido artículo 36 los límites de la sanción, estos en tratándose de medidas de seguridad no son otros que las mismas regulaciones que presiden la penalidad con la sola diferencia de la indeterminación en el máximo.

"

"En verdad, aquel artículo 647 del Código de Procedimiento Penal hace referencia a un tiempo mínimo, pero no se circunscribe allí propiamente al contemplado en el artículo 64 del Código Penal, sino que expresa muy claramente: 'fijado en el Código Penal', aludiendo así de manera general al conjunto del mismo, y de acuerdo con éste, en sus armónicas disposiciones, los mínimos que señala no son otros que los que concreta el juez con arreglo a las mismas normas, sin bajar de aquellos extremos, atendiendo a los motivos que rigen la graduación. O sea que tal tiempo mínimo no es propiamente el del artículo 64.

"Tal es la interpretación que más se compadece con los dictados del Código Penal, según las reflexiones que el autorizado tratadista, doctor Angel Martín Vásquez, trae en su obra de Derecho Penal" (pg. 271 y ss.).

"

"Y es que no pueden situarse en un mismo plano de peligrosidad a quien delinque en un estado de grave anomalía síquica y causa o tiene la propensión a inferir un simple daño y el que con acariciamiento de una idea criminal llega a la eliminación de una o dos vidas, para considerar que a ambos se les debe aplicar automáticamente un mismo mínimo de medida de seguridad.

"Si el juez estuviera determinado a obrar tan ciegamente, sobraría prácticamente la producción de un fallo con motivaciones pertinentes a medición alguna. El juzgador se vería avocado a que por ministerio de la ley los mínimos imperaran sin una decisión fundamental, o se convertiría en un aplicador maquinal y sin autonomía del texto rigorista de la ley, cosa que no puede ni debe ocurrir.

"

Se anota, por último, en la providencia acusada, que si el fallador encuentra que "los datos, conclusiones y precisiones..." de la pericia médica... "le presentan a un procesado que por la gravedad del hecho que cometió, el estímulo que lo llevó al delito y su personalidad, exhibe una latente y señalada peligrosidad, indefectiblemente quien está llamado a apreciar y pesar todas esas circunstancias no puede menos que dosificar la sanción que como medida de seguridad para la defensa de la sociedad cabe imponer".

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El doctor Gustavo Rendón Gaviria, en representación del procesado García Gómez, invoca en su demanda la causal primera del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, porque estima que la sen-

tencia del Tribunal Superior de Medellín de que se ha hecho mérito, "es violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea".

Dice que ese fallo violó, por infracción directa y también por interpretación errónea, los artículos 1º, 11, 12, 29, 36, 64 del Código Penal, y el artículo 647 del Código de Procedimiento Penal.

Como demostración del cargo, anota:

a).—Que el concepto de la responsabilidad simplemente legal tiene en el Código Penal una normación que lleva a distinguir "los delitos éticamente tipificados por el dolo o la culpa, de los hechos objetivamente antijurídicos cometidos por personas anormales, en las condiciones descritas por el artículo 29, inimputables en una acepción propia de identificación volitiva y moral del individuo con su conducta".

De ahí que, agrega, a *contrario sensu* de lo que se indica en el artículo 11 del Código Penal, "los hechos ocasionados por las personas a que alude el artículo 29, al no ser atribuíbles o dolo o culpa del agente, no son delitos en sentido propio, ni permiten hablar de culpabilidad, por más que se encomiende a la justicia criminal someter a medidas de seguridad a quienes en estado de anormalidad mental objetivamente cometen hechos que para las personas normales serían verdaderos delitos", (ordinales 1º y 2º del respectivo capítulo de la demanda de casación).

b).—Insiste en que, "cuando se habla en riguroso sentido jurídico de la no imputabilidad de los anormales, no se está adoptando un criterio retrógrado en Derecho Penal, ni escondiendo la necesidad social de la aplicación de medidas de seguridad a dichas personas, pero sí se deja muy en claro que sus conductas no son delitos en la concepción ética de la acción humana, por estar desprovistas de elementos conscientes de volición y valoración racional de la ilicitud" (ordinal 3º Ib.).

c).—Que el artículo 29 del Código Penal no alude a medidas represivas, sino a medios de tutela y de seguridad sociales que "no pueden salir de los propios marcos que el Código Penal les ha dado, y, como ha dicho la Corte, 'en armonía con el Capítulo II del Título 2º del Libro IV del C. de P. P.'", (ordinal 4º Ib.).

d).—Observa que "entre las penas y medidas de seguridad, como enseña la Corte, hay una diferencia fundamental: 'Las primeras son determinadas cuantitativamente en su máximo y en su mínimo, son verdaderas sanciones represivas, se predican para hombres libres con dominio de sus facultades y plenamente imputables; las segundas son indeterminadas en su máximo y determinadas en su mínimo; con la indeterminación —tiempo indefinido— juega íntimamente el factor peligrosidad de los anormales en su condición de alienados, intoxicados crónicos o sujetos que padecen de graves anomalías síquicas, capacidad de peligrosidad que desaparece cuando terminan las causas generadoras de ellas; las medidas de seguridad no tienen el carácter técnico de penas, sino más bien de sistemas preventivos, porque al hacerlas efectivas colocan a la persona en imposibilidad de cometer un nuevo delito, medidas que se aplican a sujetos que por cualquier circunstancia o eventualmente se hallan fuera de la siquis normal'-Cas. de 27 de septiembre de 1955, LXXXI, p. 304", (ordinal 5º Ib.).

c).—Afirma que "este nítido criterio... tiene amplio respaldo en los tratadistas de la materia, igual que en los antecedentes de la ley penal que nos rige" (ordinales 6º y 7º Ib.).

f).—Señala que "el régimen de las medidas de seguridad es como sigue:

"1º—Para las personas (no debe decirse delincuentes) de que trata el artículo 29, hay lugar a reclusión en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial, medidas ceñidas a las prescripciones de los artículos 62, 63 y 64 del Código Penal.

"2º—Esta última disposición fija las condiciones de dicha reclusión...

"3º—Su indeterminación y revocabilidad, aspectos fundamentales que distinguen las medidas de seguridad de las penas, quedan completados por el artículo 74, de acuerdo con el cual 'las providencias que dictare el juez al aplicar las disposiciones de los artículos anteriores, podrán revocarse o reformarse en cualquier tiempo'.

"4º—'Por su lado, el Código de Procedimiento Penal, en el capítulo referencia a la ejecución de las medidas de seguridad', se ocupa de ello en los artículos 647, 652, los cuales transcribe, (ordinal 8º Ib.).

g).—Expresa que, "si el artículo 64 establece un término mínimo de reclusión más o me-

nos prudente y con sabio criterio no señaló un tope máximo a la reclusión en manicomios criminales o colonias agrícolas especiales, esa indeterminación está indicando que con respecto a las personas contempladas en el artículo 29, el fin de las medidas de seguridad es tutelar y proteger, lo mismo a la sociedad que al propio enfermo, tutela que cesa o se suaviza, según el caso, o que puede reasumirse al reaparecer los síntomas de anormal peligrosidad", (ordinal 9º Ib.).

h).—Entiende que "es inconcebible que el *ad quem* atribuya a las medidas de seguridad carácter represivo, y que su aislamiento o reclusión en manicomio o colonia del enfermo mental se impone 'en castigo por así decirlo a su demostrada peligrosidad'; y señala que "el apoyo que el sentenciador trató de buscar en conceptos del doctor Angel Martín Vásquez... no tiene sentido, pues lo expuesto por el distinguido profesor en este particular no es ninguna tesis, sino la formulación de una serie de interrogantes 'que no tienen respuesta', según sus propias palabras, a menos de ser reformado el artículo 647 de la ley de procedimiento" (ordinales 10 y 11 Ib.).

i).—Dice, por último, que "no deja de ser importante destacar que el Tribunal, llevándose de calle las normas del Código Penal, se toma la facultad de fijar, a su talante y por sola presunción, un plazo (cuatro años), antes del cual no habrá desaparecido la peligrosidad del acusado. Es algo así como un dictamen siquiátrico ultra-activo, que ningún perito médico se atrevería a dar; del mismo modo, sin sindéresis jurídica, traslada las normas de dosimetría penal (artículos 36, 37, 38 y siguientes) a las medidas de seguridad, como si estuviera juzgándose un delito cometido por persona no comprendida en el artículo 29. Con igual falta de lógica debió tener en consideración los artículos 363 y 33 del Código Penal, y de una vez imponer bajo el nombre de medida de seguridad, la pena correspondiente a un doble delito de asesinato", (ordinal 12 Ib.).

Concluye con la aseveración de que se impuso al sindicado García Gómez una sanción no prevista en la ley, al menos en cuanto al mínimo autorizado, como consecuencia de una errada aplicación de los artículos 36 y 64 del Código Penal y del artículo 647 del Código de Procedimiento Penal.

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal está de acuerdo con los conceptos expresados por el actor y solicita que se case el fallo recurrido, a fin de que la Corte profiera el que corresponde.

Luego de un examen de los preceptos a que alude el demandante, anota que "el artículo 647 del C. de P. P..., indica, de manera indiscutible, no susceptible de interpretaciones, que el mínimo de reclusión lo fija la ley y no el juzgador, el cual, por ser claro y categórico el ordenamiento legal, debe acatarlo, y si, por propia iniciativa, lo aumenta, viola la ley substancial".

CONSIDERA LA CORTE:

Resulta demostrado el cargo que propone el doctor Gustavo Rendón Gaviria contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, por los siguientes motivos:

1).—Es sabido que el concepto de responsabilidad moral que indicaba el Código Penal derogado desapareció en el estatuto punitivo vigente. De conformidad con el actual estatuto, toda persona que cometa una infracción definida como delito es responsable, así se trate de individuos normales o anormales, o de mayores o menores de dieciocho años. Pero el Código Penal hace una separación de las sanciones, para distinguirlas, de acuerdo con los infractores, en penas y medidas de seguridad.

Se aplican las medidas de seguridad a quienes lleven a cabo un comportamiento antijurídico y que se acomode a una definición punible, si se encuentran en alguna de las situaciones previstas en el artículo 29 del Código Penal, o si se trata de menores de dieciocho años (art. 30 ibidem). Y se imponen las penas, si se tiene que el delincuente es normal y mayor de dieciocho años.

A esta separación de las sanciones en penas y medidas de seguridad alude la Corte en sentencia de casación de 27 de septiembre de 1945 (G.J.t.LXXXI, ps. 299 a 305), en los siguientes términos:

"Entre las penas y medidas de seguridad hay una diferencia fundamental; las primeras son determinadas cuantitativamente en su máximo y en su mínimo, son verdaderas sanciones represivas, se predican para hombres libres con dominio de sus facultades y plenamente imputables; las segundas, son indeterminadas en su máximo y determinadas en su mínimo; con la indeterminación, tiempo indefinido, juega íntimamente

el factor peligrosidad de los anormales en su condición de alienados, intoxicados crónicos o sujetos que padecen de graves anomalías síquicas, capacidad de peligrosidad que desaparece cuando terminan las causas generadoras de ellas; las medidas de seguridad no tienen el carácter técnico de penas, sino más bien de sistemas preventivos, porque al hacerlas efectivas colocan a la persona en imposibilidad de cometer un nuevo delito, medidas que se aplican a sujetos que por cualquier circunstancia o eventualmente se hallan fuera de la siquis normal".

Cabe observar que el estatuto penal colombiano, en desarrollo del principio de la responsabilidad legal que consagra, siguiendo los postulados de la Escuela Positiva del Derecho Penal, acoge el criterio unitario de penas y medidas de seguridad, pues las agrupa bajo la denominación de sanciones, término este usado por Enrique Ferri. Se aparta, pues, de la concepción dualista, que le da a las medidas de seguridad un carácter estrictamente administrativo.

Pero es obvio que la medida de seguridad carece del carácter aflictivo de la pena, y, además, por referirse a los enfermos mentales o a los deficientes por inmadurez síquica (menores de dieciocho años) no tiene esa capacidad intimidativa de la pena.

Anota Sebastián Soler (*"Derecho penal argentino"*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, t.II, p. 457) lo que pasa a transcribirse:

"Las sanciones ordinarias, conminadas al lado de cada figura delictiva, son siempre proporcionadas a la gravedad del hecho, conforme a una valoración político-social de éste, mientras que las medidas de seguridad no dependen, ni por su forma ni por su contenido, de la gravedad del hecho cometido, sino de cierta situación del autor (anormal, menor, habitual), situación que desplaza la aplicabilidad de la sanción proporcionada al hecho, para atender exclusivamente a la peligrosidad del sujeto.

".....

"Este mecanismo de prevención, mediante una amenaza, falta ordinariamente en la medida de seguridad, la cual actúa precisa y principalmente cuando nos encontramos ante un sujeto que por deficiencia o inmadurez síquica no estaba en situación de obrar conforme a esa amenaza. Por eso, la medida de seguridad no depende ni en su clase ni en su duración de la gravedad del delito cometido, sino de la mayor o menor peligrosidad del sujeto".

Igualmente, Ignacio Villalobos, en su *"Derecho penal mejicano"* (Edit. "Porras S.A.", Méjico, 1960, p. 512), expresa:

"Las medidas de seguridad son aquellas que, sin valerse de la intimidación y por tanto sin tener carácter aflictivo, buscan el mismo fin de prevenir futuros atentados de parte de un sujeto que se ha manifestado propenso a incurrir en ellos".

De acuerdo con la síntesis que de su tesis hace el tratadista FILIPO GRISPIGNI (cita de Sebastián Soler, obra aludida, p. 457), corresponde hacer notar, en cambio, que las penas y las medidas de seguridad tienen en común: a), su presupuesto es el delito y son proporcionadas a la peligrosidad; b), consisten en la disminución de un bien jurídico; c), tienden a readaptar o innocuizar, y c), son jurisdiccionalmente aplicables.

Pues bien:

El Código Penal indica mínimos y máximos cuando se ocupa de las penas. Señala apenas el mínimo, de manera fija, con respecto a las medidas de seguridad. Así ocurre, por caso, en cuanto a las personas que se encuentren en alguna de las situaciones previstas en el artículo 29: enajenación mental, intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia, o grave anomalía síquica. Y es explicable que en estas hipótesis no se indique en la ley término máximo, por la finalidad de esta sanción (reclusión en colonia agrícola especial o en un manicomio criminal —artículo 64 del C. P. —) que es estrictamente curativa y preventiva, sin tener el carácter aflictivo e intimidativo de la pena.

2).—El término de dos años en el manicomio criminal y de un año en la colonia agrícola especial es inmodificable por el juez, dado que así resulta de la siguiente norma del Código de Procedimiento Penal:

"Art. 647.—Transcurrido el tiempo mínimo de reclusión fijado en el Código Penal, el juez, a petición del Ministerio Público, del Director del manicomio criminal, o de la colonia agrícola especial, del recluído o de sus parientes, resolverá, de acuerdo con lo establecido en el artículo 64 del Código Penal, la solicitud relativa

a la cesación condicional de la reclusión.—Este incidente se tramitará como articulación".

No se dice en este precepto que podrá resolverse sobre la cesación condicional de la reclusión únicamente cuando haya transcurrido el tiempo mínimo que haya señalado el juez en la sentencia, sino cuando ha tenido cumplimiento ese lapso mínimo previsto en el Código Penal, esto es, como es obvio, el que señala, para uno y otro caso (colonia agrícola especial y manicomio criminal) el artículo 64 de ese estatuto, expresamente citado en aquella disposición procedimental.

Y es que si así no fuera, se llegaría a las siguientes situaciones aberrantes.

a).—Resultaría no sólo antijurídico sino prácticamente imposible que el juzgador, al resolver sobre la aplicación de las medidas de seguridad de que tratan los artículos 62 y 63 del Código Penal (las de que se ha venido haciendo referencia), dosifique el lapso mínimo aumentando los plazos que señala el artículo 64 del Código Penal, pues ello llevaría a un pronóstico inaceptable: el de fijar, sin base ni apoyo alguno, el término al cabo del cual el alienado o intoxicado esté en condiciones de no constituír un peligro para la sociedad, porque ha desaparecido la amenaza de que vuelva a causar daño.

b).—Si la reclusión no puede cesar sino cuando el perito declare que ha desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño (art. 64 del C. P.) y haya transcurrido el tiempo mínimo de reclusión fijado en el Código Penal (art. 647 del C. de P. P.), esto es, el de un año o el de dos años (según que se trate de colonia agrícola especial o de manicomio criminal), el juez que aumentara esos términos mínimos no solamente violaría el precepto primeramente citado, sino que daría lugar a que no pudiera ponerse fin a la reclusión del enfermo curado luego de estar vencidos esos plazos legales, pues habría que esperar a que se cumpliera la totalidad de la sanción mínima indicada por el juzgador. Y en esta forma, se desvirtuaría el objeto de esta medida de seguridad, que es únicamente preventiva y curativa, pues ese mayor lapso de reclusión a que diera lugar el aumento indicado por el juez y que el enfermo ya curado tendría que cumplir para poner término a la sanción mínima señalada en la sentencia, tendría el carácter de sanción aflictiva, lo cual es extraño, como ya se anotó, a los fines de las medidas de seguridad.

Así resulta, si se entiende, contra la letra misma del precepto, que sobre el particular es claro, que cuando en el artículo 647 del C. de P. P. se dice: "transcurrido el tiempo mínimo de reclusión fijado en el Código Penal", se tenga: transcurrido el tiempo mínimo de reclusión fijado y dosificado por el juez.

c).—Como el lapso de reclusión no está determinado en el máximo, atendido que éste depende del hecho de que haya desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño, bien podría ocurrir —si el juez tuviese arbitrio para dosificar el mínimo— que el que fije resulte mayor que el lapso máximo, cuando la curación ocurre antes de vencerse el plazo señalado por el juzgador. Y si ese plazo así individualizado por el juez debe haberse vencido para que proceda la cesación condicional de la reclusión (art. 647 del C. de P. P.), se tendría el absurdo de que la sanción mínima resultase mayor que la máxima cuando el anormal ha dejado de ser un peligro para la sociedad antes de cumplirse el término previsto en la sentencia por encima del que señala, según el caso (artículo 64 del C. P.) el legislador, pues tendría que seguir recluído el delincuente, después de haber permanecido un año en la colonia agrícola especial o dos años en el manicomio criminal, hasta que tuviese fin el plazo indicado por el juez.

3).—Los motivos que llevan a que no se individualice ni por la ley, ni por el juez, el término máximo de duración de tales medidas de seguridad, pues está regulado por el tiempo que requiera la curación del enfermo, hacen improcedente que el juez lleve a cabo la dosificación del plazo mínimo, sobrepasando el que prudentemente previó el legislador.

4).—La diferenciación que hace la Corte en la sentencia mencionada entre penas y medidas de seguridad; la indeterminación del término máximo de la reclusión; la ausencia del carácter aflictivo y de un fin intimidativo en las medidas de seguridad, excluyen de la labor juzgadora en cuanto a estas medidas su dosificación en el tiempo, por encima de los plazos que mencionan los artículos 64 y 67 del Código Penal.

Si no fuese así, nada impediría, como lo observa el demandante, que las circunstancias específicas de agravación o atenuación indicadas para cada delito, resultasen asimismo procedentes con respecto a las medidas de seguridad.

El legislador trae una dosificación de las medidas de seguridad, tomando en cuenta la ma-

yor o menor entidad delictiva y el grado de peligrosidad del delincuente anormal, así:

a).—*Manicomio criminal:* Reclusión por un término no menor de dos años y hasta cuando el alienado deje de ser un peligro para la sociedad, si se trata de delitos para los cuales se señalan penas de presidio, o si el estado del enfermo mental lo hace especialmente peligroso (arts. 63 y 64 del C. P.).

b).—*Colonia agrícola especial:* Reclusión por un término no menor de un año, para los delincuentes a que se refiere el artículo 29 del C. P., en los casos y términos previstos para el manicomio criminal, (arts. 62 y 64 del C. P.).

c).—*Trabajo en obras o empresas públicas:* Se impone a los intoxicados por el alcohol o por una droga venenosa cualquiera. Tiene el carácter de sanción accesoria con respecto a los intoxicados que salgan del manicomio o de la colonia agrícola especial. Y es medida exclusiva, si se trata de infracciones leves o de contravenciones (art. 65 Ib.).

d).—*Prohibición de concurrir a determinados lugares públicos:* Se aplica a los intoxicados como sanción accesoria o como medida exclusiva, en las mismas condiciones señaladas para el trabajo en obras o empresas públicas (art. 66 del mismo Código).

e).—*Libertad vigilada:* De acuerdo con el artículo 67 del C. P., consiste: "a), para los enfermos de la mente o intoxicados, en confiarlos al cuidado de su familia o en internarlos en una casa de salud, hospital o manicomio común, bajo la inspección del Consejo de Patronato y por un tiempo no menor de dos años", y b), "en confiar al menor a su propia familia o a una extraña honorable, o a un establecimiento industrial o agrícola, bajo las condiciones que el juez señale, mediante caución suficiente, si lo juzga necesario, y bajo la vigilancia del juez o de los delegados de estudio y vigilancia" (art. 37 de la Ley 83 de 1946. El aparte b) del art. 67 del C. P. fue derogado por el art. 131 de aquella Ley).

Esta medida se aplica a los delincuentes de que trata el artículo 29 del Código Penal, como sanción principal, en caso de contravenciones.

f).—*Medidas para los menores de dieciocho años:* De acuerdo con el artículo 35 de la Ley 83 de 1946, "el fallo del juez de menores puede consistir en las siguientes medidas:

"1ª—Absolución plena, cuando el hecho delictuoso no se hubiere comprobado;

"2ª—Simple amonestación, cuando la falta hubiere sido ocasional y el menor se hallare en un medio familiar sano y apto para su educación. La detención preventiva en este caso no tendrá lugar o será lo más breve, a fin de conservar el sentimiento del honor en el niño;

"3ª—Libertad vigilada;

"4ª—Entrega del menor a una persona o institución idónea, a fin de lograr su educación, bajo condiciones;

"5ª—Internamiento del menor en una escuela de trabajo, pública o privada, o en una granja agrícola especial para menores, pública o privada, y

"6ª—Internamiento del menor en un reformatorio especial para menores, por tiempo indeterminado, hasta cuando se obtenga la reeducación del menor o la formación de su sentido moral".

Asimismo, se dispone en el artículo 36 de la ley citada que "el juez podrá en cualquier tiempo reformar, sustituír y hacer cesar la medida impuesta a un menor; pero para hacerlo necesitará, en caso de que el menor se halle en un establecimiento de educación, del concepto favorable del director respectivo, o el del Consejo de Disciplina del establecimiento, si se tratare de un establecimiento de reeducación".

Ha hecho, pues, el legislador —se repite— una dosificación de las medidas de seguridad tomando en cuenta la entidad delictiva y el grado de peligrosidad del delincuente.

El término de duración de esta clase de sanciones, sin ser menor a los plazos previstos en la ley (artículos 64 y 67 del Código Penal, reclusión y libertad vigilada para los enfermos de la mente o intoxicados), es indeterminado, pues depende de los resultados de la medida de seguridad en la curación del anormal, en forma que haya desaparecido el peligro de que vuelva a causar daño.

En consecuencia, la gravedad del delito y la peligrosidad del enfermo mental, intoxicado o deficiente síquico se toman en cuenta, sólo, para señalar la medida de seguridad señalada en la ley. Su duración, se repite, depende de sus efectos en la remoción de la peligrosidad del agente. Ninguna razón práctica explica, entonces, que el juez, con apoyo en el artículo 36 del

C. P., sobrepase los plazos mínimos a que aluden los artículos 64 y 67 (aparte a) del mismo estatuto, señalados únicamente para que no se imponga uno inferior.

5).—El pensamiento de la Comisión Redactora del Código Penal, al disponer que la reclusión en la colonia agrícola especial o en el manicomio criminal o la libertad vigilada no sea menor de dos años, en las dos últimas, ni de un año, en la primera, fue el de evitar que a los pocos días cesara la reclusión o la libertad vigilada, por hallarse que el enfermo mental o el intoxicado ya no constituyen un peligro para la sociedad, lo cual propiciaría las simulaciones y traería el consiguiente escándalo público.

En el acta número 88, de la sesión de 22 de noviembre de 1934, se leè lo que sigue:

"El doctor Cárdenas considera muy interesante y desde luego aceptable la fijación de un mínimum para la aplicación de la medida de seguridad a que se refiere el doctor Lozano, entre otras razones con el fin de evitar las simulaciones que pudieran presentarse, tendientes a obtener que algunos delincuentes fueran enviados a manicomios o sitios semejantes, y a los pocos meses o después de varios días, comprobada la sanidad mental de los recluídos se les pusiera en libertad, lo que causaría un profundo escándalo en la sociedad".

Y en la sesión de 15 de noviembre de 1934 (acta número 82), expresa el doctor Lozano:

"En cuanto a la internación de los alienados en el manicomio, es necesario fijar un límite de permanencia mínima en él, es decir, que aunque se compruebe que el loco ha recobrado su sanidad mental no debe ser puesto en libertad si ese límite mínimo de internación no se ha cumplido, con lo cual se evitan los favoritismos y el escándalo social de ver por la calle a los locos delincuentes después que han estado un tiempo demasiado breve en el manicomio".

6).—Anotó el doctor Escallón, miembro de la Comisión Redactora del Código Penal, en la sesión de 23 de noviembre de 1934 (acta número 89), cuando se debatía sobre las medidas de seguridad, lo que pasa a transcribirse:

"Debe también establecerse el licenciamiento condicional distinto de la condena condicional, porque en tratándose de los anormales, ellos deben ser recluídos de nuevo si su estado de anormalidad y de peligrosidad así lo exige, aunque no se cometan nuevas infracciones. Considera prudente dejar al juez la facultad de enviar al delincuente alienado al manicomio o a la colonia, porque en estos casos la medida de seguridad no depènde tanto del hecho cuanto de la personalidad del delincuente. El hecho puede ser leve, y sin embargo existir la necesidad de enviar al autor al manicomio o a la colonia".

En desarrollo de estas ideas, de una parte se indicó en él artículo 63 del Código Penal que "el manicomio criminal se destina para recluír a los alienados que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos"; y, de otra, se dispuso en el artículo 74 de la misma obra que "las providencias que dictare el juez al aplicar las disposiciones de los artículos anteriores, podrán revocarse o reformarse en cualquier tiempo".

Y en cuanto a esto último, se tiene que una de las disposiciones anteriores a que alude el referido artículo 74 del Código Penal es aquella (artículo 64) que faculta al juez para disponer que cese condicionalmente la reclusión, si se dan las exigencias en este último precepto indicadas y las que señala el artículo 647 del C. del P. P.

Entonces, ¿qué fin práctico tiene esa pretendida facultad del juez para indicar un lapso de reclusión que sobrepase los términos previstos en el artículo 64 mencionado?

Si se han cumplido esos plazos legales y el juez ha ordenado que cese condicionalmente esa reclusión, bien puede revocar lo resuelto y disponer que regrese el delincuente a la colonia agrícola especial o al manicomio criminal, si su estado de anormalidad y de peligrosidad así lo aconsejan. Entonces, ningún objeto tiene esa pretendida dosificación del término mínimo, en estas medidas de seguridad.

Y no es dable admitir que ese aumento del plazo mínimo de reclusión se haga en razón de que se estime que el lapso señalado en la ley resulta corto para asegurar la curación del enfermo o del intoxicado, pues la duración del tratamiento no depende del término que señale el juez, ni siquiera del que ha previsto el legislador, sino del resultado beneficioso de la medida, en forma que el perito pueda dictaminar que ha desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño. La misma indeterminación del lapso máximo de la reclusión niega toda razón práctica a la dosificación de esta medida de seguridad por parte del juez. Otra cosa

es que no pueda señalar un término inferior al de un año, en caso de aplicarle al delincuente reclusión en colonia agrícola especial, o al de dos años, si se trata de reclusión en un manicomio criminal, porque encontró prudente el legislador que únicamente después de cumplidos esos plazos puede disponerse que cese condicionalmente la medida asegurativa.

7).—Es de importancia hacer notar que la Corte, en las distintas oportunidades en que ha aplicado el precepto contenido en el artículo 64 del Código Penal, ha señalado los plazos mínimos que en este precepto se indican.

Corresponde citar los casos siguientes.

a).—Sentencia de casación de 20 de junio de 1941 (G.J.t.LI, p. 353 a 361), suscrita por los Magistrados, doctores Absalón Fernández de Soto, José Antonio Montalvo y Campo Elías Aguirre. La parte resolutiva dice:

"RESUELVE: Antonio Muñoz Leal, responsable de asesinato cometido en la persona de su mujer legítima Inocencia Carreño, preso actualmente en la Penitenciaría Central de Bogotá, será recluído inmediatamente en un manicomio criminal por un término no menor de dos (2) años, que empezará a contarse a partir de la fecha en que se efectúe su traslado al establecimiento de la clase indicada que designe el Gobierno.

"Transcurrido dicho término, el juez de la causa, a petición del Ministerio Público, del Director del manicomio, del recluído o de sus parientes, resolverá, de acuerdo con lo establecido en el artículo 64 del Código Penal, la solicitud relativa a la cesación condicional de la reclusión (artículo 647 del Código de Procedimiento Penal).

"Mientras se cumple esta sentencia, Muñoz Leal continuará detenido en la Penitenciaría Central de esta ciudad, a disposición del Juez Primero Superior de Bucaramanga, para efectos del artículo 633 ibidem.

"Sobre el particular, ofíciese por la Secretaría de esta Sala al Director de tal establecimiento".

b).—Sentencia de casación de 27 de septiembre de 1955 (G.J.t.LXXXI, p. 300 a 305), firmada por los Magistrados Domingo Sarasty Montenegro, Jesús Estrada Monsalve, Ricardo Jordán Jiménez y Luis Zafra. La parte resolutiva expresa:

"RESUELVE: a), imponer a José María Herrera Ospina... reclusión en un Manicomio Criminal por el término de dos años...".

c).—Sentencia de casación de 31 de julio de 1946 (G.J.t.LXI, p. 154 a 165), suscrita por los doctores Agustín Gómez Prada, Francisco Bruno, Jorge E. Gutiérrez Anzola, Ricardo Jordán Jiménez y Domingo Sarasty. Dice la parte resolutiva:

"... 1º La sanción que corresponde a Leonor González v. de Rodríguez es la de reclusión en una Colonia Agrícola Especial, por el término de un año...".

8º—La opinión de los tratadistas nacionales y extranjeros respalda la conclusión de que es fijo el término mínimo previsto en el artículo 64 del Código Penal colombiano. Sea lo que expresan algunos:

a).—El profesor Luis Carlos Pérez (*"Derecho penal"*, Editorial "Temis", Bogotá, 1959, t.IV, p. 588), dice:

"El artículo 64 determina dos condiciones: a), en cuanto al tiempo (no puede permanecer el recluso menos de dos años, en el manicomio, o uno en la colonia), y b), en cuanto a la curación del paciente. El *daño* a que se refiere el inciso segundo del artículo 64, no es más que un cálculo de los funcionarios interventores basado en el desaparecimiento de la enfermedad...".

b).—El doctor Samuel Barrientos Restrepo, en sus *"Elementos de derecho penal"* (Ediciones "Universidad Pontificia Bolivariana", Medellín, 1962, p. 108), expresa lo que pasa a transcribirse:

"Los anormales, los intoxicados crónicos y los anómalos síquicos permanecerán en los establecimientos que se les han señalado, hasta que dejen de ser peligrosos para la sociedad, esto es, indefinidamente. En todo caso, no menos de dos años en el manicomio criminal, ni menos de un año en la colonia agrícola especial".

c).—El profesor Luis Eduardo Mesa Velásquez (*"Derecho penal"*, p. 313 a 314) se muestra, inclusive, opuesto al señalamiento legal de su término mínimo para la reclusión de los enfermos mentales, cuando anota:

"Presume la ley, con muy discutible fundamento, que antes de dos años no puede el enfermo recuperar su salud. Nosotros no encontra-

mos justificación alguna a ese límite mínimo. Es completamente absurdo, innecesario, casi cruel, obligar al paciente que ha recobrado la salud a permanecer por más tiempo recluído en el manicomio. Esa disposición tiene en esa parte un matiz expiatorio inexplicable. Gómez Prada, citando a Gutiérrez Gómez, defiende la fijación de ese mínimo diciendo que se hizo necesario para evitar que resultaran írritas las sentencias condenatorias contra los anormales, razón que no nos convence, por lo que hemos observado en la práctica judicial".

d).—El tratadista Francesco Antolisei ("*Manual de derecho penal*", Editorial "Uteha", Buenos Aires, 1960, p. 566), al comentar el artículo 207 del Código Penal de Italia, dice:

"Conforme a la regla general establecida por el artículo 207 del Código, las medidas de seguridad no pueden ser revocadas si las personas sometidas a ellas no han cesado de ser socialmente peligrosas, lo que es muy natural desde el momento que su función es la de preservar a la sociedad del peligro de la recaída del individuo en el delito.

"Derívase de este principio que la duración de las medidas de seguridad es indeterminada. Dicha indeterminación, relativa y no absoluta, se refiere al máximo de su duración. La razón de ello es fácilmente comprensible. Debiendo prolongarse hasta que haya desaparecido el estado de peligrosidad de la persona, su terminación no puede ser establecida *a priori*, es decir, en el momento en que la medida es acordada, ya que en él no puede preverse cuándo el individuo habrá mejorado hasta el punto de poder ser puesto nuevamente en circulación. El establecimiento de ello sólo puede hacerse después de haberse aplicado la medida, constatando los efectos que ha surtido sobre las condiciones síquicas del sujeto.

"La indeterminación se actúa en la práctica del modo siguiente. Cada medida tiene un mínimum establecido por la ley según las diversas clases de delincuentes y la gravedad del delito. Transcurrido dicho período mínimo, el juez procede al reexamen de la peligrosidad (art. 208 del Código Penal), es decir, vuelve a examinar las condiciones del individuo que se halla sometido a la medida para establecer si es todavía peligroso. Cuando se desprenda del examen que la peligrosidad ha cesado, el juez ordena la revocación de la medida de seguridad; por el contrario, si la peligrosidad perdura, fija un nuevo término para un examen ulterior. Decaído este segundo término, el juez procede aún al examen de la persona, fijando eventualmente un nuevo término y así sucesivamente mientras no haya desaparecido el estado de peligrosidad. La duración de la medida de seguridad puede extenderse, en consecuencia, durante toda la vida del individuo".

9).—Incurre en una errada interpretación el juzgador de segunda instancia cuando estima, en la sentencia acusada, que el artículo 647 del C. de P. P. "hace referencia a un tiempo mínimo, pero no se circunscribe allí propiamente al contemplado en el artículo 64 del Código Penal, sino que expresa muy claramente: 'fijado en el Código Penal', aludiendo así de manera general al conjunto del mismo, y de acuerdo con éste, en sus armónicas disposiciones, los mínimos que señala no son otros que los que concreta el juez con arreglo a las mismas normas, sin bajar de aquellos extremos, atendiendo a los motivos que rigen la graduación. O sea que tal tiempo mínimo no es propiamente el del artículo 64". En efecto, de manera expresa el citado artículo 647 alude al "tiempo mínimo de reclusión fijado en el Código Penal". Y donde se habla de reclusión en dicho estatuto es, precisamente, en el artículo 64, para indicar los términos mínimos previstos para los delincuentes que estén en alguna de las situaciones señaladas en el artículo 29 de la misma obra, y en el artículo 61, cuando expresa que "la reclusión en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial" es una medida de seguridad.

Es obvio, entonces, que la cita que del Código Penal se hace en el artículo 647 del estatuto procesal no puede referirse sino al artículo 64 de aquella obra, pues es la única norma que en el Código Penal se ocupa del "tiempo mínimo de reclusión" que deben sufrir los enfermos mentales o los intoxicados que delinquen.

Además, ese artículo 64 del Código Penal aparece expresamente mencionado en el artículo 647 del estatuto procesal.

10).—A la observación del Tribunal Superior de Medellín de que "no pueden situarse en un mismo plano de peligrosidad a quien delinque en un estado de grave anomalía síquica y causa o tiene la propensión a inferir un simple daño y el que con acariciamiento de una idea criminal llega a la eliminación de una o dos vidas, para considerar que a ambos se les debe aplicar automáticamente un mismo mínimo de medida de seguridad", corresponde anotar:

a).—Que el Código Penal ha hecho una dosimetría de las medidas de seguridad según la gravedad del delito cometido, en atención a la mayor peligrosidad que pone de manifiesto el delincuente, o al menor índice de la misma. Es así como ha señalado el manicomio criminal para recluír a los alienados que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos (art. 63 del C. P.). Igualmente, dispone que el trabajo en obras o empresas públicas se aplique exclusivamente a los intoxicados en los casos de infracciones leves o de contravenciones (inciso 2º del art. 65 Ib.). Similar precepto del que acaba de citarse trae la legislación penal para establecer la prohibición de concurrir a determinados lugares públicos. Y la libertad vigilada se impone, como sanción principal, a los delincuentes de que trata el artículo 29, en caso de contravenciones (art. 68 de la misma obra).

b).—Las medidas de seguridad, se insiste, no tienen carácter aflictivo, ni finalidades intimidativas. Son tratamientos curativos y sistemas de prevención. Sobre el objeto de estas sanciones no existe opinión discorde alguna.

11).—Carece de fuerza el argumento del juzgador de segunda instancia cuando anota: "Si el juez estuviera determinado a obrar tan ciegamente, sobraría prácticamente la producción de un fallo con motivaciones pertinentes a medición alguna. El juzgador se vería avocado a que por ministerio de la ley los mínimos imperaran sin una decisión fundamental, o se convertiría en un aplicador maquinal y sin autonomía del texto rigorista de la ley, cosa que no puede ni debe ocurrir".

Y así sucede, tratándose de medidas de seguridad, porque el término de duración de éstas y particularmente de la reclusión en una colonia agrícola especial o en un manicomio criminal de los enfermos mentales está sólo condicionado por la curación del anormal. Esa reclusión, dice el artículo 64 del Código Penal, "subsistirá hasta que el enfermo o intoxicado deje de ser un peligro para la sociedad".

Ya se anotó cuál fue el pensamiento de la Comisión Redactora del Código Penal cuando se ocupó de fijar los plazos mínimos de dicha reclusión. Aumentarlos, no es labor encomendada por la ley al juzgador. Su misión es señalarlos. Posteriormente, según los casos, podrá hacer cesar esa reclusión condicionalmente o ponerle término. Es en estas oportunidades cuando su misión individualizadora tiene cumplimiento.

En la legislación penal mejicana (arts. 67 y 68), la reclusión de los enfermos mentales y de los sordomudos que delinquen se dispone por tiempo indeterminado: el necesario para la curación de aquéllos o la educación e instrucción de éstos. No se indica, como en la legislación colombiana, lapso mínimo alguno.

¿Cuál es, entonces, la resolución que debe proferir el juez mejicano, en relación con esa clase de delincuentes? La única de disponer el ingreso de tales personas a los establecimientos respectivos, hasta cuando ocurra su curación u obtengan la educación o instrucción convenientes.

Las normas del Código Penal de Méjico, citadas, dicen.

"Art. 67.—A los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal se les recluirá en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción".

"Art. 68.—Los locos, idiotas, imbéciles, o los que sufran cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán recluídos en manicomios o en departamentos especiales, por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos, con autorización de facultativo, a un régimen de trabajo.

"En igual forma procederá el juez con los procesados o condenados que enloquezcan, en los términos que determina el Código de Procedimiento Penal".

Bien sabido es que la indeterminación de las sanciones, en la práctica, ofrece dos sistemas: uno absoluto, cuando no se indica ni el mínimo ni el máximo de duración, y otro relativo, si se fija el mínimo, o el máximo, o ambos.

El legislador mejicano acoge el sistema absoluto, en los preceptos transcritos.

La segregación por tiempo indeterminado de los delincuentes peligrosos es uno de los postulados de la Escuela Positiva del Derecho Penal, en cuanto a las sanciones. El tratadista Luis Carlos Pérez dice en su "*Derecho penal*" (obra citada, t.IV, p. 554) que "la sentencia indeterminada consiste en condenar al responsable de un delito sin término fijo, obligándolo a permanecer en prisión y sometiéndolo a un tratamiento reformatorio hasta que se capacite para recibir su libertad". Menciona este autor a FONTECILLA, quien anota:

"Si la pena tiene por objeto corregir a la persona defendiendo a la sociedad; si los delincuentes no son iguales; si nadie puede adivinar el tiempo que demore un hombre para corregirse y volver a la vida social; si las penas fijadas *a priori* han sido absurdas e ineficaces, porque permiten que el individuo salga en libertad, sin garantizar a los demás su corrección (y de allí que la incidencia sea un fenómeno generalizado), tenemos que llegar forzosamente a esta conclusión: el único remedio para luchar ventajosamente contra la criminalidad es hacer depender la duración de la pena de la corrección del sujeto, tiempo que no se debe fijar en la sentencia, como se hace hoy, antes que el individuo haya sido sometido a tratamiento correctivo y regenerador".

No es extraño, entonces, que el Código Penal colombiano, bastante informado en las ideas de la Escuela Positiva, al menos en cuanto a las medidas de seguridad acogiera esa indeterminación relativa de las sanciones, en la forma ya indicada: señalando un término mínimo fijo (de dos años para la reclusión en un manicomio criminal y para la libertad vigilada, y de un año para la reclusión en una colonia agrícola especial), e indicando que el plazo máximo sólo queda determinado por la curación del enfermo mental o del intoxicado.

Se tiene, en resumen:

—I—

Acogido el principio de la responsabilidad legal en la legislación penal colombiana (artículo 11) y teniendo, en consecuencia, el mismo fundamento las penas y las medidas de seguridad, cabe admitir, por este aspecto, que el Código Penal establece la unidad entre esas dos clases de sanciones.

Sin embargo, dado el carácter aflictivo y atendida la finalidad intimidatoria (que de aquél surge) de las penas, al hacerlas conocer de antemano el Código Penal cuando indica el mínimo y el máximo correspondiente, es obvio que no puede identificarlas, de manera absoluta, con las medidas de seguridad. Estas últimas carecen del carácter aflictivo (su misión es sólo curativa y preventiva) y, en consecuencia de la falta de ese carácter aflictivo y de la indeterminación relativa que con respecto a las medidas de seguridad consagra el Código Penal, no ofrecen el poder intimidatorio de las penas, tanto más, cuanto que se refieren a personas anormales y a deficientes síquicos.

El profesor Luis Carlos Pérez ("*Derecho penal*", obra citada, p. 560, t.IV), resume, sobre este particular, el pensamiento de FLORIAN, así: "Sostiene que la unidad entre penas y medidas de seguridad encuentra su razón profunda en la identidad del fundamento de la responsabilidad, por lo que quien admite el dualismo de ésta, debe necesariamente admitir también la distinción entre aquéllas. Los demás caracteres comunes o diversos son más bien accesorios. En cuanto a la sustancia de las dos medidas, es claro que si no se mantiene la aflicción como atributo de la pena, ambas se compenetran, (parte general, v.II, p. 14 y ss.)".

Y el tratadista Ignacio Villalobos, en su "*Derecho penal mejicano*", obra citada, p. 509, anota:

"Para que la pena sea intimidatoria debe ser aflictiva, pues a nadie amedrentaría la promesa de una respuesta agradable o indiferente; debe ser legal, ya que sólo así, conocida de antemano, puede producir el efecto que se busca; debe ser cierta, pues la sola esperanza de eludirla por deficiencias de la maquinaria encargada de investigar y sancionar los delitos, por indultos graciosos, etc., deja sin efecto una amenaza que el presunto delincuente es propenso a desechar".

—II—

El Código Penal colombiano señala para la reclusión de los enfermos mentales y de los intoxicados que delincan términos mínimos fijos, sin que deje al juez facultad alguna para dosificarlos.

—III—

La Corte, en las sentencias citadas, aplicó la medida de seguridad de reclusión acogiendo, estrictamente, esos plazos mínimos señalados en el artículo 64 del Código Penal. Y el fallo de esta corporación, mencionado por el Tribunal Superior de Medellín, de 4 de abril de 1941 (G.J. números 1971-1972, p. 309 y ss.), en el cual se aumentó el lapso de reclusión previsto en la ley, es anterior a aquellas otras providencias, las cuales rectificaron tal criterio.

—IV—

La opinión de los tratadistas mencionados reafirma la aseveración que se hace en el punto II de esta síntesis.

—V—

La ausencia de todo fin práctico y el resultado absurdo que pudiera darse, de que el mínimo individualizado por el juez resulte superior al tiempo máximo que requiera la curación del enfermo mental o del intoxicado (lo cual pone término a la reclusión), rechazan esa supuesta facultad dosificadora del juzgador, en cuanto al lapso mínimo de la medida de seguridad.

Resulta, como ya se dijo, probado el cargo que propone el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de que se ha hecho mérito, y, en consecuencia, prospera la causal primera de casación prevista en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964. En efecto, en el fallo acusado se incurrió en violación de la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 64 del Código Penal y del artículo 647 del Código de Procedimiento Penal y por indebida aplicación de los artículos 36 a 40, inclusive, de aquella obra.

Corresponde, por tanto, casar la sentencia aludida y dictar la que deba reemplazarla (ord. 1º del art. 58 del decreto citado).

Pues bien:

1º—De acuerdo con una correcta interpretación de los artículos 62 a 64 del Código Penal, la sanción imponible es la de reclusión en una colonia agrícola especial por un término de un año, pues el procesado CARLOS ENRIQUE GARCIA GOMEZ no es un alienado mental, sino que, cuando delinquió, como anotan los médicos legistas (f. 102 del Cd. ppl.), "se encontraba bajo el influjo de una alteración de su actividad sico-física, de suficiente intensidad para que pueda ser considerada como una grave anomalía síquica, de carácter transitorio".

El artículo 63 del Código Penal alude a los alienados que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos, para indicar que su reclusión debe cumplirse en un manicomio criminal. Resulta obvio, entonces, que esta medida de seguridad no es legalmente aplicable, ni resulta aconsejable, en los casos de delincuentes que cometieron el delito en estado de grave anomalía síquica transitoria, como ocurre en el caso presente.

La Corte, en sentencia de 31 de julio de 1946 (G.J.t.LXI, p. 163 y ss.), citada en el fallo recurrido, dice:

"Esas medidas de seguridad no se pueden aplicar indiscriminadamente, y en cualquier forma. En el proceso de individualización de la sanción —y es este un atributo fundamental de la reforma penal colombiana— la medida debe adecuarse a las condiciones sicológicas y sociales del sujeto, a los antecedentes de su personalidad vista a través de todos sus aspectos y a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso. Así, por ejemplo, es lógico que al delincuente enajenado mental, la medida que debe aplicársele será la segregación en un manicomio criminal, institución esta que, por lo menos teóricamente entre nosotros, tiene como objetivo cuidar al enfermo, procurar restaurar su salud mental y rehabilitarlo de tal forma que, en un futuro más o menos lejano, pueda nuevamente incorporarse a la vida ciudadana sin peligro para nadie... Pero si lo anterior se predica de las personas que adolecen de una anormalidad síquica o mental, cuyas características averiguadas en el proceso revelan una situación de permanencia relativa, susceptible de modificarse con el tratamiento posterior, resultaría ilógico y absurdo que la medida propuesta (manicomio criminal) corresponda como resultante del proceso de individualización a personas cuya anormalidad descubierta en los antecedentes procesales revele ser de corta duración, o mejor dicho, de carácter transitorio. Es decir, si al momento de imponerse la sanción que corresponda al delincuente, éste revela estar de nuevo en situación normal, y esa rehabilitación mental es una cosa averiguada, resultaría inútil, injusto y sobre todo sumamente perjudicial someter a la segregación del manicomio criminal a una persona cuya peligrosidad ya ha desaparecido y con respecto a la cual sería inhumano colocarla en el sitio correspondiente a una anomalía que ya no padece".

Y se anota más adelante, en este mismo fallo:

"Parece suceder que en previsión de estos casos de anomalía síquica de carácter transitorio el legislador haya creado también teóricamente las llamadas colonias agrícolas especiales que, al decir del Código Penal en su artículo 62, lo mismo que para los manicomios criminales: 'son establecimientos organizados de acuerdo con las prescripciones de la ciencia médica, separados de las instituciones similares para enfermos de la mente comunes, dirigidos por siquiatras, y en donde en cuanto sea posible, deberá establecerse

el trabajo industrial o agrícola'. Es natural que, conforme a las prescripciones de la ciencia médica, los delincuentes de esta especie sean sometidos a un tratamiento más que todo de observación y de trabajo con la finalidad de que al restituírlos a la sociedad se pueda afirmar de ellos con alguna probabilidad, que ha desaparecido la causa de su perturbación y que ya no ofrecen peligro alguno.

"Ahora bien, si los institutos de readaptación de carácter técnico, tales como los manicomios criminales o las Colonias Agrícolas Especiales, o medidas como la libertad vigilada son de difícil cumplimiento por inexistencia de los mismos o por dificultades económicas imponderables, ello es un problema que no corresponde examinar a los jueces que deben limitarse a cumplir las disposiciones de la ley, sino a la administración que debe dar aplicación a las órdenes y medidas que los jueces señalen".

Proceden, asimismo, las siguientes razones:

a).—Si al alienado que comete delitos que no tengan señalada pena de presidio debe recluírsele en un manicomio criminal, si su estado lo hace especialmente peligroso (art. 63 del C. P.), cabe también admitir que la persona que delinque en un caso de grave anomalía síquica, de carácter transitorio, no debe ser recluído en el manicomio criminal, sino en la colonia agrícola especial, así la infracción tenga prevista la pena de presidio, pues no es aquel el lugar adecuado para su readaptación social.

Esto, porque si bien la decisión del juez se apoya en el delito cometido, la reclusión en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial (cuando proceden estas medidas de seguridad) se condiciona a la salud mental del responsable, objetivo primordial de la medida asegurativa.

b).—El artículo 63 del Código Penal se refiere a los alienados, para disponer que sean recluídos en el manicomio criminal, si cometen delitos sancionados con la pena de presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos. No alude a quienes, al tiempo de cometer el hecho padezcan de grave anomalía síquica.

Es sabido que las expresiones "enajenación mental" y "anomalía síquica" tienen diferente alcance conceptual. El profesor Pablo A. Llinás ("*Revista de medicina legal de Colombia*", v.XI, p. 17 a 20 de los números 57 y 58), dice: "A primera vista pudiera tacharse de redundancia en las disposiciones del artículo 29 del Código Penal, pero no es así, porque si es cierto que en toda alienación mental hay anomalía síquica grave, la recíproca no es exacta, puesto que hay casos de anomalía síquica grave sin manifestaciones de alienación mental, y de ahí que el legislador procura subsanar expresamente las deficiencias del artículo 29 del antiguo código penal, porque al lado de los verdaderos alienados hay otros individuos colocados o que se colocan en condiciones desfavorables al cumplimiento de los mandatos legales o de las normas sociales'.

Y el doctor Rafael Campo Restrepo, en concepto que envió a la Corte cuando desempeñaba el cargo de Procurador Primero Delegado en lo Penal, publicado en "Diario Jurídico" (Bogotá, números 566 a 568, de mayo de 1962), transcrito en la obra "*Curso de derecho penal general*" del doctor Bernardo Gaitán Mahecha (Ediciones "Lerner", Bogotá, 1963, p. 320), dice: "Es de la esencia de la grave anomalía síquica, la transitoriedad del estado, por oposición o contraste con la enajenación mental, que es de por sí una enfermedad mental de carácter general y persistente, y que como tal requiere un tratamiento científico apropiado para que desaparezca. Pero a más de la anotada diferencia, se tiene que si es evidente que la enajenación mental siempre equivale a una anomalía o perturbación síquica, también es verdad que no toda anomalía síquica grave es enajenación mental, como acertadamente apunta el profesor Llinás".

Entonces, dado que en algunos casos la anomalía síquica y la enajenación mental pueden resultar equivalentes, bien puede admitirse la aplicación del precepto contenido en el artículo 63 del Código Penal en esa hipótesis de igualdad, pero siempre que se desprenda de la pericia siquiátrica que el delincuente padece de una grave anomalía síquica equiparable a un estado de enajenación mental. Es obvio que si el experto siquiátrico encuentra, en un caso dado, que la grave anomalía síquica tiene ese alcance de enajenación mental, así lo indicará en su concepto, hablando de alienación mental y no de grave anomalía síquica, dados los diferentes matices que esta última ofrece.

c).—Los siguientes tratadistas reafirman el criterio expuesto:

En su obra "Derecho penal colombiano", dice el doctor Antonio Vicente Arenas lo que sigue:

"El manicomio criminal se aplica: a) A los alienados que cometan delitos para los cuales se

haya señalado pena de presidio, y b) A los alienados especialmente peligrosos, cualquiera que sea la pena señalada para el delito (art. 63). En consecuencia, el manicomio criminal es exclusivo para los alienados o enajenados mentales. Nunca se puede imponer esta medida a los delincuentes que padecen de grave anomalía síquica o de intoxicación crónica producida por el alcohol u otra sustancia, pero no es forzoso llevar siempre a los alienados a manicomios criminales".

Agrega este autor que "la colonia agrícola especial se aplica: a) A los alienados mentales que cometan delitos para los cuales se haya señalado pena distinta a la de presidio (a menos que su estado los haga muy peligrosos, como lo dispone el artículo 63); b) A los demás anormales de que trata el artículo 29, o sea a los que padecen de grave anomalía síquica o de intoxicación crónica producida por el alcohol u otra sustancia, sin perjuicio de que se les imponga una medida de seguridad diferente (menos la de manicomio criminal)".

Y el doctor Samuel Barrientos Restrepo, en la obra ya mencionada (p. 108) anota: "Al loco se le interna en un manicomio criminal. Al intoxicado crónico o anómalo síquico, en una colonia agrícola".

También viene al caso transcribir lo siguiente, de la obra del doctor Samuel Barrientos Restrepo (p. 256 a 257), sobre el alcance de enfermedad mental:

"Ha sido aceptada, por lo general, la definición de enfermedad mental que trae el profesor Nerio Rojas. Dice: 'La alienación mental consiste en el trastorno general y persistente de las funciones síquicas, y en que sus causas patológicas las ignora, o no las interpreta debidamente el enfermo y que impide la adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente, sin provecho para sí mismo ni para la sociedad'. Esta definición ha sido explicada por Guillermo Uribe Cualla en estos términos:

'En primer lugar, una alteración general y persistente de las funciones síquicas del cerebro; no se refiere a que esta o aquella función esté más o menos alterada, sino a que hay una perturbación general en el siquismo, bien en lo que se refiere al juicio, a la voluntad, a la imaginación, a la asociación ideativa, a la vida afectiva, etc. Es, pues, un trastorno general de las funciones síquicas.

'Es por otra parte persistente esta alteración. No es algo vago, fugaz o transitorio, como aquellos estados de obnubilación mental que se producen, por ejemplo, por consecuencia de la embriaguez aguda o por influencia de ciertas sustancias tóxicas que puedan producir acción pasajera; o de ciertos estados epilépticos que por sí mismos no constituyen un estado verdadero de alienación mental, sino que existe un trastorno persistente de las facultades mentales.

'En el alienado las causas patológicas que producen tal perturbación permanente, generalmente las ignora el individuo que las sufre y si llega a darse cuenta en alguna forma, es interpretándolas mal, de manera que en general existe un estado de inconsciencia, sobre todo en relación con las causas que las están produciendo'.

"El alienado...", agrega el doctor Barrientos Restrepo...', "no acepta las reglas sociales, las normas legales y morales que rigen el Estado, y causa daño a los individuos y a la sociedad. De tal regla hay que excluír a los desadaptados 'que reaccionan no pocas veces contra un medio social, no porque sean perturbados mentalmente, sino que de una manera inteligente llegan a reaccionar contra determinadas circunstancias sociales, como son, ciertos revolucionarios, individuos geniales, en que precisamente esa desadaptación social no se hace en virtud de anomalías síquicas sino que tiene su explicación porque son modos de obrar con ánimo de modificar determinadas condiciones sociales, lo cual resulta a veces en provecho personal o también para la misma sociedad; mientras que el individuo verdaderamente alienado, de esa desadaptación no consigue beneficio ninguno, para él ni para los asociados, desde luego que muchos de los actos que ejecuta son nocivos para sí mismo y para la sociedad en donde vive'".

Así, pues, la sanción imponible es la de reclusión, como ya se dijo, por un término no menor de un año, la que habrá de cumplirse en la Colonia Agrícola Especial que determine el Gobierno, reclusión, que subsistirá hasta cuando el procesado deje de ser un peligro para la sociedad. Esto, porque el sindicado CARLOS ENRIQUE GARCIA GOMEZ, de acuerdo con la pericia siquiátrica, no es un alienado mental, ni un intoxicado, sino que cometió el hecho en estado de grave anomalía síquica, de carácter transitorio.

2º—El tiempo que lleva en detención preventiva el procesado, nó puede abonarse al que se

fija como mínimo de la sanción, en este fallo, porque el artículo 96 del Código Penal alude a penas y no a medidas de seguridad. Esta norma, en efecto, dice: "El tiempo de la detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de la libertad...". La aplicación analógica no procede, por lo que pasa a observarse:

a).—El fin mismo de la medida de seguridad que se examina, o sea el de tratar o readaptar al alienado mental, intoxicado o perturbado síquico mediante reclusión, según el caso, en el manicomio criminal o en la colonia agrícola especial, al menos por los plazos señalados en el artículo 64 del Código Penal, resultaría inoperante si se tuviese como parte cumplida de la sanción el término de la detención precautelativa, pues no es durante ese lapso, por lo general, cuando el anormal recibe el tratamiento pertinente.

Otra cosa es si la encarcelación preventiva se ha cumplido en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial, pues en estos supuestos ese tiempo bien puede tomarse como parte de la reclusión que reglamentan los artículos 62, 63 y 64 del Código Penal.

b).—La indeterminación del plazo máximo de la reclusión, la que no puede cesar "sino condicionalmente en virtud de decisión judicial, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos, que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño", impide aplicar el citado artículo 96 del Código Penal en tales hipótesis, pues, aun cuando el enfermo mental o el intoxicado hayan cumplido, en cada caso, los términos indicados en el artículo 64 de la misma obra y así haya permanecido por un mayor tiempo en detención preventiva, no se puede ordenar el cese de la reclusión, si el delincuente ofrece peligro de que vuelva a causar daño.

c).—De conformidad con el artículo 647 del Código de Procedimiento Penal, únicamente puede disponerse que cese la reclusión cuando, por lo menos, han transcurrido los plazos de que trata el artículo 64 del Código Penal, que se refieren a reclusión en una colonia agrícola especial o en un manicomio criminal y no a la permanencia del sindicado en los lugares donde comúnmente se lleva a cabo su encarcelación precautelativa, como resulta en este negocio.

d).—El procesado García Gómez se encuentra detenido preventivamente en la cárcel común, desde el 18 de marzo de 1965 (fecha del auto que ordenó su encarcelación, P. 43 del Cd. ppl.), pero fue privado de libertad desde el ocho de febrero del mismo año, cuando se le capturó por los hechos averiguados en este asunto.

3º—En la sentencia recurrida se dispuso confiscar el arma con que se cometió el delito y se condenó a García Gómez a reparar los daños causados por la infracción.

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 Primero Delegado en lo Penal, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de que se ha hecho mérito, en cuanto señala un término no menor de cuatro años de reclusión en una colonia agrícola especial, como sanción que debe cumplir el sindicado, y, en su lugar, RESUELVE: 1º IMPONER A CARLOS ENRIQUE GARCIA GOMEZ la medida de seguridad de reclusión en una colonia agrícola especial, por un término no menor de un año, que empezará a contarse desde la fecha en que se efectúe su traslado al establecimiento de la clase indicada que designe el Gobierno. La reclusión —máximo indeterminado— durará el tiempo que sea necesario para su readaptación social y cesará mediante el sistema de que trata el artículo 64 del Código Penal; y, 2º ACOGER, en lo demás, el fallo recurrido.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN.

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 C., Secretario.

EL ERROR DE BUENA FE EN LA INTERPRETACION Y APLICACION DE LOS PRECEPTOS LEGALES NO CONSTITUYE DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD, PUES SE REQUIERE LA INTENCION DE DAÑAR A UNA PERSONA O A UNA PROPIEDAD.—CON MAYOR RAZON EN EL DELITO DE PREVARICATO, DONDE EL ELEMENTO A SABIENDAS SE PRECISA COMO CONSTITUTIVO DE LA INFRACCION, DE ACUERDO CON EL ARTICULO 2º DEL DECRETO 2525 DE 1963.

1.—Los errores en el procedimiento o en la forma de aplicar las normas que lo señalan para resolver en un caso dado, no permiten, por sí solo, conformar el elemento subjetivo del delito de abuso de autoridad, en la hipótesis prevista en el artículo 171 del Código Penal, cuando la buena fe precede a aquella equivocación y no resulta prueba alguna que desvirtúe esa buena fé. Esa condición síquica de esta infracción penal (si bien no hace parte del cuerpo del delito, sino de la culpabilidad —dolo—) obliga, cuando no resulta demostrado, a considerar que no cabe reprimir penalmente al funcionario por abuso de autoridad.

El error, por sí sólo, no demuestra el propósito de obrar contra derecho. Es indispensable que "otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales", como lo señala la Corte, en providencias de 22 de octubre de 1945 (G. J. T. LIX, pág. 998) y de 1º de febrero de 1949 (G. J., T. LXV, pág. 420).

2.—De acuerdo con el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963, que modificó el artículo 168 del Código Penal, expresamente se exige el elemento "a sabiendas", en el empleado o funcionario o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, en cuanto al dictamen, resolución auto o sentencia que profieran, en forma contraria a la ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., octubre veinticuatro de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Para calificar el mérito del sumario adelantado por la denuncia que formuló el doctor Alfonso Romero Buj contra el doctor RAFAEL SUAREZ POVEDA, por los supuestos delitos de Prevaricato y abuso de autoridad, la Corte toma en cuenta:

1º—HECHOS:

El denunciante adelantó un juicio laboral ejecutivo, el cual llegó, en segunda instancia, al conocimiento de la sala respectiva, del Tribunal Superior de Bogotá, de la cual forma parte el doctor Rafael Suárez Poveda.

Al parecer, el doctor Aníbal Castro Serrano, parte en ese juicio, presentó un memorial, (fs. 51 a 54), en el que se dice:

"El otro 'yo' del doctor Romero B., el secuestre de bolsillo, señor Jorge Buitrago Roa, en cafés, bares y restaurantes afirma y apuesta que dada la amistad que existe entre el doctor Romero B. y el señor doctor Suárez Poveda, el juicio que le inicia a José Ignacio Villalba será ganado en la segunda instancia también, vale decir, que los terceros nada tenemos que hacer; esa afirmación hace más de quince días que la predica la persona ya nombrada, por eso recuerdo ahora al doctor Moreno Díaz, cuando dijo: 'mi amistad no llega hasta el perjurio'. De otro lado, esa afirmación cae por su base, pues cuando el doctor Heraclio Cubaque tuvo la bondad de relacionarme con el doctor Suárez Poveda, el señor Magistrado se pronunció sobre el negocio de la referencia en forma muy franca y manifestó su opinión clara de que con letras de cambio no era posible demandar ejecutivamente ante la justicia laboral, máxime cuando el girador es una tercera persona. También dijo el doctor Suárez P., que en otros países existen jueces especiales para conocer de los juicios originados en instrumentos negociables y en general en toda clase de actos comerciales.

"Lo anterior le está demostrando al señor Jorge Buitrago Roa, que con la justicia no se juega, máxime cuando aún hay hombres íntegros ajustados... en todas y cada una de sus partes a los postulados sentados por Justiciano y Ulpiano.

"Como no es posible que se siga explotando la amistad y el hecho de ser el doctor Suárez Poveda condiscípulo de Romero B., creo que lo indicado es darle aplicación a la norma legal que consagra los impedimentos y las recusaciones, normas que pido sean aplicadas, pues desde que se hacen apuestas dejan el ánimo aquí seguido".

Se anota que al parecer fue presentado al Tribunal Superior de Bogotá el anterior escrito por el doctor Aníbal Castro Serrano, porque éste esquivó, quizá con un ánimo de retractación (en el evento de que hubiese sido el autor de ese memorial) reconocerlo. En efecto, luego de no pocas dificultades para obtener que acudiera a la oficina del funcionario de instrucción, sus respuestas sobre el particular fueron francamente evasivas, a saber:

"PREGUNTADO: ¿Quisiera usted decirnos, doctor, si recuerda haber presentado al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, un memorial el día siete de diciembre de mil novecientos sesenta y tres, personalmente?.—CONTESTO: Mi memoria no es lo suficientemente capaz de retener hechos como el que se me pregunta, máxime cuando el tiempo transcurrido es más o menos largo y por razón de ejercer la profesión aquí en Boyacá, me resulta imposible recordar los escritos presentados o no, hace más de tres años.—En este estado, el suscrito juez le pone de presente al doctor Aníbal Castro Serrano copia auténtica del memorial que obra en autos y firmado por éste... CONTESTO: Como primera medida, debo apuntar que la copia o escrito que se me presenta, no aparece dirigida a funcionario alguno, cosa que acostumbro a hacer, porque es elemental que todo escrito que se pretenda allegar a un proceso, debe ir dirigido al juez o funcionario que está conociendo del negocio. Aquí no veo ese hecho fundamental, que acostumbro a realizar en todos mis escritos que dirijo a los funcionarios de la rama jurisdiccional... En cuanto al contenido, no sé si sea o no real, máxime que allí no aparece mi firma; está sí escrito a máquina mi nombre y mis dos apellidos".

Por razón del escrito de que se ha hecho referencia, el doctor Romero Buj, en memorial de 21 de enero de 1964, recusó al Magistrado, doctor Rafael Suárez Poveda, pues considera que se está "en presencia de un típico prejuzgamiento...".

Esta recusación fue declarada sin fundamento. Y en tal virtud, intervino el doctor Suárez Poveda al resolver sobre la reposición del proveído de 18 de diciembre de 1963, por el cual se declaró "la nulidad de todo lo actuado en el juicio, a partir del auto de 5 de julio de 1962, inclusive, por medio del cual el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá, libró orden de pago por la vía ejecutiva, a favor del doctor Alfonso Romero Buj y en contra de José Ignacio Villalba".

Pues bien:

El doctor Romero Buj, no habiendo quedado conforme con lo resuelto y tomando en cuenta el escrito atribuído al doctor Castro Serrano, formuló denuncio, como ya se dijo, contra el doctor Suárez Poveda por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, pues anota. "La primera infracción la cometió el señor Suárez Poveda cuando 'aconsejó' al doctor Castro Serrano, en presencia del abogado Heraclio Cubaque, en el sentido de que, como 'con letras de cambio no era posible demandar ante la justicia', el negocio en cuestión lo tenía ganado el tercero, ya que sobre él 'se pronunció en forma muy franca', como lo manifiesta el mismo interesado. El sindicado quedó incurso en el segundo delito cuando, a raíz de la presión ejercitada por el doctor Castro Serrano, profirió el auto de 18 de diciembre del año pasado..." (1963)..., "el cual es ostensiblemente contrario a la ley laboral y, en especial, a su procedimiento".

2º—ELEMENTOS DE JUICIO:

El informativo trae los siguientes:

a).—Como se dejó anotado, el doctor Castro Serrano no reconoció el escrito que se le atribuye y el cual dio lugar a la denuncia presentada por el doctor Romero Buj contra el doctor Suárez Poveda, por el delito de prevaricato.

b).—El doctor Heraclio Cubaque Mojica, sin embargo de la mención que de él se hace en el escrito atribuído al doctor Castro Serrano, niega que el doctor Suárez Poveda, en la ocasión en que presentó a éste el doctor Castro Serrano, hubiera emitido "concepto personal alguno sobre instrumentos negociables frente a la justicia laboral". Afirma que "la conversación en ningún momento versó sobre negocio particular alguno", y que "no es cierto que el doctor Suárez Poveda haya aconsejado al doctor Castro Serrano sobre ningún particular".

c).—En su declaración, el doctor Castro Serrano dice:

"Repito que por el tiempo transcurrido no puedo afirmar o entrar a detallar lo hablado por el doctor Suárez Poveda en alguna oportunidad. Es cierto que el doctor Suárez Poveda nunca ha sido mi consejero, pues estimo que para ser consejero de otra persona se necesita que medie alguna amistad y como ya lo dije, con dicho Magistrado apenas lo conocí en esa oportunidad... esto es, cuando hace más de un año (en 1963) el doctor Heraclio Ubaque me presentó al doctor Suárez Poveda... De otro lado, creo que en esa fecha el doctor Suárez Poveda no era magistrado ponente en el negocio aludido".

d).—La providencia a que alude el denunciante es la siguiente:

"En Bogotá, a los diez y ocho días del mes de diciembre de mil novecientos sesenta y tres, encontrándose dentro de la hora judicial de las cinco de la tarde, el día y hora previamente señalados por auto anterior para llevar a cabo la audiencia de decisión en el presente juicio, el Magistrado Ponente la declaró abierta en asocio de los restantes Magistrados, con quienes compone la Sala de Decisión y del Secretario de la Laboral.

"A continuación, el Tribunal procede a dictar el siguiente AUTO: En el juicio ejecutivo adelantado por el doctor Alfonso Romero Buj, contra el señor José Ignacio Villalba, el doctor Aníbal Castro Serrano, obrando como apoderado de Luis Ernesto Villalba, tercero, se opuso a la diligencia de secuestro, y pidió la nulidad del juicio. Por auto de 20 de septiembre de 1962, el juzgado del conocimiento despachó en forma desfavorable las súplicas del apoderado del tercero. Contra lo resuelto por el *a-quo*, el interesado recurrió en alzada para ante este Tribunal. Posteriormente, el mismo apoderado, en nombre de Salatiel Beltrán, se opuso a la misma diligencia de secuestro y pidió el levantamiento de este último, alegando que los bienes habían sido trabados en juicio diferente. Por auto de noviembre 14 de 1962, el juzgado del conocimiento accedió parcialmente a las súplicas formuladas a nombre de Salatiel Beltrán, cuyo apoderado también recurrió en alzada.

"Surtido el trámite propio de la apelación en esta segunda instancia, se procede a resolver, previas las siguientes consideraciones:

"Aunque el señor apoderado de Salatiel Beltrán, en memorial que obra a los folios 394 a 395, plantea una hipotética causal de impedimento de uno de los Magistrados, es lo cierto que el presunto impedido no se considera incurso en ninguna de las causales previstas en el artículo 435 del C. J., ni ante el resto de la Sala ha sido recusado en legal forma. Por consiguiente, la Sala puede entrar a resolver el recurso.

"Se plantea la nulidad del juicio alegándose la incompetencia de jurisdicción prevista en el artículo 448 del C. J.—Se habla igualmente de la falta de título, por lo cual no puede hacer impugnaciones revestidas de interés jurídico sino el propio ejecutado. No así sobre la competencia, que es de orden público y que, en este caso, es improrrogable.

"Evidentemente, según se desprende del texto del folio sexto, la base en el juicio ejecutivo fue una letra de cambio, girada por un tercero contra el señor José Ignacio Villalba y en favor del doctor Alfonso Romero Buj.

"Es verdad que con tal letra se acompañó un documento en el que se consigna un acuerdo sobre honorarios entre el ejecutante y el ejecutado. Pero el único documento sobre una obligación actualmente exigible que tomó en cuenta el juzgado, fue la letra de cambio.

"La letra, como instrumento negociable, revestida de las formalidades y garantías propias de la Ley 46 de 1923, es la prueba de una obligación cambiaria, que puede exigir, en cualquier momento, su tenedor, contra todas las partes que en el instrumento hayan intervenido, sin consideración a la causa por la cual fue girada. Es decir, por sí misma, no prueba la existencia de una obligación originada en la prestación de servicios. En otras palabras, que no presta mérito ejecutivo para ante la jurisdicción del trabajo, ni con apoyo en el artículo 100 del Código Procesal del Trabajo, ni en desarrollo del artículo 1º del Decreto 456 de 1956. Las obligaciones derivadas de la letra de cambio son transmisibles por endoso, no así las que se derivan de la prestación de servicios, o están causadas en él, que sólo pueden ser exigidas o reclamadas por quien los presta o por sus causahabientes.

"Lo anterior quiere decir que la jurisdicción laboral no es competente para conocer de obligaciones derivadas del contrato de cambio y que, en este caso, por haberse conocido de ellas, se incurrió en la primera causal del artículo 447 del C. J., que, por ser inallanable, debe decretarse de plano.—Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala

Laboral, RESUELVE: 1º Declárase la nulidad de todo lo actuado en el presente juicio, a partir del auto de 5 de julio de 1962, inclusive, por medio del cual el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, libró orden de pago por la vía ejecutiva, a favor del doctor Alfonso Romero Buj y en contra de José Ignacio Villalba.—2º Condénase en costas al ejecutante y al funcionario responsable, en un cincuenta por ciento para cada uno.—COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.—Rafael Suárez Poveda, Aydée Anzola Linares, Edgar Martán Góngora, Henry García Orozco, Secretario".

e).—El doctor Rafael Suárez Poveda manifiesta que no sabe "qué persona habló allí en esos términos...", (se refiere a la supuesta conversación a que alude el denunciante y el escrito atribuído al doctor Castro Serrano, de que se ha hecho mención)... "Sé que se trataron asuntos sin trascendencia. Como se trata siempre entre personas que se acaban de conocer".

3º—CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

Dice el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal lo que pasa a transcribirse.

"Primero.—Que el doctor Rafael Suárez Poveda violó el artículo 179 del C. P., por cuanto 'aconsejó a una de las partes litigantes en el juicio ejecutivo laboral, al decir que una letra de cambio no puede ser base de un juicio ejecutivo laboral, sino de uno civil y que en algunos países existe la jurisdicción comercial'. Considero absolutamente írrito este cargo, que entre otras cosas no tiene demostración alguna en el proceso, ya que quienes estuvieron en la transitoria reunión de café, doctores Heraclio Cubaque Mojica y Castro Serrano, niegan tal hecho bajo la gravedad del juramento, por una parte, y, por la otra, admitiendo que el doctor Suárez Poveda hubiese emitido tal opinión, ello se hizo cuando el proceso no estaba al estudio del Tribunal y no como consejo a una de las partes, sino como opinión eminentemente personal, explicable en quien es profesor universitario, y emitida en una conversación entre profesionales, que por razón de su oficio hablan de temas jurídicos.

"Pretender, como lo quisieron los dos profesionales, doctores Castro Serrano, en su memorial, y Romero Buj, en la recusación y en la denuncia, atribuír a una opinión general, expresada en conversación de amigos y colegas, el carácter de consejo, de asesoría jurídica, es desconocer la realidad de los hechos, máxime cuando los doctores Castro Serrano y Suárez Poveda, apenas se conocieron ese día, por presentación del doctor Cubaque Mojica, en un café y mal podría el doctor Suárez Poveda saber qué pleitos tenía el doctor Castro, cuáles eran ellos, qué problemas tenían y darle su opinión para dirigirlo hacia el éxito.

"¿Qué decir cuando los otros dos señores Magistrados, el ponente, doctor Edgar Martán Góngora, a quien tanto elogia el denunciante, y la doctora Aidée Anzola Linares, coinciden en declarar la nulidad por equivocación en el procedimiento seguido en el ejecutivo tantas veces citado?

"Que la opinión emitida, si la emitió, por el doctor Suárez Poveda, no fue un consejo profesional, sino la expresión de una tesis jurídica, sostenida por la Sala Laboral, ya que los tres integrantes de ella coincidieron al respecto".

"*Segundo:* Que el doctor Rafael Suárez Poveda, al dictar el fallo de mayoría en que se declaraba la nulidad por incompetencia de jurisdicción del juicio ejecutivo laboral, en un simple incidente de levantamiento de embargo y secuestro, violó el artículo 2º del Decreto-Ley 2525 de 1963, por cuanto dicho fallo es abiertamente contrario a la ley, y por consiguiente cometió el delito de prevaricato. En primer lugar no debe olvidarse, de acuerdo con el salvamento de voto del doctor Martán Góngora, que el proyecto por éste presentado igualmente declaraba la nulidad por incompetencia de jurisdicción, extendiéndolo expresamente al auto que decretaba el embargo y secuestro y ordenaba el levantamiento del embargo y del secuestro, consecuencialmente, y que el fallo mayoritario en que se resolvió sobre este punto, fue firmado por la doctora Aidée Anzola Linares, por lo cual es sorprendente, cuando menos, que, a estos HH. Magistrados, no se les denuncie y sí a quien por seguir en turno, por orden alfabético del Magistrado disidente, de acuerdo con su colega, hubo de redactar el fallo.

"En segundo lugar, que al coincidir tres Magistrados sobre la misma tesis de que una letra de cambio no da base legal para iniciar juicio ejecutivo por la vía laboral, sino que ella debe hacerse efectiva por los trámites del juicio ejecutivo previsto en el C. de P. Civil, se está relievando que tal tesis es doctrina de la Sala Laboral y que al consagrarla en fallos, no se contraría la ley, sino que se la interpreta, no sien-

do la aplicación dada a dicha doctrina por el doctor Suárez Poveda una excepción irritante, sino el producto honesto y exacto de su convencimiento, la expresión misma de su buena fe".

4º—CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Corresponde compartir, en su totalidad, el concepto del señor Agente del Ministerio Público, porque, de una parte, los hechos no tuvieron comprobación, y, de otra, aún en el supuesto de que el acusado, doctor Suárez Poveda, en términos abstractos y frente a personas de quienes no sabía cuáles eran sus pleitos o juicios, hubiese hablado sobre la imposibilidad de que una letra de cambio pudiese servir de título ejecutivo mediante el juicio pertinente ante la jurisdicción laboral, no da base al delito de prevaricato que se le imputa, ni tampoco al de abuso de autoridad.

Esta última infracción implica que se "cometa o haga cometer un acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad".

En el presente caso, no se hizo una aplicación equivocada de los preceptos legales en la providencia que se dejó transcrita. Pero aún suponiendo que se hubiese incurrido en un yerro, debe recordarse que los errores en el procedimiento o en la forma de aplicar las normas que lo señalan para resolver en un caso dado, no permiten, por sí sólo, conformar el elemento subjetivo del delito de abuso de autoridad, en la hipótesis prevista en el artículo 171 del Código Penal, cuando la buena fe precede a aquella equivocación y no resulta prueba alguna que desvirtúe esa buena fe. Esa condición síquica de esta infracción penal (si bien no hace parte del cuerpo del delito, sino de la culpabilidad —dolo—) obliga, cuando no resulta demostrada, a considerar que no cabe reprimir penalmente al funcionario por abuso de autoridad.

El error, por sí sólo, no demuestra el propósito de obrar contra derecho. Es indispensable que "otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales", como lo señala la Corte, en providencias de 22 de octubre de 1945 (G.J.t.LIX, p. 998) y de 1º de febrero de 1949 (G.J.t.LXV, p. 420), a saber:

"El elemento material de la infracción es, pues, la ejecución de actos arbitrarios o injustos, contra las personas o las propiedades. En este sentido cabe explicar que lo arbitrario es lo que no tiene respaldo legal alguno, lo que depende únicamente del capricho del actor, y que lo injusto es algo más, es lo que va directamente contra la ley y la razón, violando la equidad. Pero hay que tener presente que no basta la comprobación del elemento material u objetivo de la infracción, porque como todo delito (y salvo en casos de inconsciencia) es indispensable acreditar el elemento síquico, esto es, el dolo, que consiste, en ese evento, en la voluntad o propósito de 'cumplir u ordenar el acto de que se trata sabiéndolo contrario a las normas reguladoras de la propia actividad funcional y a los intereses ajenos', como dice MANZINI. Es verdad que el Código no requiere, en este caso, el dolo específico del prevaricato, vale decir, el proceder 'a sabiendas', pero sí el dolo genérico y este elemento síquico debe aparecer suficientemente demostrado, según los artículos 429 y otros del Código de Procedimiento Penal. En este orden, no basta la disparidad de criterios entre los juzgadores de las instancias, ni entre éstos y los litigantes, para deducir el abuso de autoridad, porque los jueces tienen que aplicar los preceptos legales a los casos particulares por medio de juicios que no pueden ser uniformes, dada la organización racional humana. Ni basta tampoco el error en la aplicación de la ley, porque si los hombres son falibles en sus apreciaciones y si la buena fe presúmese, mayormente ha de suponerse por razón de su oficio en los encargados de administrar justicia, y ni la disparidad de apreciaciones, ni el error, demuestran, por sí sólos, el propósito doloso de obrar contra el derecho. Será necesario, pues, que otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales".

Y si no tiene demostración alguna, como se dejó anotado, el delito de abuso de autoridad, con menos razón puede pensarse en que sea imputable al doctor Suárez Poveda el delito de prevaricato, si se atiende que en esta última infracción, de acuerdo con el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963, que modificó el artículo 168 del Código Penal, expresamente se exige el elemento "a sabiendas", en el empleado o funcionario o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, en cuanto al dictamen, resolución, auto o sentencia que profieran, en forma contraria a la ley.

Según lo expuesto, corresponde sobreseer definitivamente en favor del acusado, como lo solicita el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con lo que señala el ordinal 1º del artículo 437 del C. de P. P.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del doctor RAFAEL SUAREZ POVEDA, en cuanto a los cargos que le fueron hechos.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

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 C., Secretario.

DELITO DE ROBO Y LESIONES PERSONALES

Violación directa e indirecta de la ley sustancial.—Finalidad de la causal segunda de casación.—Cuándo puede sostenerse que existe error de hecho en la apreciación de la prueba.

1. Conforme al numeral 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, en el cual se compendian los motivos de casación que el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal consagraba en sus ordinales 1º y 2º, la ley sustancial puede violarse directa e indirectamente. Constituyen hipótesis de quebrantamiento por la vía directa, las siguientes: a) La norma legal se interpreta por el fallador en forma contraria a sus términos; b) La interpretación de aquélla es correcta, pero se aplica a un caso que no es el contemplado en el proceso, y c) La ley, también rectamente entendida, se deja de aplicar a la cuestión sub-judice. El quebrantamiento por vía indirecta se origina en la apreciación errónea o en la falta de apreciación de determinada prueba, es decir, tiene su fuente en el análisis probatorio realizado por el juzgador, yerro que puede ser de derecho, o de hecho, el cual debe ser ostensible o manifiesto. El error de derecho en la apreciación probatoria —ha dicho la Corte— implica la falsa noción de la ley, a la luz de la cual se examina la prueba, mientras que el error fáctico solo se concibe como la falsa noción del hecho de que la prueba da cuenta.

2. Ha expresado esta Sala en numerosas oportunidades el criterio de que la finalidad de la antigua causal segunda de casación, hoy involucrada en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 (2º cuerpo del numeral 1º), consiste esencialmente en subsanar ostensibles errores en que haya incurrido el juzgador de segundo grado, pero que en manera alguna se endereza a producir un minucioso replanteamiento valorativo de las pruebas ya analizadas por el ad-quem con un mínimo de buen juicio o sindéresis, porque ello equivaldría a sustituir académicamente un razonamiento por otro, desquiciando la autonomía conceptual del fallador de instancia. Por tanto, para que dicha causal prospere, es necesario que el error en la apreciación de la prueba sobre los elementos constitutivos de la infracción, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, sea prominente, y manifiesto, no el que se pretenda construir sobre diferencias de interpretación entre el fallo acusado y quien lo impugna.

En otros términos: Dentro del recurso extraordinario de que se trata sólo se puede sostener que existe error de hecho en la apreciación de la prueba cuando la equivocación en que incurrió el sentenciador fue de tal magnitud que prima facie se advierta una antinomia rotunda entre la verdad que éste cree ver en el proceso y la realidad de los hechos.

Todo lo dicho presupone, como es obvio, un juicio sin intervención del jurado, pues ya se sabe que en las causas en que interviene el tribunal popular es a éste al que compete calificar los hechos y definir la responsabilidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., dos de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Mediante sentencia de fecha cinco de mayo último, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tuluá condenó a ROBERTO CRUZ CANO a la pena principal de seis años y medio de presidio, como responsable de los delitos de robo y lesiones personales, sentencia contra la cual interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación el defensor de aquél.

Agotado el trámite propio del asunto, esta Sala procede a decidirlo.

ANTECEDENTES

En su respuesta a la demanda de casación la Procuraduría Segunda Delegada resume con exactitud y sencillez los hechos que originaron el proceso: "En las primeras horas del día 29 de marzo de 1964 tres sujetos que se hacían pa-

sar por Agentes del D.A.S. en la zona de tolerancia de Tuluá, entre quienes se encontraba el acusado Cruz Cano, atacaron sucesivamente a Héctor Emiro Gómez, José Horacio Agudelo, Germán Rodríguez Londoño y Elenar Tejada Zúñiga. Los dos primeros de los nombrados fueron agredidos a golpes por los asaltantes, habiendo despojado a Gómez de un radio portátil y de la suma de $ 112.00 y a Horacio Agudelo de $ 27.00. Germán Rodríguez Londoño y Elenar Tejada, testigos presenciales de los hechos, fueron atacados y heridos con arma blanca, según consta en los reconocimientos médicos que obran en autos".

Norberto Cruz Cano y Horacio de Jesús Parra Sánchez fueron inicialmente llamados a juicio por el delito de robo, según providencia del 16 de octubre de 1964, proferida por el Juzgado Segundo Municipal de Tuluá, pero cuando el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la ciudad nombrada tuvo oportunidad de conocer del proceso, en virtud de apelación interpuesta contra el fallo condenatorio de primera instancia, mediante proveído calendado el 14 de febrero de 1965, declaró nulo todo lo actuado, a partir del auto que declaró clausurada la investigación, a fin de que el juez del conocimiento definiera también el mérito del informativo con respecto al delito de lesiones personales. (fs. 115 y 116).

La nueva calificación correspondió al Juez Tercero Penal Municipal de Tuluá, funcionario que en providencia del 1º de septiembre de 1965 abrió causa criminal contra Parra Sánchez y Cruz Cano, por los dos delitos ya indicados, providencia contra la cual no se interpuso recurso alguno. Durante el plenario no se alteró favorablemente la prueba de cargo.

Por sentencia del 26 de noviembre del año pasado el juez de la causa impuso a cada uno de los referidos procesados la sanción de dos años y medio de prisión, que el Superior reformó en el sentido de condenar a Parra Sánchez y a Norberto Cruz Cano a las penas de siete y seis y medio años de presidio, respectivamente, por estimar que las disposiciones sustantivas aplicables eran los artículos 404 y 33 del Código Penal, en armonía con el Decreto 2184 de 1951. (fs. 160 a 168, Cd. 1º).

Como ya se dijo, contra el aludido fallo solamente recurrió en casación el defensor de Cruz Cano.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

La acusación, sustentada por apoderado especial, se formula invocando las causales que el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 prevé en sus numerales 1º y 2º.—Sobre tales bases el actor plantea genéricamente la impugnación así:

"Primero.—Por error de derecho, y también de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, consistente el primero en apreciación errónea, y el segundo, en falta de apreciación, de las pruebas que se determinarán en el cuerpo de la demanda (numeral 1º, inciso 2º, artículo 56, Decreto 528 de 1964).

"Segundo.—No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder (numeral 2º, artículo 56, Decreto 528 de 1964).

"Tercero.—Como consecuencia de las acusaciones anteriores, la sentencia viola, por aplicación indebida, el artículo 404 del Código Penal".

Y en desarrollo del primero de los cargos transcritos expresa el demandante:

"La sentencia dictada en esta causa, el 5 de mayo de 1966 por el Tribunal Superior de Tuluá viola en lo que al delito de robo se refiere, los artículos 203 del C. de P. Penal, y 404 del Código Penal (3er. cargo), violación proveniente de la apreciación errónea de las pruebas siguientes: 1ª Declaración de Gabriela Castañeda Ríos (f. 26); 2ª Declaración de Moisés Escobar (f. 40); Declaración de Héctor Emiro Gómez (fs. 2 y 13); 4ª Declaración de Carlina Zamora de Guapacha (f. 18), y 5ª Declaración de José Cruz (f. 18 v.); y por falta de apreciación de estas otras pruebas: 1ª Declaración de Ana Luz Botero García a. La Exterminio (f. 27) y 2ª filiación que del procesado Norberto Cruz Cano hizo el Juzgado Tercero Penal Municipal de Tuluá en la diligencia de audiencia celebrada el 6 de noviembre de 1965. (f. 140)".

Luego el actor examina los elementos de juicio citados y critica la apreciación que de ellos hizo el sentenciador de segundo grado, asignándoles a algunos un valor probatorio que el impugnador les desconoce, y dejando de tomar en cuenta otros, a pesar de que existen en el proceso. Todo lo cual "determinó que en la sentencia se aplicase, además del artículo 404 del Código Penal, el artículo 33 ibidem, disposiciones que resultaron así indirectamente violadas por aplicación indebida".

Para sustentar el motivo de impugnación aducido al amparo de la causal segunda —no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder —afirma el actor:

"El auto de proceder dictado el 1º de septiembre de 1965 (f. 126) por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Tuluá, no formuló contra el procesado Norberto Cruz Cano la modalidad agravante de los numerales 1º y 4º del artículo 404 del Código Penal. De ahí que el mismo juez, al dictar la sentencia del 26 de noviembre de 1965, tomara como pena básica la del artículo 2º de la Ley 4ª de 1963, calificación (la de dicho artículo) que el Trbunal Superior de Tuluá consideró acertada.

"Quiere decir esto que si el Tribunal Superior de Tuluá consideró infringido el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943, como lo dice el auto de proceder, pero en la sentencia no dio aplicación a dicha norma, sino a otra diferente, como lo es el artículo 404 del Código Penal, que consagra una modalidad específica del robo más agravada, esta sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, cargos que, como se ha repetido, no fueron modificados en el término probatorio de la causa".

Cita luego el acusador una jurisprudencia de la Corte que juzga pertinente, y agrega: "El auto de proceder diferencia dos delitos: el de robo común y el de las lesiones personales en que sí se emplearon armas. Por lo demás, el mismo denunciante Héctor Emiro Gómez, dice: 'un tipo me agarró por detrás y me echó máquina por el cuello y otro me quitó el transistor y salió corriendo y el que me tenía cogido del cuello me sacó del bolsillo derecho ciento doce pesos'. No se emplearon armas para el robo. Germán Rodríguez Londoño y Elenar Tejada Zúñiga resultaron lesionados, pero no fueron víctimas de robo".

Bajo el rubro de "Tercer Cargo" dice finalmente el actor:

"De ser acogido alguno de los cargos anteriormente formulados, resultan indebidamente aplicados los artículos 33 y 404 del Código Penal. Para que la sentencia estuviese en armonía con el auto de proceder, el Tribunal Superior de Tuluá debió respetar en su sentencia la aplicación que el juez de primera instancia hizo del artículo 2º de la Ley 4ª de 1943, pero como no obró así, al aplicar el artículo 404, lo hizo indebidamente. Y también lo hizo indebidamente por los errores de derecho y de hecho en que incurrió en el análisis de la prueba".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Segunda Delegada examina cuidadosamente los motivos en que la acusación se funda, expresa su concepto adverso al éxito de aquéllos y, consecuentemente, concluye que debe desecharse el recurso interpuesto. La Sala hará referencia al criterio del Procurador en el momento adecuado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1.—Importa recordar que conforme al numeral 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, en el cual se compendian los motivos de casación que el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal consagraba en sus ordinales 1º y 2º, la ley sustancial puede violarse directa o indirectamente. Constituyen hipótesis de quebrantamiento por la vía directa, las siguientes: a)—La norma legal se interpreta por el fallador en forma contraria a sus términos; b)—La interpretación de aquélla es correcta, pero se aplica a un caso que no es el contemplado en el proceso, y c)—La ley, también rectamente entendida, se deja de aplicar a la cuestión *sub-judice*. El quebrantamiento por vía indirecta se origina en la apreciación errónea o en la falta de apreciación de determinada prueba, es decir, tiene su fuente en el análisis probatorio realizado por el juzgador, yerro que puede ser de derecho, o de hecho, el cual debe ser ostensible o manifiesto. El error de derecho en la apreciación probatoria —ha dicho la Corte— implica la falsa noción de la ley, a la luz de la cual se examina la prueba, mientras que el error fáctico sólo se concibe como la falsa noción del hecho de que la prueba da cuenta.

2.—Al responder al primero de los cargos propuestos contra la sentencia recurrida el señor Procurador expone con acusada objetividad el siguiente concepto que la Sala comparte:

"El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tuluá encontró responsable a Norberto Cruz Cano de los delitos de robo y lesiones personales, consumados en la zona de tolerancia de la referida ciudad durante las primeras horas del 29 de marzo de 1964, cometidos en coautoría con Jesús Parra Sánchez y de otro individuo que logró escapar, con base principalmente en el tes-

timonio de Héctor Emiro Gómez, quien desde un principio reconoció e individualizó a Cruz Cano como la persona que participó en los ilícitos, por la circunstancia especial de haber trabajado juntos meses antes en faenas agrícolas, de ahí que le fuera posible darle captura con intervención de la autoridad el mismo día de ocurridos los hechos, a pesar de su intento de fuga. La prueba precedente fue ratificada con las declaraciones de Gabriela Castañeda R. y Moisés Escobar, quienes señalan a Norberto Cruz como uno de los tres participantes en el atraco con el empleo de armas, de las cuales se valieron para causar lesiones a Germán Rodríguez y Elenar Tejada. Además, la prueba indiciaria complementada con los otros testimonios citados en la sentencia dan suficiente base para determinar la responsabilidad de los acusados proveniente de su coparticipación en los delitos porque se procede, cuya ejecución presupone unidad de intención en los actos realizados, por tanto no es necesario individualizar la autoría de cada hecho porque los coautores responden conjuntamente de los resultados criminosos obtenidos".

3.—Ha expresado esta Sala en numerosas oportunidades el criterio de que la finalidad de la antigua causal segunda de casación, hoy involucrada en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 (2º cuerpo del numeral 1º), consiste esencialmente en subsanar ostensibles errores en que haya incurrido el juzgador de segundo grado, pero que en manera alguna se endereza a producir un minucioso replanteamiento valorativo de las pruebas ya analizadas por el *ad-quem* con un mínimo de buen juicio o sindéresis, porque ello equivaldría a sustituír académicamente un razonamiento por otro, desquiciando la autonomía conceptual del fallador de instancia. Por tanto, para que dicha causal prospere, es necesario que el error en la apreciación de la prueba sobre los elementos constitutivos de la infracción, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, sea prominente, manifiesto, no el que se pretenda construír sobre diferencias de interpretación entre el fallo acusado y quien lo impugna.

4.—En otros términos: Dentro del recurso extraordinario de que se trata sólo se puede sostener que existe error de hecho en la apreciación de la prueba cuando la equivocación en que incurrió el sentenciador fue de tal magnitud que *prima facie* se advierte una antinomia rotunda entre la verdad que éste cree ver en el proceso y la realidad de los hechos. El Tribunal, en el presente caso, confrontó y analizó las probanzas sin quebrantar la lógica del raciocinio. Luego no puede argüirse con seriedad que apreció arbitrariamente los hechos. Y, por tanto, el cargo no prospera. Todo lo dicho presupone, como es obvio, un juicio sin intervención del Jurado, pues ya se sabe que en las causas en que interviene el Tribunal Popular es a éste al que compete calificar los hechos y definir la responsabilidad.

5.—En cuanto al primer motivo de la causal 2ª —no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder—, es preciso destacar que en el fallo recurrido se expresó lo siguiente:

"Dadas las circunstancias como se cometió el robo, es decir, teniendo en cuenta que los asaltantes hicieron uso de armas y pusieron a sus víctimas (Gómez y Agudelo) en imposibilidad de obrar, se colocaron los procesados en el caso del artículo 404 del C. Penal, numeral 1º y 4º que sanciona el robo con penas de 3 a 14 años de presidio. Mas, la mínima debe ser duplicada por ministerio del Decreto 2184 de 1951". (f. 167, Cd. 1º).

Y la parte resolutiva del auto de proceder dice, en lo pertinente:

"1º—Abrir causa criminal de oficio por los trámites ordinarios contra HORACIO DE JESUS PARRA SANCHEZ, hijo de Antonio José Parra y María Rosa Sánchez, natural y vecino de Tuluá, constructor de profesión, y a NORBERTO CRUZ CANO, hijo de Sergio Cruz Olaya y Graciela Cano, natural y vecino de Tuluá, agricultor de profesión, por los delitos de: 'Robo y lesiones personales', sancionados en el Libro II, título 16, capítulo II y en el Libro II, título 15, capítulo II respectivamente del Código Penal colombiano. Delitos estos cometidos en la noche y madrugada de los días 28 y 29 de marzo de 1964". (f. 131, id.).

Correlativamente, en la parte motiva del enjuiciamiento quedó consignado esto:

"En fecha 29 de marzo compareció en la Inspección Tercera de Policía Municipal de esta ciudad, el señor Héctor Emiro Gómez, quien narró que el día 28 de marzo a eso de las tres de la mañana, y estando de transeúnte por el sector de la zona de tolerancia de esta ciudad, fue atacado por tres individuos, uno de los cuales lo tomó por detrás, imposibilitándole todo movimiento mientras otro lo despojaba de un radio transistor...". (f. 126, Cd. cit.),

Por lo demás, como lo anota el Procurador, el auto de proceder "dejó establecidos los elementos de prueba configurativos de la violencia ejercitada en los actos cumplidos y el empleo de armas en ellos, porque es obvio que el delito de lesiones personales se consumó concomitantemente con el delito de robo y como causa de éste, de otra manera sería inexplicable el móvil de aquél".

Bastan los datos objetivamente expuestos para concluír que el segundo de los cargos aducidos tampoco fue demostrado.

6.—Con respecto al tercero y último motivo de impugnación —violación de la ley sustantiva—, aducido como consecuencia de los dos anteriores, se dirá que, lógicamente, está sujeto al resultado adverso de aquellos.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Procuraduría Segunda Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO INVALIDA la sentencia acusada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tuluá.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL DESPACHO DE ORIGEN.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncalló Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López Cruz, Secretario.

ABANDONO DEL PUESTO

El militar que estando de centinela se retire del puesto no comete la infracción penal denominada "delito del centinela", sino el delito de "abandono del puesto", según el precepto contenido en el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar.

Dice el actor que en el fallo recurrido se dio una interpretación equivocada al artículo 163 del Código de Justicia Penal Militar, yerro en el que también se incurrió al calificar los hechos en el auto de proceder y al elaborar el correspondiente cuestionario. Y que, por razón de ese yerro, se dejó de tomar en cuenta al artículo 153 de la misma obra en aquellos proveídos y en el cuestionario aludido.

El precepto citado dice:

"Artículo 163: El centinela que duerma, falte a las consignas que haya recibido, se deje sorprender o relevar por quien no sea su comandante o de quien autorizadamente haga sus veces, será sancionado con arresto de uno a cinco años".

La norma, que según el demandante es la pertinente en el presente caso, expresa:

"Artículo 153: El militar que estando de facción o servicio abandone su puesto sin causa justificativa, por cualquier tiempo, o se embriague, será sancionado con arresto de uno a cinco años. Si quien comete este hecho es el Comandante del puesto, la sanción se aumentará de una cuarta parte a la mitad".

Ambas disposiciones hacen parte del Título IV ("De los Delitos contra el Servicio") del Libro 2º del Código de Justicia Penal Militar. Pero la primera constituye el contenido del capítulo V ("Delito del Centinela") y la segunda se encuentra en el capítulo II ("Del abandono del puesto").

En este mismo título IV se reprimen el "abandono del servicio" y la "deserción" con pena de arresto de seis meses a dos años, lo que obviamente indica que las infracciones de "abandono del puesto" y "delito del centinela" son más graves, por constituir un mayor daño a los intereses del servicio militar.

Con este mismo criterio dosificador de las sanciones, únicamente en los casos de "abandono del puesto" (art. 154), "abandono del servicio" (art. 156) y "deserción" (art. 159) se ha previsto un aumento y aún la sustitución del arresto por la prisión, a saber:

Artículo 154: Si alguna de las infracciones de que tratan los artículos anteriores..." ("Abandono del puesto")..."se comete en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, las penas se aumentarán hasta el doble y si es frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos, se impondrá prisión".

"Artículo 156: Las penas de que trata el art. anterior, ..." ("Del abandono del servicio") ..."se aumentaran hasta el doble cuando el hecho se comete en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público".

"Artículo 159: Las penas a que se refiere el artículo anterior ..." ("De la deserción") ..."se aumentaran hasta el doble y la pena será de prisión cuando el hecho se cometa en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público".

El lapso de tiempo es tomado en cuenta para distinguir el delito de que trata, así:

a). En el "abandono del puesto", de acuerdo con el artículo 152, es indispensable, en tiempo de paz, que se dejen de ejercer las funciones propias del militar por más de veinticuatro horas consecutivas. O "por cualquier tiempo" en caso de turbación del orden público, conmoción interior, conflicto armado, o guerra".

b). En el "abandono del servicio", según lo señala el artículo 155, los hechos allí previstos requieren un término no inferior a diez días.

c). En la "deserción" de conformidad con los ordinales 1º y 2º del artículo 158, se precisa que las conductas en éllos indicadas ocurran por un lapso no menor de cinco días. Los ordinales 3º y 4º aluden, respectivamente, a que se "falte al lugar en que preste su servicio cualquier día o noche de alarma o de vigilancia de que se le hubiere advertido", o "traspase sin autorización los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en campaña".

De lo anterior se desprende lo siguiente:

1º Que la expresión "por cualquier tiempo" que trae el Código de Justicia Penal Militar al referirse a los delitos de "abandono del puesto" alude a cualquier término igual o inferior a veinticuatro horas, sin limitación mínima.

2º Que si el abandono del puesto por el centinela, esto es, el hecho de "separarse del sitio o lugar que se le asigne" (como dice el reglamento de servicio de Guarnición, según cita que se hace en la sentencia acusada), fuese una de las conductas sancionadas como "delito de centinela", se tendría el absurdo de que, en caso de "guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público", la pena no podría aumentarse, ni tampoco sustituir el arresto por la prisión, cuando la infracción se comete "frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos", pues en el Capítulo V ("Delito del Centinela"), tales circunstancias agravantes no están señaladas, como sí se encuentran previstas, según se dejó anotado, para el delito de "abandono del puesto" (Capítulo III, artículo 154).

Ya se dejó observado como, de conformidad con el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar (que se refiere al delito de "abandono del puesto"), "el militar que estando de facción o servicio abandona su puesto sin causa justificativa, por cualquier tiempo, o se embriague, será sancionado con arresto de uno a cinco años"; y si el hecho "se comete en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, las penas se aumentarán hasta el doble y si es frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos, se impondrá prisión" (art. 154). Y cabe recordar que la expresión "cualquier tiempo" corresponde a cualquier término igual o inferior a veinticuatro horas, sin limitación mínima.

Cómo es, entonces, que si el abandono del puesto lo hace el centinela, por cualquier tiempo, deba tomarse en cuenta el Capítulo V ("Delito del Centinela"), en donde no está indicada la circunstancia agravante que trae el artículo 154, así ocurra el hecho en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, o frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos; y si tal abandono del puesto lo cumple el militar en otra clase de servicio, la aludida circunstancia agravadora de la pena sí resulte pertinente, porque ya se trata de hechos definidos en el Capítulo III ("Del abandono del puesto")?

A esta conclusión inaceptable conduce la interpretación que en la sentencia recurrida se le dá al art. 163 del Código de Justicia Penal Militar.

Además, el alcance que en dicho fallo se dá al anterior precepto debe ser rechazado por las siguientes razones:

1ª Cuando el artículo 163 se refiere a las consignas que haya recibido el centinela, obviamente trata de las que "corresponden a la situación especial del puesto" y no a esas otras de carácter general "que deben cumplir todos los centinelas, sea cual fuere el puesto donde se encuentren instalados", las que, naturalmente, no es menester que en cada caso el centinela reciba al encargarse de ese servicio.

No tiene, por tanto, fuerza el argumento que trae la sentencia acusada, según el cual el hecho de separarse el centinela del sitio o lugar que se le asigne, por tratarse de una consigna general, hace incurrir a aquél en el "delito del centinela" y no en el de "abandono del puesto" (art. 153 del C. de J. P. M.).

2ª Si una conducta está expresa y claramente prevista como determinado delito, no corresponde acomodarla a otra definición punible, cuando para ésto se requiere darle un alcance extensivo que aquél no exige.

Así, el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar sanciona a quien, "estando de facción o servicio abandone su puesto sin causa justificativa, por cualquier tiempo...", puesto que, no cabe duda, puede ser el señalado al centinela.

En cambio, en el artículo 163 ("Delito del Centinela"), no se habla de "abandono del puesto", sino de dormir, faltar a las consignas que haya recibido, dejarse sorprender o relevar por quien no sea su Comandante o de quien autorizadamente haga sus veces.

Cómo, entonces, ante la represión penal que de manera clara se indica en el artículo 153 para los casos de abandono del puesto, por cualquier tiempo y en relación con cualquier servicio que preste el militar, sea menester que se acuda a interpretaciones extensivas de la frase "consignas que haya recibido" el centinela, para entender que se trata del "delito del centinela" y nó del delito de "abandono del puesto"?

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre cuatro de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Cumplido el trámite correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Primero del Tribunal Superior Militar contra la sentencia de la misma corporación, fechada el cinco de octubre de mil novecientos sesenta y cinco, por la cual impuso al procesado RIGOBERTO YUSUNGUAIRA YAÑEZ la pena principal de diez (10) años de presidio, como responsable del delito de homi-

cidio y de la infracción prevista en el artículo 163 del C. de J. Penal Militar.

Conoció en primera instancia el Comando del Batallón de Infantería "Patriotas", con sede en Líbano (Tolima).

HECHOS Y TRAMITE DEL PROCESO:

En la sentencia acusada se hace la siguiente relación de lo ocurrido:

"En Líbano (Tolima), en los predios del Batallón de Infantería Nº 26 'Patriotas', el 23 de abril del presente año, el soldado Rigoberto Yusunguaira Yáñez se encontraba como centinela de la guardia del puesto número 4; como a eso de las 13:45 horas, se retiró de su puesto sin ser relevado en forma reglamentaria y se dirigió a los baños de la Compañía 'E', con el propósito de satisfacer necesidades fisiológicas. Allí se encontraba con otros soldados, haciendo aseo, Aquilino Orejuela Riascos, quien le impidió a Yusunguaira entrar a los baños, alegando la razón de estar haciendo la limpieza de éstos, lo cual vino a originar una discusión entre los dos, en que reaccionó Yusunguaira con la acción de disparar su fusil de dotación, hiriendo mortalmente a su compañero Orejuela Riascos, quien falleció después de haber sido sometido a una intervención quirúrgica".

En cuanto al desarrollo del negocio, se tiene lo siguiente:

Clausurada la averiguación (f. 52), el juzgador de primera instancia, mediante providencia de 5 de junio de 1965, abrió causa criminal contra el procesado Yusunguaira Yáñez, por "los delitos definidos y sancionados en el Capítulo II, del Título VII y Capítulo V, Título IV, de HOMICIDIO y DEL CENTINELA, Libro Segundo del Código Penal Militar, cometidos dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que dan cuenta las diligencias respectivas".

En la parte motiva de este auto, se dice:

"Los elementos tipificadores de los delitos Del Centinela y Homicidio, de que se trata, están perfectamente estructurados de acuerdo con los documentos visibles a los fs. 23, en que se halla el registro de defunción del soldado Aquilino Orejuela; 50, en que aparece el resultado de la necropsia practicada al occiso, y 42, en el que se certifica que el soldado Yusunguaira Yáñez Rigoberto se hallaba de Centinela. La imputabilidad de los hechos ilícitos al acusado Yusunguaira Yáñez se desprende del parte denuncia, de la ratificación del mismo, de la propia confesión del sindicado, quien en su indagatoria dice haber dejado el puesto de centinela por la necesidad de satisfacer un acto fisiológico y el habérsele disparado su fusil y herir al soldado Orejuela, en momentos en que discutía con éste, y de las distintas declaraciones de los testigos presenciales de los hechos".

Convocado el Consejo de Guerra y cumplido el sorteo de vocales, el veintidós de junio del mismo año de mil novecientos sesenta y cinco se llevó a cabo aquella diligencia, en la cual se declaró responsable al sindicado, con base en los siguientes cuestionarios:

"Cuestionario Nº 1.—El acusado, soldado del Ejército en servicio activo RIGOBERTO YUSUNGUAIRA YAÑEZ, de anotaciones civiles y militares conocidas en autos, ES RESPONSABLE, SI o NO, de haber disparado su fusil de dotación, con intención de matar, contra el soldado Aquilino Orejuela Riascos, causándole la muerte, en hechos sucedidos dentro del área del Batallón Patriotas en Líbano, Tolima, el día 23 de abril de 1965, entre las 13:45 y las 14:00 horas?".

"Cuestionario Nº 2.—El acusado, soldado del Ejército en servicio activo, RIGOBERTO YUSUNGUAIRA YAÑEZ, de anotaciones civiles y militares conocidas en autos, ES RESPONSABLE, SI o NO, de haber incumplido sus consignas como Centinela del puesto Nº 4 de la guardia del Batallón Patriotas, habiéndose ausentado de su puesto sin ser relevado por su Comandante, en hechos sucedidos dentro del área del citado Batallón, en Líbano, Tolima, el día 23 de abril de 1965, a las 13:45 horas?".

En la sentencia de primera instancia se impuso al procesado la pena de nueve años de presidio, "como autor responsable de los delitos de homicidio intencional en la persona de Aquilino Orejuela Riascos y DEL CENTINELA, de que trata el Título VII, Capítulo I, artículo 194, y Título IV, Capítulo V, artículo 163, del Libro Segundo del C. P. M....".

Este proveído fue confirmado por el Tribunal Superior Militar, con la única salvedad de fijar en diez años de presidio la pena que debe cumplir Yusunguaira Yáñez, mediante el fallo acusado.

El Magistrado, doctor Juan Manuel Pachón Padilla, dejó el siguiente salvamento de voto:

"Motiva el salvamento de voto la consideración de que el centinela que se ausenta del lugar que se le ha señalado para el servicio, comete el delito de Abandono del Puesto, determinado en el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar y no el del 'Centinela' de que trata el 163 de la misma obra.

"Las razones son las siguientes:

"Para los centinelas existen consignas de carácter general y consignas de carácter particular.

"Las primeras son aquellas prescripciones permanentes que deben cumplir todos los centinelas, cualquiera que sea el puesto donde se encuentren instalados, y que están determinadas por el artículo 46 del Reglamento de Servicio de Guarnición.

"Las de carácter particular son órdenes reservadas, esencialmente transitorias, que les transmiten cuando van a iniciar el servicio y obedecen a las circunstancias y situación especial del puesto. Son las únicas consignas que reciben al hacerse cargo del puesto porque las de carácter general ya las conocen de antemano, por estar publicadas y porque el Comandante de Guardia debe dar instrucción sobre ellas a todo el personal de la Guardia, conforme a lo dispuesto en el aparte 1) del artículo 40 del mencionado Reglamento de Guarnición.

"Según el artículo 163 del Código de Justicia Penal Militar comete delito del centinela el soldado que en este servicio 'falte a las consignas que haya recibido'. De acuerdo con esta redacción, no es posible pensar que el precepto se refiera a todas las consignas que deben cumplir los centinelas, sino únicamente a las que hayan recibido al hacerse cargo del puesto.

"Entre las consignas de carácter general hay algunas cuyo incumplimiento entraña especial gravedad, por lo cual la ley ha erigido ese hecho como delito. Tales son las de dormirse, dejarse sorprender o dejarse relevar por quien no corresponda. Otras consignas generales como las de no fumar, no beber, mantenerse en actividad, etc., siguen siendo simples faltas, sancionadas por medio del Reglamento de Régimen Disciplinario, y nadie ha pretendido hasta ahora que constituyen delitos.

"El Centinela que abandona su puesto comete un acto que se ha previsto expresamente como infracción penal. Para sancionarlo no es necesario apelar al delito del centinela mediante la interpretación de la frase atrás comentada sobre las consignas que haya recibido'. Se trata de un delito específico para todos los militares que estando 'de facción o servicio' abandonen su puesto. Lo anterior se comprende mejor recordando los antecedentes legislativos de las dos disposiciones.

"En la Ley 84 de 1931, sobre justicia militar, existía un título referente a los delitos cometidos por los militares 'en el servicio' y otro para los delitos 'contra el servicio'. En el primero de estos títulos, en su capítulo segundo, se contemplaban los que podía cometer el centinela y que eran: el abandono del puesto, el embriagarse, el faltar a su consigna, dejarse relevar por quien no correspondiera, dejarse sorprender y dormirse.

"Estos delitos tenían diferentes sanciones, según el centinela se hallara frente al enemigo extranjero, o en lugar declarado en estado de sitio, o si era en tiempo de paz.

"En el título sobre los delitos 'contra el servicio' se especificaba el de abandono del puesto, también con diferentes penas, en consideración al estado en que se encontrara el país: guerra internacional, estado de sitio o tiempo de paz.

"De tal modo, en el estatuto mencionado, se hacía una clara distinción entre el abandono del puesto cometido por cualquier militar, que era un delito 'contra el servicio', y el abandono del puesto ejecutado por el centinela, que era un delito 'en el servicio', configurado específicamente para el centinela.

"En la Ley 3ª de 1945, que sustituyó la 84 de 1931, también figuraba el delito del centinela, pero no ya en título aparte, sino en un título general denominado 'de los delitos contra el servicio' y en el cual aparecían ocho infracciones a saber: abandono del puesto, abandono del servicio, deserción, delitos del centinela, infidencias o violación de secretos, inutilización voluntaria, ataque al centinela y falsa alarma.

"En esta ley también se diferenciaba el abandono del puesto cometido por un militar que estuviere de facción y el realizado por el centinela. Respecto a los delitos que podía cometer éste, los redujo a cinco: abandono del puesto, contravenir o faltar a su consigna, embriagarse, dormirse y dejarse relevar por quien no le corresponde. Suprimió el de dejarse sorprender.

"En el Código de 1950 y sus decretos reformatorios desapareció como delito específico el del centinela, interrumpiéndose la tradición exis-

tente en la legislación penal militar sobre este particular.

"Entendemos que en el proyecto elaborado para reemplazar dicho Código tampoco se contemplaba, y que fue a última hora cuando se incorporó en su articulado la disposición que lo prevé, razón por la cual a pesar de tratarse de una infracción contra el servicio, no está comprendida entre las que debe adelantarse y fallarse por el procedimiento especial que rige para los demás delitos de la misma especie.

"El artículo 163 del Código actual, que sigue en sus líneas generales al 220 de la Ley 3ª de 1945, no incluyó como delitos propios del centinela el abandonar el puesto y el embriagarse. Lo que quiere decir que no las considera ya como casos peculiares del centinela, sino como infracciones comunes a todos los militares que estén de facción o servicio.

"En presencia de este cambio, que representa una reforma sustancial al tratamiento que la legislación castrense le venía dando al hecho, salvo la interrupción de 1950, no es posible persistir en el criterio que se ha venido aplicando de sancionar el abandono del puesto cometido por el centinela, con el recurso de que se trata de una violación de las consignas o prescripciones que él debe cumplir, y entre las cuales se encuentra, claro está, la de permanecer en el sitio que se le ha asignado, siendo así que ese hecho se encuentra expresamente tipificado en el artículo 153 del actual Código de Justicia Penal Militar".

Sobre esta cuestión, se anota en la sentencia recurrida lo que pasa a transcribirse:

"De manera que esa conducta viene a encajar dentro de las prescripciones del artículo 163 del Código de Justicia Penal Militar, que expresa: 'El centinela que duerma, falte a las consignas que haya recibido, se deje sorprender o relevar por quien no sea su Comandante o de quien autorizadamente haga sus veces, será sancionado con arresto de uno a cinco años'...". En consecuencia... "no se puede predicar la causal de nulidad invocada por el señor Fiscal Primero de la Corporación, porque no se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, por razón de este hecho.

"Al respecto, esta Sala ha venido sosteniendo los conceptos.." siguientes:

"Dice el artículo 163 del Código de Justicia Penal Militar: 'El centinela que duerma, falte a las consignas que haya recibido, se deje sorprender o relevar por quien no sea su Comandante o de quien autorizadamente haga sus veces, será sancionado con arresto de uno a cinco años'. Por su lado, el Reglamento de Servicio de Guarnición define: 'CENTINELA: Individuo colocado en un sitio, lugar o zona determinados, con misiones definidas de vigilancia o seguridad.—' CLASES DE CENTINELAS: Las consignas son generales y particulares. Son generales, aquellas prescripciones que deban cumplir todos los centinelas, sea cual fuere el puesto donde se encuentren instalados. Son consignas particulares, las que corresponden a la situación especial del puesto. Son consignas generales de los centinelas: 1). Estar en constante actividad durante su turno de servicio, en el sitio o lugar que se le asigne sin separarse de él por ningún motivo; 2). Mantenerse de pie, absteniéndose de sentarse, recostarse, fumar, comer, beber, dormir, conversar o hacer cosa alguna que distraiga su atención durante el servicio... 10). Ningún centinela debe dejarse relevar por persona distinta a su Cabo relevante'.

"Por manera que la prohibición de dormir y la de dejarse relevar por quien no puede hacerlo, durante la prestación del servicio, entre otras, constituyen dos de las consignas denominadas generales, y no son por tanto, de las que recibe el centinela con carácter reservado o especial.

"A este propósito, dispone el Reglamento: 'Las consignas particulares dadas a los centinelas tienen carácter reservado, y éstos deberán comunicársela únicamente al individuo que los releve y a los superiores directos cuando así lo exijan'.

"Así las cosas, no resulta exacto, sino contrario a las disposiciones invocadas antes, afirmar que, porque el artículo 163 del estatuto penal castrense dice que comete el delito de centinela quien, designado para esa función específica, se duerma, falte a las consignas recibidas, o se deje relevar o sorprender, por quien no sea su Comandante, se está refiriendo exclusivamente a las consignas de naturaleza particular, con prescindencia de las otras.

"En primer lugar, porque dicha norma no dice que esas consignas recibidas por el centinela deban ser de índole especial. Prueba de esto, es que ella expresa literalmente que comete el delito en referencia quien 'falte a las consignas recibidas', sean o no reservadas o confidenciales, esto es, a las que han de cumplir siempre por

razón de las funciones a ellos encomendadas, para asegurar su eficiente cometido de vigilancia y seguridad. Lo que ocurre es que el oficio de centinela supone, para su correcto y eficaz desempeño, la obligación de cumplir, en todos los casos, ciertas consignas, sin la observancia de las cuales el servicio resultaría inútil en la práctica; y simultáneamente con ellas deben también ejecutar otras funciones de naturaleza especial, que suelen serles impartidas en determinados eventos, de acuerdo con las necesidades impuestas por las circunstancias de tiempo y de lugar. La regla, pues, la constituyen las consignas generales, implícitas invariablemente en el ejercicio de la función de centinela, y las particulares vienen a ser apenas la excepción.

"Y así, mientras el centinela ha de permanecer en constante actividad, sin separarse del lugar que le haya sido asignado; mantenerse de pie, sin sentarse, ni recostarse, ni hacer nada que distraiga su atención, en todos los casos, durante la jornada de vigilancia; sucede que conjuntamente con esas consignas generales, de forzosa observancia e implícitas siempre en el servicio, bien pueden serle señaladas determinadas acciones particulares o específicas, como, por ejemplo, la de exigir sus documentos de identidad a cuantas personas transiten por el sitio en que debe ejercitar su función de guardia.

"De otra parte, es evidente que el artículo 163 del Código contempla también como configurativo del delito del centinela, el hecho de que el agente activo se duerma durante el servicio, y el de que se deje relevar o sorprender por quien no sea su Comandante. Ahora bien estas prohibiciones no constituyen consignas especiales, que hayan sido recibidas por el centinela en forma reservada, sino consignas de carácter general, conforme ha quedado establecido ampliamente.

'Síguese, entonces, que la norma en cuestión no alude en su texto únicamente a las consignas particulares que se le han podido dar al centinela en un caso dado, sino que se refiere a todas ellas, y en primer lugar, a las de carácter general, sobre las cuales se instruye a los soldados en la vida del cuartel, durante la diaria preparación a que han de ser sometidos para la prestación del servicio militar".

Y en cuanto al homicidio intencional, se dice en el fallo impugnado:

"Se ha probado que el soldado Yusunguaira Yáñez suprimió la vida al soldado Aquilino Orejuela Riascos, el día 23 de abril del presente año..." (1965)... "aproximadamente a las 13:45 horas, una vez que se separó, sin ningún motivo, del servicio de centinela que se le había asignado en el puesto número 4, hecho que cometió con intención dolosa o dañada, pues, ello, se desprende de las declaraciones de los testigos Numael Molina Mogollón, Robinson Montoya Rengifo, Gilson José Mejía Maldonado, Miguel Olmedo Rayo Ramos y Reinel Mosquera. Ante todo, de lo dicho por los soldados Mejía Maldonado, quien asegura que vio a Yusunguaira meter el dedo en el disparador del fusil y accionó para dispararlo, y Montoya Reng fo, quien afirma que le tendió el fusil y le disparó, y del dictamen de los peritos, que actuaron en la diligencia de inspección ocular, que conceptuaron en forma clara y precisa, que el seguro que posee el arma es eficaz y no hay posibilidad que el arma se dispare estando asegurada, y que cuando el arma está desasegurada no se dispara por más movimiento brusco que se ejecute. De manera que la versión que da el procesado, en el sentido de que el arma se le disparó, no tiene ningún respaldo probatorio y debe, en consecuencia, ser desechada, por cuanto la realidad es la sentada por la prueba testifical y pericial como ya quedó analizado. Por tanto, la adecuación típica de la conducta del procesado Yusunguaira Yáñez corresponde a los elementos normativos que describe el artículo 194 del Código de Justicia Penal Militar, e impone una sanción de ocho a catorce años de presidio".

DEMANDA DE CASACION:

Invoca el señor Fiscal Primero del Tribunal Superior Militar las causales cuarta y primera del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, así:

1ª—*Causal cuarta:*

Afirma que la sentencia impugnada fue proferida en un juicio viciado de nulidad, por cuanto los cuestionarios no fueron elaborados en la forma prevista en el Código de Justicia Penal Militar, dado que en ellos no se hizo referencia a elementos constitutivos de la infracción señalada en el auto de proceder, pues se incluyeron elementos de un delito distinto, con lo cual resultaron infringidos los artículos 559 y 561 de aquel estatuto. Y asevera, además, que con respecto al cargo de homicidio hecho al sindicado, en el cuestionario no "se determinaron claramente los elementos de los hechos".

En cuanto al primer cargo anota, luego de transcribir el salvamento de voto hecho en el fallo acusado por el Magistrado, doctor Pachón Padilla, que al retirarse Yusunguaira Yáñez "del lugar indicado para la prestación de un servicio, cometió un hecho específicamente contemplado como delito de abandono del puesto, consistente en que estando de facción o servicio, abandonó 'su puesto sin causa justificativa, por cualquier tiempo'...", lo que hace... "necesario el efectuar una nueva calificación del hecho para que los señores Vocales puedan definir la situación del inculpado, frente a cada una de las infracciones atribuídas al mismo...".

Y con respecto al segundo, observa que "al no determinar el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, en lo tocante al Homicidio, ya que si bien es cierto no están claras las circunstancias en las cuales se cometió, sólo se argumentó en el cuestionario lo referente a las pruebas en las cuales se funda la imputación que le aparece al procesado".

2ª—*Causal primera:*

Dice el demandante que "la sentencia recurrida es violatoria de la ley sustancial, por aplicación indebida o interpretación errónea de la misma...", pues... "se dejó de dar cumplimiento a lo consagrado en el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar". Y manifiesta, de otra parte, que "en lo tocante al delito de homicidio, se observa que no se especificó ni analizó el fundamento de la imputación hecha al acusado, y con base en dichas pruebas tenerlo como un delito simplemente voluntario, cuando la apariencia general que arrojan las pruebas, indica que existió en el sindicado la ausencia de intención de producir el resultado conocido, como así lo expresa en su injurada el soldado; pero por deficiencias en el auto de llamamiento a juicio, no se precisó la moralidad del hecho".

Al primer cargo se refiere, además, en los siguientes términos:

"Es de importancia el analizar algunos puntos referentes al procedimiento que se sigue al tramitar la existencia del ilícito de 'abandono del puesto' y 'del centinela', ya que en el caso de que la infracción no sea conexa, se adelantan procedimientos diferentes, para el primero el juzgamiento es en derecho, según el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar, no así para el segundo, que normalmente se tramita por el procedimiento de Consejo de Guerra, y hallándose el país en estado de sitio, su juzgamiento se hace por Consejos de Guerra Verbales".

Agrega:

"En lo tocante a la norma sustantiva que describe el delito de abandono del puesto, se tiene que allí se dan como elementos del delito, comunes con al del centinela, el hecho de que se está de servicio y claro está, que se trata de un militar.

"La diferencia radica en que la tipificación del delito de abandono del puesto, su retiro del lugar puede justificarse, al demostrarse la existencia de una causa que así lo haya aconsejado, lo cual no aparece en el caso del delito del centinela.

"En el caso aludido en el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar, o sea del abandono del puesto, se hace alusión a cualquier militar, sin distingo alguno, ni enumeración taxativa, como la aludida en el artículo 163 ibidem.

"Además, la disposición primeramente citada es más amplia y tutela la continuidad del ejercicio de una función pública, por lo cual se busca el garantizar el normal desarrollo de un servicio de cuya efectividad depende en un momento dado, el mantenimiento de la seguridad de un cuartel o base.

"También el estatuto castrense, en la otra norma aludida (art. 163), hace referencia a una figura jurídica especialmente aplicable a quien estando de servicio, desempeñando el cargo de centinela, incurra en ciertos hechos o sea que se duerma, falte a las consignas que haya recibido, se deje sorprender o relevar por quien no sea su Comandante. Allí se alude a la ocurrencia de ciertos casos, pero cuya interpretación es restrictiva.

'No ocurre lo propio con lo consagrado en el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar, cuya interpretación es extensiva, pues sin sobrepasar los límites impuestos por el legislador, admite ir hasta ellos.

"En el caso *sub-judice* no puede afirmarse, con propiedad, que el acusado haya dejado de cumplir consignas o sea "órdenes o instrucciones que se imparten al personal designado para misiones de vigilancia o seguridad".

Expresa por último:

"Si en verdad existen disposiciones o reglamentos expedidos para el uso de las Fuerzas Militares, surgen dudas acerca de la interpretación y aplicación de los mismos a igual nivel jerárquico con las normas contenidas en el Código de Justicia Penal Militar, o sea que tratándose de simples facultades reglamentarias conferidas al Ministerio del ramo, se han querido equiparar o valer en el mismo plano con la ley, o sea en este caso con el Código de Justicia Penal Militar... No hay duda alguna acerca del ámbito de aplicabilidad muy diferente para la ley y el reglamento, pues estos últimos en algunos casos son proferidos por autoridades subalternas y simplemente tienen vida jurídica al recibir su aprobación por resolución a nivel ministerial, o de disposiciones dadas en ejercicio de facultades simplemente gubernamentales".

El Jefe de Negocios Penales de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, al referirse al traslado que se le dio en virtud de lo que señala el artículo 3º del Decreto 1154 de 1954, dice que "sería innecesario ejercer la facultad legal de ampliar la demanda, pues considero que la presentada por el señor Fiscal Primero llena su objeto a cabalidad. Los argumentos de orden jurídico aducidos en apoyo de las causales propuestas para obtener la infirmación del fallo recurrido las comparte plenamente este Despacho, por lo cual, con fundamento en dichos razonamientos, coadyuva la petición del demandante, y solicita de la H. Corte, con todo respeto, que case la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar, en el proceso penal militar de la referencia".

CONSIDERA LA CORTE:

Dos cargos propone el demandante al invocar la causal cuarta de casación, los cuales reitera al proponer el motivo previsto en el ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, a saber:

Primero: No haberse elaborado el cuestionario, en cuanto al delito de homicidio imputado a Yusunguaira Yáñez, en la forma prevista en la ley, (ord. 6º del art. 441 del C. de J. P. M.).

Pues bien:

Los preceptos que el demandante considera infringidos, son los siguientes:

"Art. 559.—El cuestionario se formulará así: 'El acusado N. N., es responsable, SI o NO, de los hechos (aquí se determina el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, especificando los elementos que lo constituyen, y las circunstancias en que se cometió sin darle denominación jurídica)'".

"Art. 561.—Para cada delito y para cada sindicado se elaborará un cuestionario separado".

El juzgador de primera instancia dio exacto cumplimiento a las normas transcritas. De una parte, para cada delito, elaboró un cuestionario separado, como aparece de lo que atrás se dejó transcrito. Y, de otra, al indicar el cargo de homicidio intencional, se hizo una completa especificación de los elementos que lo constituyen, sin darle denominación jurídica.

Con fundamento en el auto de proceder y ceñido a la realidad del informativo, el Comando del Batallón de Infantería Nº 26 "PATRIOTAS", con sede en Líbano (Tolima), consignó en el cuestionario correspondiente al cargo de homicidio intencional los elementos que lo constituyen, de acuerdo con el artículo 194 del estatuto penal castrense, que dice: "El militar que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo, cause la muerte de otra persona, con intención de matar, estará sujeto a la pena de ocho a catorce años de presidio".

Si como lo pretende el demandante, dicho cuestionario hubiese sido elaborado de acuerdo con los elementos que conforman el delito de homicidio culposo (art. 200 del C. de J. P. M.), habida cuenta de la versión dada por el procesado, no sólo habría resultado ese cuestionario en contradicción con el cargo propuesto en el auto de proceder (providencia en la cual se alude, concretamente, al artículo 194 del citado estatuto), sino que, asimismo, se habría desconocido el conjunto de elementos de juicio que dan cuenta del propósito de matar en el agente, racionalmente examinados en el fallo acusado, según lo que de este proveído se dejó transcrito.

Este primer cargo, en consecuencia, no resulta demostrado.

Segundo cargo:

Dice el actor que en el fallo recurrido se dio una interpretación equivocada al artículo 163 del Código de Justicia Penal Militar, yerro en el que también se incurrió al calificar los hechos en el auto de proceder y al elaborar el correspondiente cuestionario. Y que, por razón de ese

yerro, se dejó de tomar en cuenta el artículo 153 de la misma obra en aquellos proveídos y en el cuestionario aludido.

El precepto citado, dice:

"Art. 163: El centinela que duerma, falte a las consignas que haya recibido, se deje sorprender o relevar por quien no sea su Comandante o de quien autorizadamente haga sus veces, será sancionado con arresto de uno a cinco años".

La norma, que según el demandante es la pertinente en el presente caso, expresa:

"Art. 153: El militar que estando de facción o servicio abandone su puesto sin causa justificativa, por cualquier tiempo, o se embriague, será sancionado con arresto de uno a cinco años. Si quien comete este hecho es el Comandante del Puesto, la sanción se aumentará de una cuarta parte a la mitad".

Ambas disposiciones hacen parte del Título IV ("De los delitos contra el servicio") del Libro 2º del Código de Justicia Penal Militar. Pero la primera constituye el contenido del Capítulo V ("Delito del centinela") y la segunda se encuentra en el Capítulo II ("Del abandono del puesto").

En este mismo Título IV se reprimen el "abandono del servicio" y la "deserción" con pena de arresto de seis meses a dos años, lo que obviamente indica que las infracciones de "abandono del puesto" y "delito del centinela" son más graves, por constituír un mayor daño a los intereses del servicio militar.

Con este mismo criterio dosificador de las sanciones, únicamente en los casos de "abandono del puesto" (art. 154), "abandono del servicio" (art. 156) y "deserción" (art. 159) se ha previsto un aumento y aún la sustitución del arresto por la prisión, a saber:

"Art. 154: Si alguna de las infracciones de que tratan los artículos anteriores..." (abandono del puesto")... "se comete en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, las penas se aumentarán hasta el doble y si es frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos, se impondrá prisión".

"Art. 156: Las penas de que trata el artículo anterior...", ("Del abandono del servicio") ... "se aumentarán hasta el doble cuando el hecho se comete en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público".

"Art. 159: "Las penas a que se refiere el artículo anterior..." (De la deserción)..., "se aumentarán hasta el doble y la pena será de prisión cuando el hecho se comete en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público".

El lapso de tiempo es tomado en cuenta para distinguir el delito de que se trata, así:

a).—En el "abandono del puesto", de acuerdo con el artículo 152, es indispensable, en tiempo de paz, que se dejen de ejercer las funciones propias del militar por más de veinticuatro horas consecutivas. O "por cualquier tiempo" en caso de turbación del orden público, conmoción interior, conflicto armado o guerra".

b).—En el "abandono del servicio", según lo que señala el artículo 155, los hechos allí previstos requieren un término no inferior a diez días.

c).—En la "decersión", de conformidad con los ordinales 1º y 2º del artículo 158, se precisa que las conductas en ellos indicadas ocurran por un lapso no menor de cinco días. Los ordinales 3º y 4º, aluden, respectivamente, a que se "falte al lugar en que preste su servicio cualquier día o noche de alarma o de vigilancia de que se le hubiere advertido", o "traspase sin autorización los límites señalados al campamento por el Jefe de las tropas en campaña".

De lo anterior se desprende lo siguiente:

1º—Que la expresión "por cualquier tiempo" que trae el Código de Justicia Penal Militar al referirse a los delitos de "abandono del puesto" alude a cualquier término igual o inferior a veinticuatro horas, sin limitación mínima.

2º—Que si el abandono del puesto por el centinela, esto es, el hecho de "separarse del sitio o lugar que se le asigne" (como dice el Reglamento de Servicio de Guarnición, según cita que se hace en la sentencia acusada), fuese una de las conductas sancionadas como "delito del centinela", se tendría el absurdo de que, en caso de "guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público", la pena no podría aumentarse, ni tampoo sustituír el arresto por la prisión, cuando la infracción se comete "frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos", pues en el Capítulo V ("delito del centinela"), tales circunstancias agravantes no están señaladas, como sí se encuentran previstas, según se dejó

anotado, para el delito de "abandono del puesto" (Capítulo II, art. 154).

Ya se dejó observado cómo, de conformidad con el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar (que se refiere al delito de "abandono del puesto"), "el militar que estando de facción o servicio abandone su puesto sin causa justificativa, por cualquier tiempo, o se embriague, será sancionado con arresto de uno a cinco años"; y si el hecho "se comete en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, las penas se aumentarán hasta el doble y si es frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos, se impondrá prisión" (art. 154). Y cabe recordar que la expresión "cualquier tiempo" corresponde a cualquier término igual o inferior a veinticuatro horas, sin limitación mínima.

¿Cómo es, entonces, que si el abandono del puesto lo hace el centinela, por cualquier tiempo, deba tomarse en cuenta el Capítulo V ('delito del centinela"), en donde no está indicada la circunstancia agravante que trae el artículo 154, así ocurra el hecho en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, o frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos; y si tal abandono del puesto lo cumple el militar en otra clase de servicio, la aludida circunstancia agravadora de la pena si resulte pertinente, porque ya se trata de hechos definidos en el Capítulo II ("del abandono del puesto")?.

A esta conclusión inaceptable conduce la interpretación que en la sentencia recurrida se le da al artículo 163 del Código de Justicia Penal Militar.

Además, el alcance que en dicho fallo se da al anterior precepto debe ser rechazado por las siguientes razones:

1ª—Cuando el artículo 163 se refiere a las consignas que haya recibido el centinela, obviamente trata de las que "corresponden a la situación especial del puesto" y no a esas otras de carácter general, "que deben cumplir todos los centinelas, sea cual fuere el puesto donde se encuentren instalados", las que, naturalmente, no es menester que en cada caso el centinela reciba al encargarse de ese servicio.

No tiene, por tanto, fuerza el argumento que trae la sentencia acusada, según el cual el hecho de separarse el centinela del sitio o lugar que se le asigne, por tratarse de una consigna general, hace incurrir a aquél en el "delito del centinela" y no en el de "abandono del puesto" (art. 153 del C. de J. P. M.).

2ª—Si una conducta está expresa y claramente prevista como determinado delito, no corresponde acomodarla a otra definición punible, cuando para esto se requiere darle un alcance extensivo que aquél no exige.

Así, el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar sanciona a quien, "estando de facción o servicio abandone su puesto sin causa justificativa, por cualquier tiempo...", puesto que, no cabe duda, puede ser el señalado al centinela.

En cambio, en el artículo 163 ("delito del centinela"), no se habla de "abandono del puesto", sino de dormir, faltar a las consignas que haya recibido, dejarse sorprender o relevar por quien no sea su Comandante o de quien autorizadamente haga sus veces.

¿Cómo, entonces, ante la represión penal que de manera clara se indica en el artículo 153 para los casos de abandono del puesto, por cualquier tiempo y en relación con cualquier servicio que preste el militar, sea menester que se acuda a interpretaciones extensivas de la frase "consignas que haya recibido" el centinela, para entender que se trata del "delito del centinela" y no del delito de "abandono del puesto"?.

Así, pues, este segundo cargo resulta probado y prospera, en consecuencia, la causal cuarta de casación invocada.

Ahora bien:

De acuerdo con el ordinal 2º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, es causal de nulidad "haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción".

En el auto de proceder, al delito de "abandono del puesto" se le dio, erradamente, la calificación de "delito del centinela", con lo cual se incurrió, en este negocio, en nulidad de lo actuado, en cuanto a aquella infracción, a partir del auto de llamamiento a juicio, inclusive, y así corresponde declararlo, a fin de que se reponga el trámite. En cambio, es válido el procedimiento cumplido con respecto al cargo de homicidio intencional, ya en el llamamiento a juicio hecho al sindicado Yusunguaira Yáñez, ora en el juzgamiento del mismo, siendo del caso, apenas, proferir la nueva sentencia, luego

de que se haya repuesto el trámite en relación con el delito de "abandono del puesto".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA TOTALMENTE la sentencia del Tribunal Supremo Militar, de que se ha hecho mérito, y ORDENA: 1º—Que se reponga el procedimiento, en cuanto al delito de "abandono del puesto" a RIGOBERTO YUSUNGUAIRA YAÑEZ, a partir del auto de proceder, inclusive; y 2º—Que se profiera nueva sentencia, en cuanto a los delitos de "abandono del puesto" y "homicidio intencional", una vez rectificado el trámite en cuanto a la infracción penal primeramente citada.

Es válido el procedimiento en lo que respecta al delito de homicidio intencional.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

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 C., Secretario.

CORRUPCION DE MENORES.—PRETENDIDO ERROR ESENCIAL DE HECHO.—MERITO DEL ACERVO PROBATORIO APORTADO AL PROCESO.

1. De acuerdo con lo sostenido por esta Corporación en forma reiterada y constante, la Corte, en la jurisdicción que le es propia por virtud del recurso extraordinario de casación, está relevada a entrar a sobrepesar en detalle el recaudo probatorio que el Tribunal examinó para sentenciar, porque, en juicios de puro derecho, los juzgadores gozan de un amplio arbitrio en orden a la valoración racional de los elementos de convicción legalmente producidos en el proceso, y, por cuanto, un examen de tal naturaleza solo se justifica, en tratándose de esta causal, cuando ostensiblemente ha habido un error manifiesto en la apreciación de la prueba. De otra manera, tal motivo de casación surgiría como viable con solo alegarlo y fundarlo en simples aspectos de interpretación, los cuales indefectiblemente surgen entre el Juez y la defensa.

2. Para que la llamada por el recurrente "edad sicológica" de la menor, —la cual añade rebasaba el límite previsto en el artículo 326 del C. Penal— pudiera tener incidencia en el presunto error esencial, por lo menos, debía aquélla ser índice cierto y demostrado, no simplemente conjetural, de una anormal precosidad psíquica, que, a su vez, relevara una modificación moral de corrupción en esa persona.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., noviembre cuatro de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zambrano).

VISTOS:

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva, mediante sentencia datada el 28 de febrero de 1964, condenó a ORLANDO GUZMAN PERDOMO a la pena principal de quince (15) meses de prisión, como responsable del delito de corrupción de menores cometido en la persona de Alba Palomino García, y, además, le impuso las sanciones accesorias del caso. Luego, según fallo calendado el 23 de enero del año en curso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva confirmó, en todas sus partes, el de primer grado.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso el recurso de casación el apoderado de Guzmán Perdomo, el cual, una vez sometido al trámite de rigor legal, fue declarado admisible y sustentado ante la Corte, en cuya virtud se procede a decidirlo.

HECHOS:

El Tribunal Superior de Neiva narra de la siguiente manera los hechos que dieron origen a esta investigación:

"... Ante el señor Alcalde de Algeciras compareció el 16 de julio de 1962 el señor Maximino Palomino, de 67 años de edad, con el objeto de formular denuncia criminal contra Orlando Guzmán Perdomo, quien a las nueve de la noche del día anterior había invitado a Alba Palomino García, hija del denunciante, a pasear en un 'jeep' y llevarla a su casa después, lo que no cumplió sino que llevó a la muchacha por la carretera del Caquetá y en el sitio de Campiñas la indujo al acceso carnal, luégo de lo cual la llevó cerca de la casa en las horas de la madrugada".

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva, según providencia de 5 de febrero de 1966, sobreseyó definitivamente a favor del procesado; pero el Tribunal Superior de esa ciudad, al revisar en consulta dicha resolución, la revocó y, en su lugar, dispuso llamar a juicio al acusado Guzmán Perdomo por el delito de Corrupción de Menores, de que trata el Capítulo V del Título XII (Libro 2º) del Código Penal.

Posteriormente, se profirieron las sentencias condenatorias reseñadas en la parte inicial y motiva de este fallo de la Corte.

DEMANDA DE CASACION.

El recurrente invoca en el libelo de demanda la causal de casación prevista en el ordinal 1º del artículo 56 del Decreto Legislativo número 528 de 1964, y al respecto afirma que la sentencia impugnada "viola la ley sustantiva por infracción directa, aplicación errónea de unas pruebas y falta de apreciación de otras, habiéndose incurrido en errores de hecho y de derecho que aparecen de manifiesto en los autos".

Al amparo de esta causal se formulan los siguientes cargos:

Primero.—El procesado Guzmán Perdomo consumó el acto que con el carácter de corrupción de menores se le imputa —en el supuesto de que se aceptara su ejecución— por error esencial de hecho respecto a la edad verdadera de la menor Alba Palomino, o sea, dentro de las condiciones contempladas en el ord. 2º del art. 23 del Código Penal; y como el Tribunal se abstuvo de considerar esta circunstancia o cuestión no obstante estar plenamente comprobada, violó dicha norma que, en razón de ese error esencial de hecho, le impedía deducir imputabilidad y, desde luego, responsabilidad al acusado. Expresa el recurrente que la conducta sexual de la menor, como se desprende de la abundante prueba testimonial recogida en el proceso, permitía presumir que "se trataba de una mujer libre y ya conocedora de todos los secretos del amor".

Segundo.—Como consecuencia del anterior cargo —agrega el demandante— la sentencia dio indebida aplicación a los artículos 326 y 317 —inciso 1º—del C. Penal, porque al no poder predicarse la responsabilidad de Guzmán Perdomo "en razón de que tales hechos no estructuran el ilícito tipificado en el auto de proceder y en los fallos respectivos, debe concluírse que no podía darse aplicación" a tales normas.

Tercero.—El recurrente lo resume así: En el tercer cargo se demuestra cómo no existe prueba valedera para sindicar a Guzmán Perdomo de la desfloración de Alba Palomino García y mucho menos para sindicarlo de que hubiera ejecutado con ella actos de primera enseñanza. Esta situación llevó al señor Fiscal Primero del H. Tribunal Superior de Neiva a pedir la absolución del procesado. Y es que realmente no existe prueba distinta testimonial ni de ningún otro orden a la declaración de la presunta ofendida, cuya mendacidad está comprobada por su mismo padre Maximino Palomino, y cuya vida disoluta, que demerita totalmente su testimonio, está igualmente comprobada por innumerables declaraciones". Por lo tanto, la sentencia impugnada violó, por indebida aplicación, los artículos precitados del C. Penal.

Cuarto.—"En el fallo que impugno se da extraordinario valor al dictamen de los médicos legistas, conforme al cual en julio 17 de 1962, Alba Palomino presentaba una desfloración total reciente. Esta circunstancia, sin embargo, por sí sola carece de la relevancia jurídica que se le atribuye. En primer término, porque para que pueda determinar la responsabilidad concreta de alguna persona, debe existir prueba valedera sobre el autor de la desfloración. Ya vimos al hacer el tercer cargo que no existe tal prueba en contra de Orlando Guzmán Perdomo. En segundo término, porque la desfloración, por sí misma, y aceptando los presupuestos de edad, no prueba que se haya estructurado el delito de corrupción de menores, ya que tampoco prueba que el acceso carnal con cuyo motivo se ha producido, sea el primero en el tiempo y menos que constituya acto de primera enseñanza". En consecuencia, la sentencia recurrida violó los artículos 203 a 206, 216 a 218, 223, 260 y 268 del Código de P. Penal y 326 y 317 del C. Penal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su breve vista fiscal, manifiesta lo siguiente en relación con los anteriores cargos:

"En el caso materia de examen no aparece el error manifiesto en la apreciación de los elementos probatorios por parte del juzgador a que se refiere la causal primera contenida en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, sino discrepancias cualitativas desde el punto de vista del recurrente, las cuales en manera alguna constituyen fundamentos del recurso.

"En efecto, la prueba pericial y documental ampliamente analizada en la sentencia recurrida, con cuyo planteamiento se encuentra acorde este Despacho, no admite duda alguna sobre la edad de la ofendida. La primera la considera en 14 años, teniendo en cuenta la contextura somático-dentaria de Alba Palomino (fl. 3), en tanto que con la partida de bautismo se demostró claramente que la edad real era para la época de los hechos de 15 años y 2 meses.

"De acuerdo con el dictamen de los médicos legistas el cálculo de la edad aparente resultó

inferior al de su edad real, por lo tanto no cabe la hipótesis de un error esencial de hecho por parte del acusado, quien la conocía de tiempo atrás y la cortejaba.

"La 'edad sicológica' a que alude el actor no tiene base jurídica ni doctrinaria de ninguna especie; lo que ha sido motivo de discusión en el caso del artículo 326 del Código Penal, es lo relativo a que si los actos sexuales practicados con la víctima menor de 16 años y mayor de 14 no constituyen hechos de primera enseñanza, esto es que se realicen con mujer ya experimentada en el ayuntamiento ilícito, no existe el delito de corrupción de menores por cuanto no se pervierte ni se le enseña un acto que ignoraba y por consiguiente no hay en tal caso sujeto pasivo de la infracción.

"Las pruebas allegadas a la investigación no demuestran que la menor estuviera ya corrompida o fuera experimentada en cuestiones sexuales; el dictamen pericial indica de manera indudable que su desfloración fue reciente, es decir, los actos consumados fueron de primera enseñanza y las declaraciones allegadas al proceso establecieron que la ofendida era hija de familia sometida a la patria potestad de sus padres legítimos.

"Al testimonio de la joven víctima le dio el Tribunal el valor de plena prueba respecto del autor del hecho criminoso ya que encontró suficiente respaldo en circunstancias indiciarias, tales como el haber reconocido Guzmán Perdomo el hecho de pasearse con la menor en su vehículo particular a altas horas de la noche de los hechos investigados y el regreso de Alba Palomino a la casa paterna, al amanecer del 16 de julio, a donde la acompañó el acusado según consta en la denuncia.

"En tales condiciones, teniendo base racional la apreciación y evaluación de la prueba testimonial, la autonomía que legalmente tiene el juez para razonar, concluír y poner de manifiesto su íntima convicción no es posible desvirtuarla mediante el recurso extraordinario de casación.

"Con ese poder valorativo dado por la ley al juzgador de instancia y con fundamentos jurídicos suficientes estimó consumado el delito de corrupción de menores, porque se demostró el acceso carnal entre un hombre y una mujer mayor de 14 años y menor de 16 y que el hecho atentó contra el honor individual de la víctima, por cuanto el acto tuvo la finalidad de corromper al sujeto pasivo, quien no estaba iniciado en la vida sexual. Por otra parte, encontró base suficiente para imponer mayor sanción por tratarse del acceso carnal en la persona de una mujer virgen".

En tal virtud, concluye el Procurador Delegado en lo Penal, la sentencia en cuestión no debe casarse.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1ª Manifiesta el impugnante que en la sentencia recurrida se ha dado a los hechos un valor probatorio que no tienen. Y agrega— a este mismo particular— que invoca, en cuanto al acto que se le imputa a Orlando Guzmán como corrupción de menores, "el error esencial de hecho con respecto al estado real de la Palomino", consagrado en el ordinal 2º del artículo 23 del Código Penal, dado que "la edad sicológica de la presunta ofendida rebasa los límites, hasta cierto punto arbitrarios del artículo 326 del C. Penal", si se tiene en cuenta que "la conducta social y sexual" de aquella "implicaba necesariamente el conocimiento de los ajetreos sexuales".

En el caso de autos, pretende el demandante que el caudal probatorio traído a este proceso y el cual se limita a transcribir parcialmente, acredita que Alba Palomino era una mujer liviana y que "a diario se entregaba a quienes pretendían ejecutar con ella el cóito".

De acuerdo con lo sostenido por esta Corporación en forma reiterada y constante, la Corte, en la jurisdicción que le es propia por virtud del recurso extraordinario de casación, está relevada de entrar a sobrepesar en detalle el recaudo probatorio que el Tribunal examinó para sentenciar, porque, en juicio de puro derecho, los juzgadores gozan de un amplio arbitrio en orden a la valoración racional de los elementos de convicción legalmente producidos en el proceso, y, por cuanto, un examen de tal naturaleza sólo se justifica, en tratándose de esta causal, cuando ostensiblemente ha habido un error manifiesto en la apreciación de la prueba. De otra manera, tal motivo de casación surgiría como viable con solo alegarlo y fundarlo en simples aspectos de interpretación, los cuales indefectiblemente surgen entre el juez y la defensa.

Además, ocurre que en los testimonios de cargo —excepción hecha del rendido por Jorge Rendón Duque, quien dice haber realizado el acto carnal por tres veces con Alba Palomino en el

mes de marzo de 1962— no se ha podido señalar a otro hombre distinto del acusado que hubiera tenido esa clase de relaciones sexuales con aquélla. Y en lo atinente a la declaración de Rendón Duque (que el fallo impugnado estima falsa), debe anotarse que el trato carnal que aquél dice tuvo con la ofendida antes del acto imputado a Guzmán Perdomo, no pudo cumplirse por cuanto en la prueba pericial técnica, practicada el día siguiente de los hechos originantes de este proceso (17 de julio de 1962), se estableció que la Palomino presentaba una defloración total reciente, con congestión del perineo, circunstancias indicadoras de la completa unión carnal con una mujer virgen.

De otra parte, en cuanto al pretendido error esencial de hecho respecto a la edad exacta de la menor, cabe agregar estas otras consideraciones:

a) La Palomino, en la fecha de la realización del acceso carnal con el acusado y de acuerdo con la partida de bautismo, tenía quince años y dos meses de edad; esta última, en cambio, se considera en el dictamen médico-legal en 14 años. De lo cual se colige que la ofendida representaba una edad fisiológica inferior a la cronológica, o sea, que aparentaba una edad menor de la que realmente tenía, circunstancia que, por este aspecto, descarta el error esencial de hecho alegado, tanto más si se tiene en cuenta que Guzmán Perdomo conocía a aquélla de tiempo atrás.

b) Para que la llamada por el recurrente "edad sicológica" de la menor, —la cual añade rebasaba el límite previsto en el artículo 326 del C. Penal— pudiera tener incidencia en el presunto error esencial, por lo menos, debía aquélla ser índice cierto y demostrado, no simplemente conjetural, de una anormal precocidad síquica, que, a su vez, revelara una modificación moral de corrupción en esa persona.

c) Las costumbres, maneras y conducta de la menor hija de familia Alba Palomino, quien estaba sometida a la patria potestad de sus padres legítimos, si bien no pueden presentarle como un modelo de recato y de absoluta pureza, tampoco permiten considerarla como una buscona o persona moralmente corrompida, por manera que hicieran creer al procesado que se hallaba ante una mujer, cuando menos, mayor de 16 años, al practicar con ella la cópula carnal.

Se reitera, a este respecto, la glosa antes anotada a la falta de debida fundamentación del cargo en examen, pues el demandante en su libelo no dirige su empeño a la demostración cierta de que en la sentencia impugnada se incurriera en manifiesto error de hecho proveniente de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, pues sobre este punto se limita a presentar una interpretación subjetiva acerca del mérito del recaudo probatorio, sin ensayar siquiera una crítica al criterio de estimación del mismo aceptado por el Tribunal al proferir el fallo condenatorio. En efecto, el recurrente, después de reproducir los testimonios que obran en el proceso y sin procurar la valoración del contenido de los mismos, se reduce a postular la conclusión de que "difícilmente se encuentra una mayor concordancia entre los numerosos testigos, cuyo dicho se transcribe, en el sentido de que Alba Palomino no solamente era una mujer fácil sino que a diario se entregaba a quienes con ella pretendían ejecutar el cóito", lo cual acredita el error esencial de hecho. En la sentencia recurrida, el *ad-quem* analizó y apreció, dentro de su arbitrio y de manera detenida, cualitativa y cuantitativamente, como es propio al sistema legal-moral del procedimiento penal colombiano, todos esos elementos de convicción que obran en el proceso, fundando así su decisión, en tanto que el demandante, sin ningún examen crítico ni valorativo de esos mismos elementos de convicción, se limitó a enunciar en forma inconcreta y vaga la opinión de que esa interpretación es errada. Por lo tanto, debe concluírse que el demandante no ha demostrado el error esencial de hecho.

2ª Por acomodarse mejor a la técnica del recurso de casación se procede a examinar el tercer cargo formulado, por cuanto se alega allí por el impugnante que no existe en el proceso prueba distinta de la declaración de la ofendida —cuyo testimonio no merece credibilidad por razón de su vida licenciosa y por estar en contradicción con el de su progenitor—, que permita "concluír que Orlando Guzmán tuvo en la noche de autos acceso carnal con Alba Palomino, ni mucho menos que éste la hubiera desflorado".

A lo cual se observa: a) Las pruebas allegadas a la investigación, según ya se indicara al estudiar el precedente cargo, no acreditan que la menor llevara vida de licencia o corrupción moral; b) La peritación médico-legal estableció la desfloración total y reciente de la menor, a raíz inmediata del hecho denunciado; c) Para deducir responsabilidad contra Orlando Guzmán Perdomo, como autor de la referida corrupción

de menores, el Tribunal Superior de Neiva tuvo en cuenta no sólo el testimonio de la ofendida, sino otras circunstancias indiciarias de importancia que le daban respaldo, a saber: 1º El dicho de Maximino Palomino, padre de la ofendida, que confirma, en parte importante, la anterior declaración, sin que esta última carezca de credibilidad —como de nuevo lo alega el recurrente— por haberse contradicho la menor al haberle manifestado a su progenitor que el día de la ocurrencia de los hechos había estado en un baile y por tal razón llegó a su casa en tardías horas de esa noche. En efecto, como lo expresó la sentencia del Tribunal, esta contradicción es aparente, "porque la muchacha desde un principio le dijo a su padre que Orlando Guzmán Perdomo había pretendido forzarla sin lograrlo, y solamente cuando el padre de Alba comprobó que su hija no había estado en ningún baile, ésta resolvió contarle todo lo sucedido". 2º La indagatoria del procesado, quien reconoce el hecho de haber salido de paseo con la menor por el poblado, en horas nocturnas de la fecha en que ocurrió el suceso investigado y en un automotor particular, como también haberla llevado posteriormente a un lugar cercano a su casa de habitación. Y si bien en esa misma diligencia insinuó el acusado una especie de coartada, ésta, a la postre, resultó inoperante, por cuanto los testimonios recibidos al efecto, imprecisos y faltos de concordancia, no eran aptos para destruír la prueba de cargos.

En tales circunstancias, debe concluírse que el reparo formulado por el demandante a las apreciaciones probatorias del Tribunal, no puede prosperar, tanto porque el recurrente reduce su crítica tan sólo a algunos de los medios de convicción que obran en el proceso, como por cuanto el análisis parcial de esas probanzas tiende únicamente a hacer prevalecer un criterio subjetivo de valoración opuesto al de dicha entidad falladora. No se acomoda a las exigencias de esta causal de casación —como lo ha advertido la Corte con reiteración— "formular reparos parciales al caudal probatorio o pretender hacer primar un criterio subjetivo de valoración opuesto al del Tribunal, porque este sistema de crítica que el actor puede adoptar, no se impondría sobre el que es del legal arbitrio de las instancias, ni enseñaría objetivamente la presencia del error de hecho".

3ª Al formular el cuarto cargo se dice que el Tribunal sentenciador incurrió en error al apreciar la prueba de imputación contra el procesado, porque el hecho de que los médicos legistas anoten en su dictamen una desfloración total y reciente en Alba Palomino, no constituye demostración de que hubiera ejecutado el acto carnal con Orlando Guzmán, ni que el cóito entonces cumplido descarte la posibilidad de que la menor tuviera un himen complaciente o dilatable que le impidiera conocer carnalmente a otros hombres con anterioridad a la época de esa desfloración, tanto más si se tiene en cuenta la conducta licenciosa de la Palomino. En realidad, en la primera parte de este alegato se están repitiendo reparos expuestos en los cargos que ya se dejaron analizados, si bien ahora limita el recurrente su tacha a las apreciaciones probatorias del Tribunal contrayéndola a una sola de las probanzas al estudio de aquél, omitiendo los demás elementos de juicio apreciados en la sentencia recurrida y que fueron suficientemente apreciados, según ya quedó indicado atrás. De otra parte, la defensa se reduce a postular una simple hipótesis al sustentar el recurso de casación, sobre la posible existencia de un himen elástico en la Palomino, que no tiene ninguna demostración en el proceso, y que, además, sustenta en la base falsa de una vida licenciosa de la menor. Por lo tanto, se desecha el cargo.

4º Al invocar el demandante como motivo de casación el de ser la sentencia violatoria de la ley penal por indebida aplicación de los artículos 326 y 317 del Código de la materia, hace depender esa causal de los cargos antes estudiados y desechados, por lo cual ésta pierde su valor, al no aceptarse aquéllos.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación de que se ha hecho mérito en la parte motiva de este fallo.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUPLIQUESE Y DEVUELVASE.

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.

LA CORTE SE ABSTIENE DE ACLARAR LA SENTENCIA DE FECHA 18 DE OCTUBRE DE 1966.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., noviembre siete de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

El doctor Gustavo Rendón Gaviria, refiriéndose a la sentencia de casación recaída en este negocio y en su condición de apoderado de CARLOS ENRIQUE GARCIA GOMEZ, solicita que se aclare el fallo, pues estima que lo resuelto no concuerda con la motivación dejada en ese proveído, ya en lo que atañe al establecimiento en donde el sindicado debe cumplir la medida de seguridad, ora en cuanto a que no se toma en cuenta, como parte cumplida de la reclusión ordenada, el lapso que García Gómez lleva en detención preventiva en la cárcel común.

Anota, además:

a).—Que la encarcelación preventiva de su representado no se cumplió de acuerdo con lo que ordenan los artículos 388 y 390 del Código de Procedimiento Penal.

b).—Que la Corte, "aunque diga que la falta de establecimientos especiales para anormales es una situación de hecho extraña a la jurisdicción, no puede parapetarse en ese razonamiento sólo para que no se le tenga en cuenta al sindicado la reclusión hasta ahora padecida y la que habrá de seguir padeciendo en una cárcel de sumariados, porque al disponerse en ese sentido la Corte ampara la infracción y quebranta la prohibición de que trata el citado artículo 390, comprometiéndose ella misma en esa violación, pues por decisión de la Sala continuará la detención, no computable hasta cuando 'se efectúe su traslado al establecimiento de la clase indicada que designe el Gobierno'. Una sentencia, en su parte resolutiva, no puede contener un ordenamiento que la ley sanciona como infracción oficial, ni disponer una cosa que la ley ha prohibido expresamente, lo cual entraña la incongruencia o contradicción que debe ser corregida, para salvar, por lo menos, el imperio de la ley".

c).—Agrega que, "si es una situación de hecho la no existencia de establecimientos especiales para anormales, donde deban estar detenidos preventivamente durante el curso del proceso, como una solución, también de hecho, ha tenido que aceptarse que la detención de anormales en establecimientos comunes hace parte del tiempo de reclusión que por sentencia tenga que sufrir la persona anormal declarada responsable de un hecho penal, del mismo modo que se tiene como parte de la pena para quienes no delinquen en las circunstancias del artículo 29, cualquier tiempo en que por trastornos mentales o sicopáticos deban ser trasladados a hospitales mentales o manicomios".

d).—Dice, asimismo, que "toda resolución que imponga una pena o una medida de seguridad necesita un término cierto, por lo que resulta equívoco e imposible de determinar en el tiempo cuándo una medida de seguridad podrá empezar a cumplirse, si el evento queda condicionado a la voluntad de la Dirección de Prisiones, por una parte, y al supuesto imposible de que exista el establecimiento especial".

e).—Señala, por último, que "de no suprimírsele a la parte resolutiva las condiciones impuestas equívocamente y a sabiendas de la imposibilidad o del capricho gubernamental, podría llegarse al absurdo de que el recluso nunca fuera trasladado a establecimiento distinto al del que hoy es su sitio de reclusión jurisdiccionalmente señalado, provocándose así una aberrante situación jurídica de no cumplimiento de una sentencia ejecutoriada, de un plazo no definido de detención en blanco y colocándose todos los jueces y funcionarios que han intervenido en el proceso (inclusive la Honorable Corte) en la calidad de infractores de la ley, concretamente en el caso del citado artículo 390".

En posterior memorial, adiciona las consideraciones que ha hecho, así:

"1º—Según el artículo 645 del C. de P. P., para la ejecución de las penas 'se procederá de acuerdo con las siguientes normas:... e) Si de relegación en colonias penales, se observarán las mismas normas que para la ejecución de las penas de presidio, prisión o arresto'.

"2º—Aunque en el caso de que se trata la relegación impuesta es una medida de seguridad y no una pena, habiéndose mantenido al acusado recluído, la relegación del artículo 57 del C. P. no es distinguible de la del artículo 62 ibidem, y por lo mismo, tienen que acogerse las normas de que tratan los artículos 96, 98 y 99 de la obra referida.

"3º—Precisamente sobre el artículo 96, según el cual 'el tiempo de la detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de la libertad', la Corte ha hecho varios pronunciamientos de fondo...".

"4º—Con lo transcrito..." (alude a las providencias de la Corte, de 28 de mayo de 1947, G.J.t.LXIII, p. 196, y de 29 de septiembre de 1950, G.J.t.LXVII, p. 528, que el memorialista, según expresa, toma de la codificación de ORTEGA TORRES)..., "pretendo reforzar la demostración de que la parte resolutiva del fallo de casación no puede ser congruente al dejar en blanco el tiempo de detención, como si no existiera la reclusión del acusado, ni en suspenso la medida de seguridad, hasta tanto se promueva y ejecute un acto de orden administrativo, pues con dicho procedimiento, aparte de las violaciones de la ley destacadas en el anterior memorial, se mantendría una aberrante situación jurídica, cuyo único remedio inmediato para no incurrir el fallo en contradicción e incongruencia, tendría que ser la libertad inmediata del acusado en espera de que el Gobierno se invente la colonia agrícola especial de que da cuenta el proveído".

SE CONSIDERA:

1).—La Corte, en sentencia de 6 de mayo de 1946 (G.J.t.LX, p. 517) y de 15 de junio de 1951 (G.J.t.LXIX, p. 767), así como en auto de 30 de junio de 1950 (G.J.t.LXVII, p. 556), ha señalado que también puede aclararse la sentencia, sin embargo de que en el artículo 194 del Código Penal se alude sólo al yerro aritmético, cuando en ella haya frases o conceptos oscuros, según lo dispuesto en el artículo 482 del C. P. Civil, aplicable por virtud del 7º de la obra primeramente citada.

2).—Pero, so pretexto de que se aclaren frases o conceptos oscuros, que en el fallo de casación a que se refiere el doctor Rendón Gaviria no existen, no es procesalmente posible que se introduzca un recurso de reposición contra una sentencia.

3).—No obstante que la Corte en los proveídos que cita el peticionario, estimó en otras ocasiones que el lapso de encarcelación preventiva puede tomarse en consideración como parte cumplida de la medida de seguridad, en el fallo cuya aclaración se solicita concluyó en que el artículo 96 del Código Penal no es pertinente en tales casos, por las razones que en esa providencia se consignan.

4).—La Corte, en la sentencia a que alude el señor apoderado de GARCIA GOMEZ, impuso a éste "la medida de seguridad de reclusión de una colonia agrícola especial, por un término no menor de un año...", ciñéndose a los preceptos contenidos en los artículos 61, 62, y 64 del Código Penal, que señalan la colonia agrícola especial como el establecimiento en donde deben cumplir tal reclusión, en su caso, los delincuentes de que trata el artículo 29 de la misma obra. Ninguna consideración puede autorizar al juez para modificar la ley. De ahí que la Corte, en la sentencia de 31 de julio de 1946 (G.J.t.LXI, p. 163 y ss.), transcrita en el fallo cuya aclaración se pide, diga: "Ahora bien, si los institutos de readaptación de carácter técnico, tales como los manicomios criminales o las Colonias Agrícolas Especiales, o medidas como la libertad vigilada son de difícil cumplimiento por inexistencia de los mismos o por dificultades económicas imponderables, ello es un problema que no corresponde examinar a los jueces que deben limitarse a cumplir las disposiciones de la ley, sino a la administración que debe dar aplicación a las órdenes y medidas que los jueces señalen".

5).—Asimismo, la Corte, en el fallo de que hace referencia el doctor Rendón Gaviria, dispuso que ese "término no menor de un año... empezará a contarse desde la fecha en que se efectúe" el traslado de GARCIA GOMEZ al establecimiento de la clase indicada que designe el Gobierno, como consecuencia obvia de la decisión de no tomar en cuenta el lapso de detención preventiva como parte de la reclusión que debe cumplir el procesado y que subsistirá, no

obstante que venza ese lapso mínimo de un año, si todavía constituye un peligro para la sociedad, según lo que señala el artículo 64 del Código Penal.

En el fallo de casación de 20 de junio de 1941 (G.J.t.LI, p. 353 a 361), también transcrito en la sentencia de que hace mención el doctor Rendón Gaviria, se dispuso: "Antonio Muñoz Leal..., preso actualmente en la Penitenciaría Central de Bogotá, será recluído inmediatamente en un manicomio criminal por un término no menor de dos (2) años, que empezará a contarse a partir de la fecha en que se efectúe su traslado al establecimiento de la clase indicada que designe el Gobierno... Mientras se cumple esta sentencia, Muñoz Leal continuará detenido en la Penitenciaría Central de esta ciudad, a disposición del Juez Primero Superior de Bucaramanga, para los efectos del artículo 633 ibidem".

6).—El artículo 633 del Código de Procedimiento Penal dispone que "la ejecución de la sentencia definitiva y ejecutoriada corresponde al juez que conoció del proceso en primera o única instancia, mediante orden comunicada a los funcionarios administrativos encargados del cumplimiento de la sanción".

7).—Las consideraciones del memorialista, alrededor del artículo 645 (aparte e) del C. de P. P. y de los artículos 96, 98 y 99 del Código Penal, están claramente enderezadas a sustentar un recurso de reposición, en cuanto a lo resuelto por la Corte de no tomar en cuenta el lapso de encarcelación preventiva como parte cumplida de la reclusión ordenada, recurso que no procede con respecto a las sentencias.

8).—La Corte, ciñéndose, como ya se dijo, a las normas contenidas en los artículos 61, 62 y 64 del Código Penal y precisamente para que se dé cumplimiento al artículo 388 del Código de Procedimiento Penal, ha dispuesto que el lapso mínimo de un año de reclusión en la colonia agrícola especial que determine el Gobierno, empiece "a contarse desde la fecha en que se efectúe..." el traslado de GARCIA GOMEZ a tal establecimiento. Y tal cosa, como lo dice el artículo 633 del estatuto procesal penal, corresponde hacerlo "al juez que conoció del proceso en primera instancia...".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, SE ABSTIENE DE ACLARAR, por ser improcedente, la sentencia de 18 de octubre último.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncállo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Francisco López C., Secretario.



LESIONES PERSONALES

Situación de aberratio ictus.—La determinación de la responsabilidad penal es cuestión extraña al concepto de cuerpo del delito.—Límite de la fácultad de la Corte para estimar las pruebas dentro del recurso de casación.—Causal primera prevista en el art. 56 del Decreto 528 de 1964.

1. Si se trata de un daño en el cuerpo o en la salud de los ofendidos, debido a la actividad de otra persona, es lógico que el cuerpo del delito de lesiones personales resulta plenamente acreditado, así, en hipótesis, no se haya señalado al autor. Las pruebas que permitan imputar el hecho a alguien, suficientemente identificado, hacen relación a la responsabilidad y no al cuerpo del delito.

Es por ello por lo que, auncuando resulte plenamente comprobado el cuerpo del delito, corresponde sobreseer definitivamente en favor del sindicado inocente (ord. 2º del art. 437 del C. de P. P.), y se dispone en el art. 431 de la misma obra que en la parte motiva del auto de proceder se haga "un análisis de las pruebas que demuestren el cuerpo del delito y de las en que se funde la imputación al procesado". Y por igual razón, los arts. 203 y 429 del estatuto procesal distinguen el cuerpo del delito de su autor, cuando aluden a la prueba de aquél y a la de la responsabilidad del sindicado.

Si se tiene una conducta humana (de acción u omisión) y ella coincide con una definición de la ley penal, esa coincidencia (tipicidad) hace relación al cuerpo del delito, y la imputación a su autor (sico-físicas, si se trata de normales) se refiere a la responsabilidad penal.

2º Cabe señalar que la Corte, en diferentes ocasiones, ha expresado que su facultad para estimar las pruebas dentro del recurso de casación, "se limita a aquellos casos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad" (G. J. Tomo LXXXI, Nos. 2160-2161, p. 845-846, y otros).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., noviembre siete de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Agotado el trámite correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Yolombó, de veintisiete de abril último, por la cual se le impuso al sindicado recurrente, ENRIQUE OLANO VALENCIA, la pena principal de tres años de presidio, como responsable del delito de lesiones personales.

Conoció en primera instancia el Juzgado Penal Municipal de Remedios (Antioquia).

HECHOS:

En el fallo acusado se hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"El siete de octubre de mil novecientos sesenta, en las horas de la tarde, el señor Santiago Isaza Zea, en su carácter de Juez Municipal de Remedios, se presentó en el paraje denominado 'Tías', de esa jurisdicción, con el fin de practicar una inspección ocular relacionada con la adjudicación de unos baldíos a la 'Compañía Frontino Gold Mines', representada en ese acto por su apoderado, doctor Facio-Lince Tolosa.

"Como secretario del Juez Municipal actuaba Alfonso Naranjo, y como peritos Rafael López y

Juan Manuel Peláez. Concurrió también a la diligencia el Personero Municipal de Remedios, señor Enrique Olano Valencia, lo mismo que la señorita Lilyan Piedrahita, Francisco Pérez y Alejandro Londoño.

"Iniciada la actuación y cuando el juez daba instrucciones a los peritos, colocándose en el primer rumbo de los linderos del terreno, para que éstos constataran su extensión, sus linderos y la existencia de cabezas de ganado, Valencia Olano exigió que el juez recorriera personalmente el inmueble con los peritos y constatara cada uno de esos hechos, pero éste y el abogado de la Compañía manifestaron que eso no era necesario; mas, como Olano insistiera en sus puntos de vista en forma ya descortés, Facio-Lince dijo que desistía de adelantar la inspección ocular y que la solicitaría posteriormente, cuando hubiera otro Personero, pues ya Olano Valencia había increpado al abogado y al juez diciéndoles que estaban vendidos a la Compañía, suscitándose así una discusión agria entre el Personero y Facio-Lince, en el curso de la cual ambos se hicieron mutuas ofensas.

"Olano, a quien Facio-Lince le increpó su actitud ilegal al hacer uso de un reloj y de unos dineros cuando fue secretario de un Juzgado Municipal de Medellín, le dijo a éste que sacara su revólver para que se dieran candela, y acto seguido esgrimió el suyo, disparándolo contra el abogado. Facio-Lince logró coger el suyo, que tenía dentro de una cartera (carriel) y así se produjo un tiroteo del cual resultaron lesionados Facio-Lince y el Juez Municipal, cuando trataba de interponerse entre las dos personas, tratando de evitar el problema.

"Olano Valencia no recibió ninguna lesión y al darse cuenta de los resultados, a pedimento de Facio-Lince dejó caer el revólver, después de haber disparado la carga completa de él".

DESARROLLO DEL PROCESO:

El Tribunal Superior de Medellín, al revisar la providencia calificatoria del sumario proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, confirmó el sobreseimiento definitivo proferido en favor de ALBERTO FACIO-LINCE TOLOSA y FRANCISCO SOLANO PEREZ BARRIENTOS, así como el llamamiento a juicio de ENRIQUE OLANO VALENCIA, por lesiones personales en el primeramente nombrado y en Santiago Isaza Zea, con la modificación de descartar la ocurrencia de una riña y el estado de ira e intenso dolor en el enjuiciado, y aclarando, además, que las heridas causadas a Isaza Zea lo fueron dentro de una situación de *aberratio ictus* y no por imprudencia (culpa). como señaló el juzgador de primera instancia.

Durante el plenario no se trajo ningún elemento de juicio distinto al acopio de pruebas tomadas en cuenta para proferir el auto de proceder.

En la sentencia de primer grado, de 8 de noviembre de 1965, el Juez Municipal de Remedios absolvió a OLANO VALENCIA, porque, se dice, "no existe prueba plena de su responsabilidad y teniendo en cuenta la enorme duda que aún persiste en el proceso...".

Esta resolución fue revocada por el Tribunal Superior de Yolombó, habiendo impuesto, en su lugar, al sindicado OLANO VALENCIA la pena principal de tres (3) años de presidio, como responsable del delito de lesiones personales de que fueron víctimas Alberto Facio-Lince Tolosa y Santiago Isaza Zea.

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO.

El señor apoderado del recurrente OLANO VALENCIA invoca la causal primera de casación prevista en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, pues estima que la sentencia acusada viola, directa e indirectamente, la ley penal sustantiva, pues en ella se incurre en error de derecho y en error de hecho.

Aclara el actor que, "dentro de la técnica de la casación penal, al demostrar la violación de la norma hay que sustentarse o apoyarse, ordinariamente y por lo general, en el acervo probatorio o de juicio que fue tenido en cuenta por el fallador de segunda instancia, bien, mirando a la existencia de la infracción, o ya, en lo relativo a los presupuestos jurídicos de la responsabilidad".

A través de la causal citada, formula los siguientes cargos:

1º—Infracción de los artículos 1º, 2º, 11, 12, 317 y 374 del Código Penal, "toda vez que se

le imputó una causalidad criminosa inexistente, convirtiéndolo..." a Olano Valencia.., "en autor del delito referenciado, sin que a la luz de la verdad procesal esté plenamente demostrado que mi poderdante fue sujeto conciente e impulsador de la causalidad delictiva, obrando, se repite, deliberada e intencionalmente en los hechos".

Afirma que, en cuanto a "las heridas sufridas por los señores Facio-Lince Tolosa e Isaza Zea, causadas con arma de fuego, varios testigos en forma plena y de por sí convincente, sostienen que no se sabe a ciencia cierta quién sea su autor". Agrega que, "yendo del folio 193 al 196, se encuentra que tres personas dispararon sus revólveres, y que son, Alberto Facio-Lince, Francisco Solano Pérez y Enrique Olano, dueños y poseedores de revólveres de la misma calidad o calibre. Si a esto unimos la diligencia de inspección ocular insertada entre los folios 63 a 67 v., tendremos que llegar a la conclusión de que es imposible hablar de nexo de causalidad, parte material del llamado cuerpo del delito juzgado e imputado a mi poderdante, lo que llevó al Honorable Tribunal Superior de Yolombó a caer en flagrante error de derecho, cuando en la sentencia que se acusa condena al encausado Olano por un punible no resultado de su actividad conciente, toda vez que de no existir, como no existe el nexo de causalidad y el resultado, tampoco aparece integrada la actividad y el resultado del procesado, pues no hay cuerpo del delito, el cual remitiéndonos al artículo 272 del Código de Procedimiento Penal se configura por 'los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal...' El "elemento faltante es el de la relación de causa a efecto, toda vez que, se repite, generosa es la prueba testimonial del informativo que sostiene que Olano Valencia no fue el autor de las lesiones personales inferidas a los ofendidos conocidos de autos. Y siendo así, el delito imputado no tiene existencia jurídica, lo que equivale a sostener que el Tribunal Superior de Yolombó cae en el error de derecho cuando se condena a Olano Valencia por un delito inexistente, llevándose de calle las normas sustantivas que regulan la responsabilidad en el campo penal, y específicamente, las invocadas para proferir la condena en la sentencia recurrida".

Expresa el demandante, por último, que el primer cargo se sintetiza en la forma siguiente: El Honorable Tribunal Superior de Yolombó, por innegable error de derecho, al desconocer principios fundamentales de la ley sustantiva penal, atinentes a la imputabilidad y responsabilidad, violó los artículos 1º, 2º, 11º, 12º, 371 y 374 del Código Penal, lo que invalida la sentencia acusada".

2º—Violación de los artículos 203, 204, 205 y 255 del Código de Procedimiento Penal, por indebidas apreciaciones de la prueba, que resume, así:

"1º—Haber dado por probada la responsabilidad de mi poderdante con los testimonios citados en el fallo recurrido, cuando dichos testimonios están pregonando la no autoría del señor Olano Valencia, en las heridas sufridas por Isaza Zea y Facio-Lince Tolosa.

"2º—La confesión de mi mandante, las afirmaciones de Alfonso Naranjo Arango, Rafael López G., Juan Manuel Peláez L., Francisco Pérez B., Alejandro Londoño Henao, la inspección ocular, la falta de pruebas para demostrar el calibre del revólver usado por Olano, a fin de establecer que era único y distinto al calibre de las armas de fuego usadas por Facio-Lince Tolosa y Francisco Solano Pérez, para respaldarla, fueron erróneamente interpretadas por el H. Tribunal Superior de Yolombó, transformándolas, mediante indebida apreciación, de plena prueba de la inocencia de Olano, en plena prueba de su responsabilidad.

"3º—Si respecto al primer motivo o cargo contra la sentencia se demostró el error esencial de derecho en cuanto a la evaluación de los elementos que estructuraron el delito de lesiones personales, y de los que reglan la responsabilidad en el campo penal, ninguna duda hay, en lo que toca y es atinente a los elementos demostrativos de imputabilidad y responsabilidad, en los que erró el sentenciador violando especialmente los artículos 203, 204 y 205 y pertinentes del C. de P. P., para a través de esa violación, quebrantar, como ya se dijo, los artículos 1º, 2º, 11º, 12º, 371 y 374 del C. Penal, normas sustantivas a que se contrae la demanda de casación".

Observa el actor que "podría limitarse el planteamiento de la presente demanda de casación al aspecto examinado...", al primer cargo..., "ya que no estando demostrado plenamente el cuerpo del delito, y sí demostrada la violación de la ley sustantiva por parte del fallador de segunda instancia, la sentencia acusada es inválida. Pero como hay otras violaciones para tratar, causadas por la indebida apreciación de la prueba, pre-

tendo demostrar en el planteamiento de este segundo cargo la forma como fueron violados los artículos 203, 204, 205 y 255 del C. de P. P.".

Anota que, con el fin de llevar más claridad al análisis de la prueba, en demostración de que el H. Tribunal Superior de Yolombó incurrió en errónea interpretación de la prueba, y en falta de justa y verdadera apreciación de ella, me permito presentar, mediante el sistema de doble columna, lo dicho en la sentencia que se acusa, y lo sostenido por los testigos oídos a través de diversas piezas del proceso:

a).—"*Dice el Tribunal:*

"F. 474 ft.—'Que Olano Valencia, después de desafiar a Facio-Lince, fue el primero en disparar contra éste, está establecido en los autos con las declaraciones de Juan Manuel Peláez (f. 2 y 65), Rafael López Gálvez (fs. 7 y 65), Francisco Solano Pérez (fs. 24 a 26 y 40 a 42), Alfonso Naranjo Arango (f. 8v. a 9) y Alejandro Londoño Henao (fs. 23 a 24), quienes afirman igualmente que fue el sindicado la persona que lesionó al Juez Municipal y a Facio-Lince, en la forma ya explicada suficientemente en el proceso'".

Como contrapuesto a lo anterior, presenta el actor lo siguiente:

"Dice Alfonso Naranjo Arango (Inspección ocular f. 65): 'Me parece muy difícil saber quién hirió a quién, y quién fue el que causó las heridas a don Santiago Isaza. Yo no puedo constatar porque en medio de la confusión que existía y no negando un poco de la sicosis que nos pudo embargar en ese momento, como ya lo manifesté, no puedo aseverar en medio del abaleo quién hirió a quién'.

"Rafael López G. (inspección ocular fs. 65 y 66): 'Tal como lo manifestó el señor Alfonso Naranjo, considero que la posición en que se daban los protagonistas de la tragedia, nada puedo afirmar, porque en el momento en que se suscitó la cuestión me retiré al lado de un fogón de cemento'... 'Considero que el doctor Facio-Lince no pudo haberse herido él mismo y en cuanto al señor Juez Municipal, considero, que al sucederse el candeleo pudo haber sufrido el impacto de cualquier proyectil, que eso lo definen los médicos legistas, porque yo no conocí los calibres de uno y otro revólver'.

"Francisco Solano Pérez B. (Inspección ocular f. 66): 'Estoy en la duda de que haya sido Enrique Olano, porque Enrique Olano estaba cerca a don Santiago y don Santiago se le fue encima a Olano para que no le disparara al doctor Alberto Facio-Lince'.

"Alejandro Londoño Henao (Inspección ocular f. 66 v.): 'Me es imposible decir con seguridad quién fue el que hirió a don Santiago'.

"Juan Manuel Peláez (Inspección ocular f. 66 v): '... Enrique le dijo (a Facio-Lince) que sacara su revólver para que se dieran candela, entonces el doctor Facio dijo: 'Eh, mijo, ya está', y tiró las manos a las alforjas y Enrique se agachó por debajo de la mesa y el doctor Facio hizo el primer tiro y para las pajas del techo del kiosco'".

Manifiesta el demandante que lo anterior contradice, asimismo, la siguiente aseveración del fallo impugnado:

"Peláez, en la inspección ocular, expresa que Facio-Lince aceptó el desafío y tiró las manos a las alforjas e hizo el primer disparo que pasó por las pajas del techo del kiosco, afirmando así que dicha persona no tenía el revólver en sus manos en esos momentos, sino que lo tomó de las alforjas, por lo cual se entiende que al decir que el doctor Facio hizo el primer disparo, se expresa no que él haya sido quien comenzó la acción, sino que al tomar el revólver después de haber disparado el Personero, hizo su primer disparo en la forma y dirección expresadas por el declarante".

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal expresa que ninguno de los dos cargos propuestos por el actor ofrecen comprobación alguna, pues, de una parte, "sí hay prueba y prueba plena, de que Enrique Olano Valencia fue el heridor de Alberto Facio-Lince y de Santiago Isaza Zea", y, de otra, "no hubo error de hecho ni de derecho en la apreciación de las pruebas, habiéndoseles dado su valor exacto por el Tribunal Superior de Yolombó, siendo de forzosa aceptación la sentencia recurrida...".

Al examen de los elementos de juicio, realizado por el señor Agente del Ministerio Público, habrá de referirse la Corte más adelante.

LA CORTE CONSIDERA:

No prospera la causal primera de casación invocada por el demandante, por las siguientes razones:

1ª—No estando, siquiera, sugerido en el proceso que tanto el doctor Alberto Facio-Lince Tolosa como el señor Santiago Isaza Zea se hubiesen ocasionado, cada uno de ellos, las heridas que sufrieron, es obvio que no puede ponerse en duda la existencia del cuerpo del delito de lesiones personales.

Cuestión diferente es determinar la responsabilidad penal, lo cual exige, tratándose de personas normales, que se pueda atribuír sico-físicamente el hecho a alguien, cuestión extraña al concepto de cuerpo del delito.

Si se trata, como en este caso, de un daño en el cuerpo o en la salud de los ofendidos, debido a la actividad de otra persona, es lógico que el cuerpo del delito de lesiones personales resulta plenamente acreditado, así, en hipótesis, no se haya señalado al autor. Las pruebas que permitan imputar el hecho a alguien, suficientemente identificado, hacen relación a la responsabilidad y no al cuerpo del delito.

Es por ello por lo que, aun cuando resulte plenamente comprobado el cuerpo del delito, corresponde sobreseer definitivamente en favor del sindicado inocente (ordinal 2º del artículo 437 del C. de P. P.), y se dispone en el artículo 431 de la misma obra que en la parte motiva del auto de proceder se haga "un análisis de las pruebas que demuestren el cuerpo del delito y de las en que se funde la imputación al procesado". Y por igual razón, los artículos 203 y 429 del estatuto procesal distinguen el cuerpo del delito de su autor, cuando aluden a la prueba de aquél y a la de la responsabilidad del sindicado.

Si se tiene una conducta humana (de acción u omisión) y ella coincide con una definición de la ley penal, esa coincidencia (tipicidad) hace relación al cuerpo del delito, y la imputación a su autor (sico-física si se trata de normales) se refiere a la responsabilidad penal.

No incurrió, por tanto, en yerro alguno el Tribunal Superior de Yolombó al afirmar, en la sentencia acusada, que el cuerpo del delito de lesiones personales está plenamente probado, pues no se ha sugerido, siquiera, que el doctor Facio-Lince Tolosa y el señor Isaza Zea hubieran, cada uno, disparado armas de fuego de corto alcance (revólver) sobre sí mismos, para causarse las heridas que sufrieron, lo cual lleva a señalar un autor extraño, en uno y otro caso, y a que pueda aseverarse que el primer supuesto del fallo condenatorio cuente con plena prueba: el cuerpo del delito de lesiones personales.

En efecto, de las diligencias de reconocimiento médico de los ofendidos, se tiene (f. 92 del Cd. 1º).

"ALBERTO FACIO-LINCE: Presenta herida por arma de fuego, con cicatriz quirúrgica de 10 cmts. de largo, en la parte externa de la región metacarpiana derecha. El proyectil penetró a nivel de la quinta articulación metacarpo falángica derecha, siguió a lo largo del hueso, produciendo extensa fractura conminutiva, actualmente ya consolidada. El proyectil se alojó en la apófisis distal del cúbito derecho. Presenta en la actualidad limitación de los movimientos de flexión del dedo meñique derecho, debido a que el proyectil interesó, seccionándolo, el tendón flexor propio del dedo meñique. También presenta una desviación del dedo de su eje normal. La articulación metacarpo falángica del dedo anular presenta también ligera impotencia para los movimientos de flexión. La incapacidad definitiva fue de treinta días.

"SANTIAGO ISAZA: Presenta herida por arma de fuego, con orificio de entrada en el tercio inferior de la cara anterior del antebrazo derecho; el orificio de salida se encontraba al mismo nivel en la cara posterior. El proyectil penetró inmediatamente por encima de la articulación, lesionando la cápsula y produjo una fractura conminutiva de la cabeza del húmero. En la actualidad presente como secuelas: deformidad del codo derecho, marcada limitación funcional de los movimientos del miembro superior derecho, en especial de la flexión del antebrazo sobre el brazo. En la actualidad está la mano derecha sin funcionalismo. Con el tiempo la intensidad de las secuelas puede disminuírse. Al término de la incapacidad provisional que se establece en 50 días, se hará nuevo reconocimiento".

2ª—El Tribunal Superior de Yolombó encontró plenamente probada la responsabilidad del enjuiciado ENRIQUE OLANO VALENCIA y, en tal virtud, revocó la sentencia absolutoria de primera instancia para imponer la sanción principal de que se hizo mérito.

El examen de los elementos de juicio que se hace en el fallo acusado no ofrece yerro alguno, menos ese error manifiesto que permite invalidar la sentencia, con apoyo en la causal primera de casación (art. 52 del Decreto 528 de 1964). Se hace en la providencia impugnada una crítica racional de la prueba, particularmente en cuanto al testimonio del señor Santiago Isaza Zea, cuya fuerza demostrativa se respalda en otros datos del proceso.

A este respecto, cabe señalar que la Corte, en diferentes ocasiones, ha expresado que su facultad para estimar las pruebas dentro del recurso de casación, "se limita a aquellos casos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad" (G.J.t.LXXXI, Nos. 2160-2161, p. 845-846 y otros).

Se tiene, en efecto:

a).—Dice el señor Isaza Zea, (f. 4 y 4 v. del Cd. 1º):

"Esta manifestación disgustó al Personero Olano y fue entonces cuando dirigiéndose a mí y al abogado de la empresa, señor Facio-Lince, nos dijo más o menos, que estábamos vendidos a la Compañía. Ante su actitud agresiva le manifesté que en mi carácter de Juez Municipal tenía que cumplir con mi deber y que por ello ningún interés tenía yo en esa diligencia. Acto seguido y dirigiéndose al doctor Facio-Lince le dijo que sacara su revólver para que se entendieran y de hecho sacó el suyo y al hacer el primer disparo me produjo la lesión con la cual resulté en el antebrazo de la mano derecha, habiendo salido el proyectil por la parte de encima del codo perforando el hueso... Advierto, sí, que al lesionarme el señor Olano, no fue ese el ánimo de dispararme a mí directamente sino al doctor Facio-Lince, no obstante éste hizo mal en tomar esa actitud. El citado Enrique Olano hizo más de dos disparos, toda vez que con uno de ellos alcanzó al doctor Lince (sic), hiriéndolo en el dedo meñique de la mano derecha, en la primera falange".

b).—Expresa el testigo Francisco Pérez (f. 25 y 25 v.):

"Entonces Enrique Olano le dijo en voz alta al abogado doctor Facio-Lince: 'Armese doctor, para que nos demos candela', y sin darle tiempo de nada le disparó y el señor Juez Municipal se le abalanzó a no dejarlo disparar, diciéndole que no disparara, que no fuera imprudente, y resultó herido en ese momento en que el señor juez intervino...".

c).—Manifiesta el señor Alejandro Londoño Henao (f. 23 v.):

"Allí ya se trabó la cuestión, sacaron los revólveres Enrique Olano y el doctor Facio-Lince y ahí mismo dispararon. Se dispararon ellos dos. Don Santiago Isaza, el juez, pedía paz entre los dos, es decir, colocado entre los dos y allí resultó herido él y el doctor Facio-Lince. Allí se oyeron tres revólveres, el del doctor Facio-Lince, el de don Enrique Olano, Personero Municipal de Remedios, y el de Francisco Pérez...".

d).—Declara Rafael López Gálvez (f. 7 v.):

"Entonces Enrique dijo a Facio (sic): 'Usted lo que quiere es que nos demos candela' y ahí mismo sacó el revólver. El doctor Facio (sic) brincó hacia un sitio para sacar el revólver y entonces don Santiago, el juez, les amonestaba diciéndoles que dejaran esas cosas. El primero que disparó con absoluta seguridad fue el Personero. Se sucedieron muchos tiros, no es fácil precisar cuántos. Enrique se atrincheró de cuclillas y el doctor Facio (sic) se parapetó detrás de una caja de hierro. En el cambio de disparos escuché que el doctor Facio-Lince dijo: 'Hombre, Enrique, estoy herido y el señor juez, también, deja de disparar 'que yo boto mi revólver', y así lo hizo. Enrique tiró de él".

e).—Refiere el testigo Alfonso Naranjo Arango (f. 9 y 9 v.):

"Se incitaron el uno al otro con estas palabras: 'Si quiere que nos demos candela, saque cada cual su revólver' y en diciendo y haciendo y no pudiendo mi persona haber impedido, al doctor Facio-Lince que era el que más cercano estaba a mi persona, pero el revólver de éste se encontraba en unas alforjas que estaban encima de la mesa y no pude impedirle que se apoderara del arma, e inmediatamente se abrieron fuego por encima de nosotros, habiéndose trabado un tiroteo y creo que uno de los vigilantes que acompañaba a la diligencia, de nombre Francisco Pérez (alias 'Kiko'), quien habiéndose resguardado un poco detrás de un muro que queda en el mismo kiosco, también hizo algunos disparos. Después de gritos y haber hecho todo lo posible porque arrojaran las armas, lo cual hicieron Olano y Facio-Lince, después de haber agotado los cartuchos que estaban dentro de los revólveres, terminaba la batalla...".

f).—Relata Francisco Solano Pérez Barrientos (f. 41):

"Y el Personero dijo que se armara para que se dieran candela e instantáneamente le disparó. Entonces el señor juez se le abalanzó al Persone-

ro diciéndole que no hiciera eso, que no disparara, lo que hizo abriendo los brazos, pero no estoy seguro si fue con el primer disparo que hirió al señor juez o con el segundo, y el doctor Facio-Lince le gritaba que se rindiera, que botara el revólver, que él, el doctor, estaba herido y el Personero no atendía y era disparando seguido".

En esta diligencia niega haber disparado su revólver. Pero en la ampliación de indagatoria (f. 42), admite que hizo algunos disparos al aire, con el fin de amedrentar al Personero, señor Olano Valencia, y explica que antes negó, porque estaba muy asustado. En su favor, como se dejó dicho, se profirió sobreseimiento definitivo.

g).—El sindicado recurrente, ENRIQUE OLANO VALENCIA, dice en la declaración de inquirir (f. 16):

"Desde ese momento se trabó entre el señor abogado y el suscrito una discusión bastante acalorada, hasta el punto de ofenderme gravemente, pues me trató de ladrón. Cuando menos lo pensaba, se suscitó un encuentro a mano armada y un tiroteo, por una parte del doctor Facio-Lince y su guarda-espalda, señor Francisco Pérez, apostados ellos detrás del muro de concreto de que antes hablé y yo al frente encuclillado, debajo de una mesa grande, de tablas rústicas, que estaba en medio de dicho kiosco. Don Santiago Isaza que fue el único que intervino para impedir el acto entre el doctor Facio (sic), su compañero y yo, se situó en el medio de los dos y de un momento a otro dijo que lo habían herido. El doctor Facio (sic), oí, cuando dijo que tiráramos los revólveres a la manga e inmediatamente yo fui el primero en hacerlo y después vi que él hizo igual cosa...".

Agrega que "es difícil, de consiguiente, llegarse a saber con qué clase de revólveres resultaron lesionados el señor juez y el doctor Facio (sic). Otro hecho importante es el de que al lado derecho del cuerpo del señor juez daba frente al lugar desde donde disparaba el doctor Facio y el señor Pérez, por lo que se hace presumible que uno de los disparos de ese lado fue el que vino a lesionar a don Santiago, pues si hubiera sido uno de los míos, la herida la hubiera recibido o en el izquierdo o en el cuerpo".

Así, pues, como se dejó observado, el Tribunal Superior de Yolombó le dio suficiente fuerza de convicción al testimonio del señor ISAZA ZEA, quien afirma que tanto él, como el doctor Facio-Lince Tolosa, fueron heridos por el sindicado OLANO VALENCIA. Y en esta apreciación que hace el juzgador de segunda instancia no se encuentra, como se dijo ya, error manifiesto, pues algunos declarantes respaldan esa misma conclusión, la cual, de otra parte, fundamentó el sobreseimiento definitivo proferido en favor del doctor Facio-Lince Tolosa y de Solano Pérez Barrientos.

De la sentencia acusada es del caso transcribir lo que sigue:

"Que Olano Valencia, después de desafiar a Facio-Lince, fue el primero que disparó contra éste, está establecido en los autos con las declaraciones de Juan Manuel Peláez, Rafael López Gálvez, Francisco Solano Pérez, Alfonso Naranjo Arango y Alejandro Londoño Henao, quienes afirman igualmente que fue el sindicado la persona que lesionó al Juez Municipal y a Facio-Lince en la forma ya explicada suficientemente en el proceso.

"Peláez en la inspección ocular expresa que Facio-Lince aceptó el desafío y tiró las manos a las alforjas e hizo el primer disparo que pasó por las pajas del techo del kiosco, afirmando así que dicha persona no tenía el revólver en sus manos en esos momentos, sino que lo tomó de las alforjas, por lo cual se entiende que al decir que el doctor Facio hizo el primer disparo, se expresa no que él haya sido quien comenzó la acción, sino que al tomar el revólver después de haber disparado al Personero, hizo su primer disparo en la forma y dirección expresadas por el declarante.

"Para afirmar que el Personero lesionó al señor juez con uno de sus disparos, no se necesita agudeza visual fuera de lo normal, porque lo que se ve no es el proyectil que sale lanzado a gran velocidad, sino la dirección del arma que indica de manera precisa hacia dónde se dirige la puntería, y si en ese momento quien está siendo objeto del blanco es o resulta lesionado, hay que concluír que el lesionador es precisamente quien apuntó y disparó en esa dirección.

"

.....

"La prueba anterior está diciendo de manera muy clara que el sindicado... no está precisamente diciendo la verdad, al manifestar que 'cuando menos lo pensamos se suscitó un encuentro a mano armada y un tiroteo por parte del doctor Facio-Lince y su guarda-espaldas, señor Francisco Pérez, apostados ellos detrás del muro de concreto de que antes hablé y yo al frente

encuclillado debajo de una mesa grande de tablas rústicas que está en medio del kiosco', con lo cual está afirmando que fue el doctor Facio-Lince quien primero disparó contra él, estando como está establecido que sucedió lo contrario, esto es, que Facio-Lince sólo hizo uso de su revólver que tomó de unas alforjas cuando ya el sindicado había disparado contra él, quedando así desbaratada su versión de que es presumible que alguno de los disparos hechos por Facio-Lince o Pérez hubiera sido el que causó la lesión al Juez Municipal".

No resultan comprobados los cargos que el demandante formula contra el fallo del Tribunal Superior de Yolombó, de que se ha hecho mérito y, en consecuencia, no prospera la causal primera de casación invocada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Yolombó, fechada el veintisiete de abril del corriente año, por la cual le fue impuesta al procesado ENRIQUE OLANO VALENCIA la pena principal de tres (3) años de presidio, como responsable del delito de lesiones personales cometido en las personas del doctor Alberto Facio-Lince Tolosa y señor Santiago Isaza Zea.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

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 C., Secretario.

DELITO DE RAPTO IMPROPIO

Manifiesto yerro del Tribunal ad-quem al condenar al reo por los delitos de rapto y corrupción de menores, siendo así que sólo se le llamó a juicio por la infracción penal primeramente citada.—La Corte se pronuncia jurisprudencialmente acerca del error en copia, respecto del delito de rapto impropio.—Aplicación del art. 350 del C. P. al caso de autos.—Invocación de la causal 2ª del art. 56 del Decreto 528 de 1964.

1. El derecho de defensa, consagrado en la Carta, resulta denegado si se condena a alguien por un cargo que no se le ha propuesto en el auto de proceder, pues mal puede adelantar esa persona la defensa de una imputación que no conoce.

2. El delito de rapto impropio, cuya represión resulta del precepto contenido en el art. 350 del Código Penal, no obstante que en las codificaciones y en una de las dos publicaciones que en el Diario Oficial se llevó a cabo de la Ley 95 de 1936 (en la que trae el Nº 23.320 de 29 de octubre de 1936), se incurrió en un yerro tipográfico, al cambiar la palabra "menor" por el vocablo "mayor", pues es obvio que debe estarse al texto mismo de la Ley 95 de 1936 y a la publicación que, ciñéndose a ella en el artículo 351, se hizo en el Diario Oficial Nº 23.316.

No hacerlo así, sería consagrar la impunidad del delito de rapto impropio en los casos en que la mujer sea mayor de catorce años y menor de dieciseis, a cambio de reprimir los eventos en que la víctima tenga una edad superior a los dieciseis años, lo cual resulta ciertamente absurdo.

Así, pues, la norma aplicable es el artículo 350 del C. P. que, según lo anotado, dice: "Si la mujer menor de dieciseis años hubiere prestado su consentimiento para la sustracción o retención, las penas se reducirán hasta en la mitad, de acuerdo con las proporciones señaladas en el artículo anterior".

Y en lo pertinente, en el artículo 349 se dispone: "El que mediante violencia física o moral o de maniobras engañosas de cualquier género, arrebate, sustraiga o retenga una mujer, con el propósito de satisfacer algún deseo erótico-sexual o de casarse con ella, estará sujeto a las siguientes penas: "..... "De uno a cuatro años de prisión, si fuere mayor de catorce y menor de dieciocho.....".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., noviembre siete de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Cumplido el trámite correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Valledupar contra la sentencia de la misma Corporación, fechada el once de abril último, por la cual se impuso a RAFAEL TERAN VALERA la pena de veintiocho meses de prisión, más las sanciones accesorias del caso, como responsable de los delitos de rapto y corrupción de menores, cometidos en la persona de Silvia Rosa Guzmán Mercado.

Conoció en primera instancia el Juzgado Penal del Circuito de Valledupar.

HECHOS:

La menor Guzmán Mercado los resume así:

"El domingo, dieciséis de los corrientes en la noche..." (junio de 1963)..., "yo me salí con Calixto Terán; él me esperó como a veinte brazas de la casa que tenemos en la trocha de 'Angostura', de allí nos fuimos para 'Agualejos', finca del señor Rafael Solano. Nosotros teníamos diez meses de amores; él me ofreció mi casa y mis chismes y vivir conmigo".

Y el procesado Terán Valera, expresa:

"Sé que se me llama a rendir esta indagatoria por la muchacha que me saqué últimamente y se llama Silvia Rosa Guzmán, hija de Manuel Guzmán y Soledad Mercado, el día domingo dieciséis, en la noche, y la tengo en la finca 'La Esperanza', de Rafael Solano; con ella hago vi-

da marital... Me la saqué de la casa de sus padres, situada en la trocha de 'Angostura', cerca de la finca de los Arias... Estaba señorita y yo la desfloré... Yo me rapté a Silvia Rosa con el fin de vivir con ella y darle su casa y los chismes necesarios".

TRAMITE DEL PROCESO:

Clausurada la investigación, el Juzgado Penal del Circuito de Valledupar, el día ocho de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro, llamó a juicio a CALIXTO RAFAEL TERAN VALERA "por el delito de rapto en la menor Silvia Rosa Guzmán Mercado, de que trata el Capítulo I, Título XIV, Libro 2º del Código Penal".

En firme la anterior providencia y agotado el juicio, el cuatro de agosto del mismo año el juzgador de primera instancia impuso al sindicado la pena de un año de prisión, como responsable del delito de rapto. El día diecinueve del mismo mes, Terán Valera fue excarcelado por haber cumplido la pena impuesta.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, con fecha once de abril último, reformó el fallo de primera instancia y dispuso, como ya se anotó, imponer al procesado TERAN VALERA la pena de "veintiocho meses de prisión... por los delitos de rapto y corrupción de menores en Silvia Rosa Guzmán Mercado, de que trata el Tíulo XIV, Capítulo I, Título XII, Capítulo V, Libro I (sic) del Código Penal, respectivamente".

El Magistrado Diógenes Henríquez Pereira salvó el voto, por estimar que únicamente podía tomarse en cuenta el cargo de rapto, formulado en el auto de proceder.

DEMANDA DE CASACION:

Dice el señor Fiscal del Tribunal Superior de Valledupar:

"El numeral 2º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, erige como causal de casación el hecho de no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

"Al dictarse la sentencia objeto de esta demanda, se incurrió en la causal puntualizada, por cuanto no existe consonancia entre el cargo que le fue imputado a Calixto Rafael Terán Valera en el auto de proceder y los tenidos en cuenta por el juzgador de segunda instancia para proferirla, pues a éste se le condena también por el delito de corrupción de menores, por el cual no ha sido llamado a juicio, ni juzgado, siendo que únicamente puede ser condenado o absuelto por los cargos que se le concretaron en el enjuiciamiento, y se violó por tanto el artículo 26 de nuestra Constitución Nacional".

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal amplía la demanda, a fin de formular un segundo cargo, a través de la causal primera de casación, así:

"La apreciación errada de la prueba, por parte del juzgador de segunda instancia, determinó la aplicación indebida del artículo 326 del Código Penal...", pues ningún elemento de juicio prueba la honestidad sexual de la supuesta ofendida, y, antes bien, "el reconocimiento médico-legal se refiere a que la joven Silvia Rosa Guzmán presenta una desfloración antigua, lo cual demuestra que el acceso carnal a que alude el acusado no fue de primera enseñanza".

LA CORTE CONSIDERA:

Es manifiesto el yerro en que incurrió el Tribunal Superior de Valledupar, al condenar al procesado TERAN VALERA por los delitos de rapto y corrupción de menores, siendo así que sólo se le llamó a juicio por la infracción penal primeramente citada.

Prospera, por tanto, la causal segunda de casación prevista en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, invocada por el demandante.

Tiene cabal fundamento este motivo de casación en el derecho de defensa, consagrado en la Carta, el cual resulta denegado si se condena a alguien por un cargo que no se le ha propuesto en el auto de proceder, pues mal puede adelantar esa persona la defensa de una imputación que no conoce.

En cuanto al nuevo cargo presentado por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, ningún efecto práctico tiene con respecto a la sentencia que debe proferir la Corte, pues resulta obvio que únicamente se puede ocupar del delito de rapto porque fue llamado a juicio Terán Valera.

Ahora bien:

Da cuenta el informativo de lo siguiente:

a).—Según refiere los hechos la menor Silvia Rosa Guzmán, sin que mediaran violencias o engaños, consintió en abandonar la casa de sus padres para hacer vida marital con el sindicado.

b).—De acuerdo con el informe del Médico Legista y con el acta de bautismo, Silvia Rosa, para la época de los hechos (junio de 1963), tenía una edad entre catorce y dieciséis años, (fs. 8 y 23).

Se trata, entonces, de un delito de rapto impropio, cuya represión resulta del precepto contenido en el artículo 350 del Código Penal, no obstante que en las codificaciones y en una de las dos publicaciones que en el Diario Oficial se llevó a cabo de la Ley 95 de 1936 (en la que trae el número 23.320, de 29 de octubre de 1936), el texto de dicho artículo alude a "mujer mayor de dieciséis años", por las siguientes razones:

1ª—En el volumen 473 del Archivo General del Congreso, correspondiente al Tomo VII de las Leyes de 1936, se halla la Ley 95, de 24 de abril del mismo año, la cual tiene las firmas autógrafas de los funcionarios del Congreso, y del Presidente de la República y de su Ministro de Gobierno, en la sanción ejecutiva. En el artículo 351 (correspondiente al artículo 350 del Código Penal) se habla de "mujer menor de dieciséis años..." Este artículo 351 se halla en la página 41 de la citada Ley 95 de 1936, en el volumen y tomo citados del Archivo General del Congreso.

2ª—En el Diario Oficial número 23.316, de 24 de octubre de 1936, en el cual se publicó también la Ley 95 de 1936, el artículo 351, que corresponde al 350 del actual Código Penal, dice: "Si la mujer menor de dieciséis años hubiere prestado su consentimiento...". Esto es, aparece esta norma de acuerdo con el texto que de la misma se encuentra en la mencionada Ley 95 de 1936.

3ª—Cabe, entonces, concluír que tanto en las codificaciones como en el Diario Oficial número 23.320 de 29 de octubre de 1936, se incurrió en un yerro tipográfico, al cambiar la palabra "menor" por el vocablo "mayor", pues es obvio que debe estarse al texto mismo de la Ley 95 de 1936 y a la publicación que, ciñéndose a ella en el artículo 351, se hizo en el Diario Oficial número 23.316 citado.

4ª—No hacerlo así, sería consagrar la impunidad del delito de rapto impropio en los casos en que la mujer sea mayor de catorce años y menor de dieciséis, a cambio de reprimir los eventos en que la víctima tenga una edad superior a los dieciséis años, lo cual resulta ciertamente absurdo.

Así, pues, la norma aplicable, como se dijo, es el artículo 350 del Código Penal que, según lo anotado, dice:

"Si la mujer menor de dieciséis años hubiere prestado su consentimiento para la sustracción o retención, las penas se reducirán hasta en la mitad, de acuerdo con las proporciones señaladas en el artículo anterior".

Y en lo pertinente, en el artículo 349 se dispone:

"El que mediante violencia física o moral o de maniobras engañosas de cualquier género, arrebate, sustraiga o retenga una mujer, con el propósito de satisfacer algún deseo erótico-sexual o de casarse con ella, estará sujeto a las siguientes penas:

"....

"De uno a cuatro años de prisión, si fuere mayor de catorce y menor de dieciocho...".

En este caso, corresponde señalar el mínimo de la pena, pues no obran circunstancias de mayor peligrosidad y sí la de menor peligrosidad prevista en el ordinal 1º del artículo 38 del Código Penal: La buena conducta anterior del sindicado. También fue este el criterio seguido por el juzgador de segunda instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA el fallo del Tribunal Superior de Valledupar, de que se ha hecho mérito, y en su lugar CONDENA al procesado CALIXTO RAFAEL TERAN VALERA a la pena principal de seis (6) meses de prisión y a la sanción accesoria de interdicción, por el mismo lapso, del ejercicio de derechos y funciones públicas, como también a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, como responsable del delito de rapto impropio cometido en la menor Silvia Rosa Guzmán. Igualmente se le condena a la reparación de los daños privados causados por el delito, condenación que se hace en abstracto por no haber sido avaluados en el proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL PROCESO AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

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 C., Secretario.

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO EN FAVOR DE MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE PAMPLONA, EN CARGOS POR ABUSO DE AUTORIDAD, CONCUSION Y FALSEDAD

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., noviembre catorce de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Para calificar el mérito del sumario adelantado contra el doctor MANUEL GOMEZ PINZON, Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona, la Corte toma en consideración lo siguiente:

1º—LOS CARGOS.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en el concepto que ha enviado a la Corte, hace la siguiente relación de las imputaciones hechas al acusado:

"Los señores Alfredo Camargo Belén y Alfonso Contreras Antolínez, en memorial dirigido al señor Procurador del Distrito Judicial de Pamplona, acusaron al Magistrado, doctor Manuel Gómez Pinzón, de haberse ausentado de la sede del Tribunal, del diecisiete al veinticuatro de octubre de 1965, con destino a Bucaramanga. El Procurador, no obstante de que se trataba de una posible infracción disciplinaria, ordenó la ratificación de la denuncia y en una original diligencia a "dúo', los querellantes se ratificaron bajo juramento, acusando a dos voces al doctor Manuel Gómez Pinzón no solamente de la ausencia de Pamplona, sino de haber perjurado al certificar ante esa H. Corte, para concursar para Magistrado del Tribunal de Bucaramanga, que no había sido destituído de cargo público alguno por faltas comprobadas.

"Abierta la investigación, entre innumerables testimonios, se recibió certificación juramentada al doctor Luis F. Urbina, Magistrado de la Sala Civil Laboral del Tribunal Superior de Pamplona y en la cual, luego de hacer innumerables cargos sobre la vida social, particular, fisonomía, actos fisiológicos, de urbanidad, economía, de relaciones sociales, afirmó que en un proyecto suyo, como su auxiliar no hallara al doctor Gómez Pinzón, entregó el proyecto a la señorita Cecilia Espinel, auxiliar de éste, quien regresó con el proyecto firmado, y él, el certificante, en presencia del Procurador del Distrito y del Magistrado doctor Acero López, como se le hiciera la firma distinta a la usual del doctor Gómez, levantó un acta al respecto y sobre ella se formuló denuncia ante la H. Corte Suprema, la cual, en sobrio y meditado auto, con ponencia del doctor Montero Torres, el 13 del año en curso, se abstuvo de abrir investigación, por ser relievante la inexistencia del delito, por lo cual, sobre este cargo, por autoridad de cosa juzgada, se carece de jurisdicción para resolver.

"El H. Magistrado doctor Alonso Acero López, en certificación juramentada, en la que, sin la vehemencia y acritud de la del doctor Urbina, hace cargos múltiples al doctor Gómez Pinzón, que nada tienen que ver con la presente investigación, afirmó dos hechos nuevos: Que el doctor Gómez Pinzón, en varios autos que resolvían sobre recusaciones, no ordenó su notificación, sino simplemente el 'cúmplase', y que en el juicio ordinario laboral de Adelina Suárez Durán contra César Villamizar Ramírez, luego de aceptar el impedimento manifestado por el certificante, posteriormente se dictaron otros proveídos que no aparecen en dicho expediente, cuyos folios, a pesar de haber sido conocidos por el doctor Luis Fernando Urbina, el Fiscal, doctor Hernando Gómez Rodríguez, y por mí (el certificante), fueron sustraídos del informativo por insinuación del doctor Gómez Pinzón y se encuentran en poder del doctor Ciro Rodríguez Villamizar, Secretario, para ese entonces, del Tribunal, quien actualmente reside en la ciudad de Bogotá, en la oficina del doctor Salah Villamizar.

"En cuanto a la primera afirmación, de no ordenar la notificación de los autos que resolvían sobre recusaciones, si en realidad constituye una irregularidad, no puede considerarse violatorio de la ley, ya que contra dichas providencias, que se dictan de plano, no procede recurso alguno, por lo cual la notificación carece de finalidad práctica, y el hecho no constituye delito.

"Respecto de la segunda, el H. Magistrado Urbina, en su certificación jurada (p. 52), dice que 'ante la extrañeza de todos los Magistrados, por cuanto su actuación abolía las normas pertinentes del C. P. C. sobre impedimentos, arrancó dos hojas de esa actuación y las reemplazó por otras, las cuales son las que hoy figuran en el proceso', precisando, así, el cargo.

"Por último y oficiosamente, el señor Fiscal Instructor, recibió el testimonio de Horacio Cortés, quien afirmó bajo la gravedad del juramento, que en el juicio sucesorio de Salvador Urbina, del cual el declarante era apoderado general, al subir en apelación al Tribunal, el Magistrado doctor Gómez Pinzón, en la esquina de la casa del doctor Alfredo Lamus Girón, le manifestó que tendría mucho gusto en ayudarle en ese negocio que le había correspondido, como Magistrado Ponente y que más tarde, en la tienda de Gregorio, donde funciona la empresa Bolívar, le exigió que para resolver sobre el negocio necesitaba la cantidad de cinco mil pesos.

Todos estos son los cargos hechos en este largo y fastidioso expediente, en que se investigó no solamente las posibles violaciones de la ley penal, sino toda la conducta social, económica, sicológica, del doctor Manuel Gómez Pinzón, en que los declarantes, con acerbía suprema, con rencor inocultable, vertieron su odio, sin que esas exposiciones fueran necesarias, ni tuvieran nada que ver con las condiciones del proceso y las comisiones conferidas por la H. Corte, haciendo difícil, arduo y fastidioso el estudio del proceso".

2º—LOS DESCARGOS.

Dice el acusado, en cuanto a los cargos de que fue objeto, lo siguiente:

a).—Que no estuvo ausente de Pamplona en el lapso comprendido entre el 17 y el 24 de octubre de 1965 y agrega que asistió a su Despacho de Magistrado y cumplió con los deberes propios de su función jurisdiccional.

Esta aseveración del doctor Gómez Pinzón encuentra respaldo en la diligencia de inspección ocular cumplida en la oficina del sindicado, pues de ella se desprende que en el período aludido del mes de octubre del año próximo pasado sí concurrió al Tribunal Superior de Pamplona y atendió los asuntos a su cargo.

Y, asimismo, le da apoyo el testimonio de la señora Carmen Bautista, al reconocer el documento que obra al folio 173 del informativo, el cual hace relación al pago que el doctor Gómez Pinzón hizo a aquella señora, por servicio de hotel, documento que expresa:

"HOTEL ANZOATEGUI. — Pamplona.—Cuenta de M. Gómez Pinzón.—Entró el 28 de septiembre de 1965.—Se retiró el 24 de octubre (27 días cancelados).—Volvió al 'Anzoátegui' el 26 de octubre.—Se retiró del "Anzoátegui" el 12 de noviembre.—Había pagado hasta el 24 de octubre.—Total, 18 días de alimentación, entre octubre 26 y noviembre 12.—Extras, tres comidas... Recibí, Carmen Bautista".

Sobre este mismo particular, la señora Bautista afirma bajo la gravedad del juramento: "Sí, señor, duró quince días..." (en mi hotel)... "comiendo y durmiendo, pues me parece que fue en octubre, e hizo un viaje a Bucaramanga en ese mes, me parece que fue un sábado a medio día y regresó el lunes en la mañana, y no se ausentó más mientras estuvo en mi hotel" (f. 138 del expediente).

Es cierto, según el testimonio de José Absalón Durán Mendoza (fs. 98 y 99), representante de la agencia de transportes "Copetrán", en Pamplona, que el doctor Manuel Gómez Pinzón obtuvo en esa empresa el tiquete número 137-157, para viajar a Bucaramanga. Pero si se tiene en cuenta que el día de su expedición, 17 de octubre de 1965, correspondió a un domingo y aún en el supuesto de que el sindicado hubiera realizado tal viaje, ello no significa que hubiera estado ausente de Pamplona en el lapso a que se refieren los denunciantes Camargo Belén y Contreras Antolínez, y, antes bien, se compagina este dato con la declaración de la señora Bautista, quien da cuenta, como se dejó anotado, que en el mes de octubre referido el doctor Gómez Pinzón viajó un día sábado (debió ser el día domingo) a Bucaramanga y regresó el día lunes siguiente, por la mañana.

Cabe observar, además, que los declarantes Camargo Belén y Contreras Antolínez, cuya rati-

ficación bajo juramento la cumplió el señor Procurador del Distrito Judicial de Pamplona conjuntamente, a "dúo" (como anota el señor Agente del Ministerio Público, colaborador de la Corte), no ofrecen credibilidad en sus aseveraciones, ora por los elementos de juicio antes relacionados que contradicen el cargo que se examina, ya por el franco odio que ponen de manifiesto hacia el acusado, como se desprende del memorial, que también conjuntamente, suscriben tales denunciantes (f. 117), en el cual se lee: "En nuestra calidad de denunciantes en el proceso de la referencia, en el que se investigan diversos hechos delictuosos cometidos por el perjuro, falsario, prevaricador, abusario y mentecato Manuel Gómez Pinzón, Magistrado que deshonra la Administración de Justicia de Colombia...".

b).—En lo que respecta al cargo de perjurio, propuesto en la razón de que el doctor Manuel Gómez Pinzón, al concursar para el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga, el 10 de febrero de 1965, hizo bajo juramento la manifestación "de que no he sido condenado por delito alguno, ni sancionado correccionalmente por falta, ni destituído por nada comprobado, ni suspendido por acción u omisión de ningún puesto...", si bien por el Decreto número 3584, de 23 de octubre de 1948, se dispuso retirarlo "del servicio de las Fuerzas Militares... por mala conducta e incompetencia para el desempeño del cargo" de Juez Militar de la Brigada (fs. 254 a 255), la Corte no tienen competencia para resolver, atendido que no se trata de comportamiento realizado en el ejercicio de las funciones de Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona.

Sobre el particular, corresponde enviar copia de las siguientes piezas del proceso al reparto de los Jueces Penales Municipales de Bogotá a fin de que se disponga lo que resulte pertinente: Documento de los fs. 15 y 16; documento de los fs. 19 a 25; diligencia de indagatoria del doctor Manuel Gómez Pinzón, fs. 99 v. a 115; ampliación de la misma indagatoria, fs. 205 a 207; copia de los documentos que obran a los fs. 254 a 255; auto de los fs. 260 a 261; oficio de los fs. 262 a 263; documento de los fs. 270 a 271 v.; folio 277 (pg. 5ª) del concepto de la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal (segundo párrafo) y f. 280 (pg. 8ª) del mismo concepto (primer párrafo).

Así lo solicita el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, cuando observa:

"PERJURIO.—Al declarar bajo la gravedad del juramento, no haber sido destituído por causa comprobada, el doctor Manuel Gómez Pinzón lo hizo como aspirante a Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga, pero nunca como Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona, ni en ejercicio de las funciones de tal, por lo que no es delito de responsabilidad y esa H. Corte Suprema carece de jurisdicción para conocer, por tratarse de un delito común, de acuerdo con la ley y reiterada jurisprudencia de esa alta entidad, por lo cual debe abstenerse de resolver al respecto".

c).—Expresa el acusado, doctor Manuel Gómez Pinzón, que la firma "Manuel Gómez Pinzón" que aparece en el fallo de 2 de diciembre de 1965, recaído en la queja contra el Juez Promiscuo Municipal de Labateca, es suya y que, de consiguiente, ninguna falsedad existe, sobre el particular.

Como lo anota el señor Agente del Ministerio Público, la Corte, en proveído de 13 de junio último, se abstuvo de abrir investigación contra el doctor Gómez Pinzón, por tales hechos. De dicho auto corresponde transcribir:

"En la fecha indicada, el Tribunal de Pamplona, con ponencia del Magistrado doctor Urbina, aprobó un fallo de absolución respecto del referido Juez Promiscuo Municipal de Labateca, fallo para el que el expresado Magistrado Ponente ordenó a su secretaria, señorita Mercedes Villamizar, recoger las firmas de los Magistrados que debían suscribirlo, entre ellas, la del doctor Gómez Pinzón.

"La señorita Villamizar, como no estuviera en su despacho el doctor Gómez Pinzón, le entregó el fallo a la secretaria, señorita Cecilia Espinel, persona que tomó la calle, llevándose consigo aquél, y que regresó al Tribunal después de algún rato ya con la firma del doctor Gómez Pinzón recogida.

"El Magistrado, doctor Urbina, examinó la firma del doctor Gómez Pinzón y como sospechó de su autenticidad, llamó a su colega, el Magistrado doctor Acero López, y entre los dos levantaron un acta en torno al inquietante particular e hicieron intervenir al señor Procurador del Distrito, doctor Guzmán Pineda Ropero.

"El Magistrado doctor Gómez Pinzón, mediante certificación del 14 de diciembre, declaró que la firma era suya y explicó que como el dos del expresado mes, fecha del fallo disciplinario, en

virtud de enfermedad no había podido concurrir a su despacho, su secretaria, señorita Cecilia Espinel, le había recogido la firma, aserción que la predicha secretaria confirma en su testimonio, rendido ante el Procurador del Distrito de Pamplona el 7 de diciembre. En estas condiciones, como es obvio, carece de objeto abrir cualquier investigación".

Y con respecto de un supuesto cambio de folios en el juicio ordinario laboral de Adelina Suárez contra César Villamizar, la Corte acoge la conclusión a que llega el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, a saber:

En cuanto "al cambio de dos folios. . ., a que se refieren los doctores Urbina y Acero, de acuerdo con lo dicho por el primero, de que ese auto estaba en desacuerdo con lo dispuesto en el C. de P. C., no habiéndose notificado, esto es, salido del Despacho del Magistrado Ponente, éste podía cambiarlo, reformarlo, ajustarlo a los mandatos de la técnica jurídica, sin que esto constituya falsedad alguna. Dicho auto, mientras no haya salido a la Secretaría para notificación es apenas un proyecto, aun cuando haya sido sacado en limpio, pudiendo ser modificado, corregido, pulido, ampliado, sin que ello constituya violación alguna de la ley penal. . . Debo, sí, advertir a la H. Corte Suprema de Justicia, que el señor Fiscal 20 Instructor, por auto visible al folio 132 del informativo, ordenó sacar copias de lo actuado para que de este delito, que él erróneamente consideró delito común, conociera el Juez del Circuito de Pamplona, por lo cual debe oficiarse a dicho funcionario, al respecto, ya que dicha falsedad, si existiese, solamente la hubiera podido cometer el doctor Manuel Gómez Pinzón, como Magistrado, ya que el cambio de folios, o el de firma, lo hizo en tal condición".

d).—Y en cuanto al cargo de concusión, es enfático el doctor Manuel Gómez Pinzón en rechazar las aseveraciones del señor Horacio Cortés.

Este último, sin embargo de que en su declaración del f. 143 dijo que el acusado "le exigió que para que resolviera sobre el negocio de que me había tratado necesitaba la cantidad de cinco mil pesos", en la diligencia de careo con el sindicado cambia la versión y expresa: "Y me dijo: 'El negocio de Urbina ya pasó al Tribunal y me correspondió a mí como Magistrado Ponente!. Seguidamente me dijo: "Necesito cinco mil pesos. Se los solicito'. Y yo le contesté: Ahí nos vamos viendo". Y antes, en ese mismo careo, Horacio Cortés había referido que a través de su hijo Daniel Felipe Latorre , por varias ocasiones, le había prestado algunas cantidades de dinero.

El comportamiento de este declarante llevó al funcionario instructor a disponer, en providencia de 24 de junio del corriente año (f. 242), lo siguiente:

"Por cuanto el testigo HORACIO CORTES DUARTE, en la diligencia de careo practicada en el día de ayer entre él y el sindicado en estas diligencias, doctor Manuel Gómez Pinzón, Magistrado del Tribunal Superior de esta localidad, incurrió en contradicción manifiesta con respecto a lo aseverado en su declaración rendida en este Despacho el día quince de los cursantes mes y año, diligencias en las cuales fue juramentado legalmente. . . considera que el mencionado testigo Horacio Cortés Duarte ha incurrido en el delito de falso testimonio. En virtud de lo enunciado, ordénase que por la secretaría de este Despacho se compulsen las copias de lo pertinente, tanto de la declaración como de la diligencia de careo practicado. . . a fin de que se inicie la correspondiente investigación penal por el funcionario del conocimiento, que lo es el Juez Penal Municipal. . .".

Las copias ordenadas fueron remitidas al reparto de los Jueces Penales Municipales de Pamplona, el día 24 de julio del corriente año.

3º—CONCLUSIONES:

En cuanto a los cargos que, con el carácter de delictuosos, abandono del cargo (art. 178 del C. P.), falsedad en documentos (art. 231 de la misma obra) y concusión (art. 156 ibidem), fueron formulados por varias personas en estas diligencias y de los cuales puede ocuparse la Corte para resolver sobre el mérito de lo averiguado, corresponde concluír que no tuvieron ocurrencia y, por tanto, es el caso de sobreseer definitivamente en favor del Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona, doctor Manuel Gómez Pinzón, de acuerdo con lo señalado en el ordinal 1º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, como lo pide el señor Agente del Ministerio Público.

4º—OTRAS ACUSACIONES:

El doctor Luis Fernando Urbina S., Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona, oficiosa-

mente reitera una serie de acusaciones contra el doctor Gómez Pinzón, las cuales son materia de un proceso disciplinario que adelanta la Corte y del cual conoce el Magistrado, doctor Luis Carlos Zambrano, cargos relacionados con la conducta social y privada del sindicado, de los cuales, como es obvio, no puede ocuparse la Corte en esta providencia.

Pero sí es del caso, para hacer resaltar el grado de enemistad que existe entre el doctor Urbina y el sindicado doctor Gómez Pinzón, anotar el afán acusador del primeramente nombrado, como que lo lleva hasta señalar hechos como el de que el sindicado no le da la acera a las señoras, "no va al sanitario sino que usa en el Despacho un recipiente de lata contra todo sentido de la asepsia", y que "llegó al Tribunal sin ninguna hoja de servicios, sino meramente por propensión irresistible a la intriga más baja, pues ni siquiera había vivido en este Departamento los cinco años que exige la Constitución Nacional para ser Magistrado".

Sobre lo último, la Corte está en el deber de afirmar que la designación que le hizo para el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona fue confirmada porque el nombrado acreditó las condiciones constitucionales para ejercer, en el Departamento de Norte de Santander, las funciones pertinentes. Y sobre la idoneidad intelectual del doctor Gómez Pinzón, obran en este proceso los informes del doctor Antonio Rocha A. y de Monseñor José V. Castro Silva, que señalan a aquél como merecedor del cargo de Magistrado, y también aparece que en el año de 1940 fue designado como Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Asimismo, el doctor Juan de la Rosa Luna, Fiscal del Juzgado Superior de Pamplona, declara que, "habiendo observado frecuentemente los actos del doctor Gómez Pinzón, como Magistrado y particular, tiene la absoluta certeza de su integridad moral y de su prestigio profesional adquirido por sus estudios y su adiestramiento en la abogacía; de modo que, reiterando lo que dije en otra ocasión, él realza el nivel del cargo que desempeña y sirve de ejemplo de ciudadano y de patriota", (fs. 19 a 25 del expediente).

Sobre la falta de buenas relaciones del acusado, doctor Gómez Pinzón, con los doctores Urbina y Acero López, también estos dos últimos Magistrados del Tribunal Superior de Pamplona y testigos de cargo en este negocio, el Secretario de esa Corporación, señor Carlos Julio Villamizar Girón, declara: "La conducta de él..." (del doctor Gómez Pinzón)... "como funcionario es correcta en el sentido de que no se embriaga, asiste con regularidad al Tribunal y en cuanto a relaciones con las empleadas y Magistrados hay algunas desaveniencias, especialmente con los H. Magistrados de la Sala Civil y con algunos empleados subalternos".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del Sr. Procurador Primero Delegado en lo Penal, RESUELVE: 1º—SOBRESEER DEFINITIVAMENTE en favor del Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona, doctor Manuel Gómez Pinzón, en cuanto a los cargos de abuso de autoridad, concusión y falsedad en documentos que le fueron formulados.—2º—Remitir al reparto de los Jueces Penales Municipales de Bogotá las copias de las diligencias y documentos citados en la parte motiva de este auto, a fin de que se resuelva lo que corresponda, en cuanto al cargo de perjurio hecho al doctor Manuel Gómez Pinzón, y, 3º—Enviar copia de este auto al Juez del Circuito de Pamplona, para que disponga lo que sea del caso, con respecto al negocio que, por el supuesto delito de falsedad, adelanta en relación con hechos de que se ocupa la Corte, en esta providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

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 C., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PARTE CIVIL Y RECURSO DE CASACION

La Corte, con fundamento en normas de la Reforma Judicial, modifica la doctrina imperante respecto de que la parte civil, en tratándose de indemnización de perjuicios, puede recurrir en casación no sólo de sentencias condenatorias sino también de las absolutorias.—Cuantía para recurrir.

La jurisprudencia de la Corte, que como es obvio, se basaba en los textos vigentes, anteriores al Decreto 528 de 1964, era el resultado de un razonamiento evidente.

Efectivamente, el artículo 558 del C. de P. P. sólo daba potestad para interponer el recurso de casación al Agente del Ministerio Público y al procesado (personalmente o por medio de su representante o defensor). O sea que negaba este derecho a la parte civil.

A ésta, por virtud del artículo 559, le otorgaba, al igual que a las mencionadas en el artículo anterior, el de interponerlo contra las sentencias condenatorias en las causas en que el recurso era admisible per se, en lo referente a la indemnización de perjuicios si la cuantía de éstos fuera o excediera de tres mil pesos ($ 3.000.00).

Por ninguna parte aparecía, pues, el derecho expreso a recurrir de las sentencias absolutorias aun cuando fuesen de las descritas en los artículos 556 y 557 de la codificación procesal penal, sino que, por el contrario, decía de un sólo caso. Por tanto, donde decía de uno, se excluía lo otro: "Qui de uno dicit, de altero negat".

Establece, hoy, el artículo 57 del Decreto 528 de 1964:

"El recurso de casación podrá ser interpuesto por el agente del Ministerio Público, por el procesado, por su defensor y por la parte civil.

"Cuando el recurso de casación en materia penal verse sobre la indemnización de perjuicios decretados en sentencia condenatoria, sólo procederá si la cuantía del interés para recurrir es o excede de cincuenta mil pesos.

"En este caso sólo son procedentes las causales de casación en materia civil.

PARAGRAFO.—Lo dispuesto en este artículo sobre la cuantía para recurrir en casación no se aplicará a los juicios en curso en que ya se hubiere dictado sentencia de segunda instancia".

La sola comparación del texto del inciso primero de este precepto, con el artículo 558, lleva a la conclusión de que se introdujeron reformas de redacción y una reforma de fondo. Las primeras son: en lugar de decir "este recurso" (venía reglamentado el de casación, según el título del capítulo), se dijo "el recurso de casación"; en vez de expresar que el procesado puede interponerlo personalmente o por su representante o defensor, mejoró —técnicamente— la redacción diciendo "por el procesado, por su defensor". Y la segunda, que es la esencial, agregó: "y por la parte civil". Este inciso, contentivo de tal modificación no hizo distingo alguno entre sentencias absolutorias y sentencias condenatorias.

Lo que significa que de toda sentencia absolutoria casable según el artículo 55 del Decreto comentado, puede recurrir la parte civil.

No contraría esto el significado esencial de la casación, puesto que en la absolución puede haberse agraviado la ley con perjuicio coetáneo de la parte civil, a la que puede habérsele privado definitivamente y por modo indisoluble con aquella violación, de su derecho de obtener indemnización de perjuicios, ya que dicha absolución inhibe la acción ante los jueces civiles en los casos del artículo 28 del código de procedimiento penal.

De otro lado, cuando existe sentencia condenatoria, la parte civil —y esto es lo que preceptúa el citado artículo 57 en su inciso segundo— sólo puede recurrir para los efectos allí previstos —resarcimiento del daño causado por la infracción— y siempre que la cuantía de su interés sea o exceda de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00). De suerte que para recurrir en casación de las sentencias absolutorias casables según el artículo 55 ibidem, no existe limitación, pero sí para las condenatorias.

Y esta limitación se explica porque si la parte civil recurriera de un fallo condenatorio meramente para buscar una agravación de las sanciones penales, tendríamos que, a pretexto de defender la ley y no obs-

tante que la condenación al pago de perjuicios, en abstracto o en concreto, se haya verificado, se habría desviado la casación no sólo de su fin primordial —esa defensa de la ley— sino del secundario que es el objetivo de la acción civil: el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal (art. 24 del C. de P. P.). Se estaría buscando la venganza privada y resucitando la famosa "acusación particular".

Las limitaciones en cuanto a la cuantía (inciso 2º) y las reglas civiles sobre las causales de casación (inciso 3º) obedecen a las mismas razones que obligan, en materia civil, a fijar una cuantía para que el negocio pueda ser objeto del recurso y a la técnica de la materia ya convertida en meramente civil desde que el presupuesto básico para el resarcimiento de perjuicios —la condena penal— existe.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, D.E., noviembre diez y siete de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero).

VISTOS:

Las razones que tuvo en cuenta la mayoría de la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Barranquilla para no conceder el recurso de casación contra su sentencia de veintiúno (21) de julio de este año a virtud de la cual confirmó la del Juzgado Primero Superior del mismo Distrito Judicial que absolvió a ANTONIO CHEIJ por los delitos de abuso de confianza y de hurto, son, en síntesis, las siguientes:

I) Que el recurso de casación que tiene derecho a interponer la parte civil procede contra los fallos condenatorios en lo atañedero a la indemnización de perjuicios cuando la cuantía de éstos exceda de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) y que así lo ha sostenido la Corte cuando ha dicho que "La parte civil no puede ocurrir en casación contra los fallos absolutorios. La parte civil tiene dentro del proceso penal sus limitaciones precisas y determinadas, sin que puedan atribuírse otras como sería si a pesar del texto expreso del artículo 559 del C. de P. P., se extendieran las facultades que la ley otorga hasta recurrir en casación contra sentencias absolutorias" (la cita corresponde a la providencia del Tribunal).

II) Que aquí se trata de una sentencia absolutoria.

III) Que aunque se ha pretendido que el Decreto 528 de 1964 —en su artículo 57— otorga también a la parte civil el derecho de interponer el recurso de casación contra las sentencias absolutorias, ello no es así porque el aludido estatuto no hizo sino refundir, en sus artículos 55, 56 y 57 lo que el Código de Procedimiento Penal disponía en sus artículos 556, 557, 558 y 559, derogando tan sólo el 557, hoy inoperante por haber sido suprimidos los Juzgados de Circuito. "El artículo 57 del Decreto —escribe el Tribunal— refunde en un solo artículo lo que venía dispuesto en los 558 y 559 del C. de P. P., pero los principios reguladores del recurso han quedado en pie, basta para ello observar que el mismo artículo 57 que se viene comentando, refiere a las causales de casación en materia civil, la casación penal por perjuicios, única que puede interponer la parte civil".

IV) Que, según antecedentes históricos, se ha suprimido la idea de que la casación tiene por objeto "enmendar los agravios inferidos a las partes", por lo cual la Corte ha podido decir que su fin es únicamente la defensa de la ley, concepto general que aprovecha no sólo a las partes sino a la comunidad. Y que como la parte civil sólo busca obtener el pago de perjuicios, esta idea resulta meramente de interés privado y particular.

Agrega conceptos del profesor Pérez Vives sustentatorios de su tesis.

Pero la Corte tiene las siguientes razones para conceder el recurso:

I.—El ofendido, constituído en parte civil, ha acudido de hecho ante la corporación por medio de apoderado (arts. 193 y 562 del C. P. P.).

II.—Del auto en que se negó el recurso se solicitó, oportunamente, la reposición y en subsidio se pidieron, y fueron expedidas, las copias pertinentes, dándose exacto cumplimiento al artículo 513 del C. J.

III.—Estas copias fueron entregadas el 2 de noviembre en Barranquilla y recibidas en la Corte el 4 de noviembre, es decir, dentro de los términos de la ley, y con ellas el escrito en que se fundamenta el derecho que se cree tener para que se conceda el recurso impetrado (art. 514 del C. J.).

IV.—La sentencia fue dictada en segunda instancia por un Tribunal Superior —de Barranquilla— en causa cuyo conocimiento correspon-

dió a un Juez Superior, que lo fue el Primero del mismo Distrito Judicial (ordinal 1º del artículo 55 del Decreto 528 de 1964).

V.—La parte civil sí tiene derecho a recurrir en casación contra sentencias absolutorias que por sí mismas sean susceptibles de dicho recurso.

Pero como éste es el punto sometido a discusión y es la primera vez que esta Sala, después de la reforma judicial, se ocupa del tema, conviene anotar, no sólo para resolver el caso subexamine sino para precisar una interpretación doctrinaria, lo que sigue:

La jurisprudencia de la Corte, que, como es obvio, se basaba en los textos vigentes, anteriores al Decreto 528 de 1964, era el resultado de un razonamiento evidente.

Efectivamente, el artículo 558 del C. de P. P. sólo daba potestad para interponer el recurso de casación al Agente del Ministerio Público y al procesado (personalmente o por medio de su representante o defensor). O sea que negaba este derecho a la parte civil.

A ésta, por virtud del artículo 559, le otorgaba, al igual que a las mencionadas en el artículo anterior, el de interponerlo contra las sentencias en las causas en que el recurso era admisible per se, en lo referente a la indemnización de perjuicios si la cuantía de éstos fuera o excediera de tres mil pesos ($ 3.000.00).

Por ninguna parte aparecía, pues, el derecho expreso a recurrir de las sentencias absolutorias aun cuando fuesen de las descritas en los artículos 556 y 557 de la codificación procesal penal, sino que, por el contrario, decía de un solo caso. Por tanto, donde decía de uno, se excluía lo otro: "Qui de uno dicit, de altero negat".

Establece hoy, el artículo 57 del Decreto 528 de 1964:

"El recurso de casación podrá ser interpuesto por el Agente del Ministerio Público, por el procesado, por su defensor y por la parte civil.

"Cuando el recurso de casación en materia penal verse sobre la indemnización de perjuicios decretados en sentencia condenatoria, sólo procederá si la cuantía del interés para recurrir es o excede de cincuenta mil pesos.

"En este caso sólo son procedentes las causales de casación en materia civil.

"PARAGRAFO.—Lo dispuesto en este artículo sobre la cuantía para recurrir en casación no se aplicará a los juicios en curso en que ya se hubiere dictado sentencia de segunda instancia".

La sola comparación del texto del inciso primero de este precepto, con el artículo 558, lleva a la conclusión de que se introdujeron reformas de redacción y una reforma de fondo. Las primeras son: en lugar de decir "este recurso" (venía reglamentado el de casación, según el título del capítulo), se dijo "el recurso de casación"; en vez de expresar que el procesado puede interponerlo personalmente o por su representante o defensor, mejoró —técnicamente— la redacción diciendo "por el procesado, por su defensor". Y la segunda, que es la esencial, agregó: "y por la parte civil". Este inciso, contentivo de tal modificación, no hizo distingo alguno entre sentencias absolutorias y sentencias condenatorias.

Lo que significa que de toda sentencia absolutoria casable según el artículo 55 del Decreto comentado, puede recurrir la parte civil.

No contraría esto el significado esencial de la casación, puesto que en la absolución puede haberse agraviado la ley con perjuicio coetáneo de la parte civil, a la que puede habérsele privado definitivamente y por modo indisoluble con aquella violación, de su derecho de obtener indemnización de perjuicios, ya que dicha absolución inhibe la acción ante los Jueces Civiles en los casos del artículo 28 del Código de Procedimiento Penal.

De otro lado, cuando existe sentencia condenatoria, la parte civil —y esto es lo que preceptúa el citado artículo 57 en su inciso 2º— sólo puede recurrir para los efectos allí previstos —resarcimiento del daño causado por la infracción— y siempre que la cuantía de su interés sea o exceda de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00). De suerte que para recurrir en casación de las sentencias absolutorias casables según el artículo 55 ibidem, no existe limitación, pero sí para las condenatorias.

Y esta limitación se explica porque si la parte civil recurriera de un fallo condenatorio meramente para buscar una agravación de las sanciones penales, tendríamos que, a pretexto de defender la ley y no obstante que la condenación al pago de perjuicios, en abstracto o en concreto, se haya verificado, se habría desviado la casación no sólo de su fin primordial —esa defen-

sa de la ley— sino del secundario que es el objetivo de la acción civil: el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal (art. 24 del C. de P. P.). Se estaría buscando la venganza privada y resucitando la famosa "acusación particular".

Las limitaciones en cuanto a la cuantía (inciso 2º) y las reglas civiles sobre las causales de casación (inciso 3º) obedecen a las mismas razones que obligan, en materia civil, a fijar una cuantía para que el negocio pueda ser objeto del recurso y la técnica de la materia ya convertida en meramente civil desde que el presupuesto básico para el resarcimiento de perjuicios —la condena penal— existe.

Prospera, pues, el recurso interpuesto.

A virtud de todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONCEDE el recurso de casación interpuesto por el representante de la parte civil contra la sentencia de veintiúno (21) de julio del presente año del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla por medio de la cual esa Corporación confirmó la sentencia dictada por el Juzgado Primero Superior del mismo Distrito Judicial que absolvió al señor Antonio Cheij de los delitos de Abuso de Confianza y de Hurto, fechada —esta última— el nueve (9) de octubre de mil novecientos sesenta y dos (1962), y, en consecuencia, dispone que el Tribunal remita a la Corte el expediente original, previa citación de las partes.

Se librará el despacho respectivo, insertando esta providencia.

Se reconoce personería al doctor Gustavo Rendón Gaviria para representar al señor Emilio Yaar Nasser en los términos y para los efectos de los memoriales de folios 121 y 122.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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.



DELITO DE ROBO

Adopción de medidas más eficaces contra los delitos y contravenciones a que se refiere el Decreto Nº 2184 de 1951.—El artículo 404 del Código Penal que señala como pena de tres a catorce años de prisión, no está entre las disposiciones exceptuadas en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto antes citado.—Cuándo es casable una sentencia en función de la causal prevista en el inciso 1º del ordinal 1º del art. 56 del Decreto Nº 528 de 1964.— Función de la Corte en casos de estimación de la prueba.

1. El motivo que indujo a la expedición del Decreto 2184 de 1951 fue como se expresa en su 'considerando', "Que el país reclama la adopción de medidas más eficaces contra los delitos y contravenciones".

Dispuso en consecuencia, en su artículo 1º lo siguiente:

"Elévanse al doble las penas mínimas señaladas en el libro segundo del Código Penal y leyes que lo adicionan y reforman.

"De esta disposición exceptúanse las fijadas en los Títulos I, II, XII y XV, y en los artículos 224 y 302 del mismo libro, y las que se determinan en los Decretos números 0241 y 1858 de 1951".

No cabe, pues, conforme a aquella ratio legis y a los términos claros y explícitos del inciso 1º, la distinción que propone el actor para reducir el ámbito de aplicación de esa norma, que no reconoce más limitaciones que la que consagra su segundo inciso.

Se refiere el primero a todas las penas mínimas fijadas en las disposiciones de los ordenamientos a que se remite, cualquiera que sea —como dice el Procurador— la especie, dentro de su género, del delito a que correspondan.

El artículo 404 del Código Penal señala una pena de tres a catorce años de presidio. Es una disposición que pertenece al Libro Segundo de dicho Código. No está entre las exceptuadas en el citado inciso segundo del artículo 1º del Decreto en referencia. Luego está comprendida en el primero.

2. Una vez más se repite que en función de la causal prevista en el inciso 1º del ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, alegado como principal, 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 un Tribunal de tercera instancia.

3. Cabe repetir que la función de la Corte en casos de estimación de la prueba se limita a aquéllos en que es protuberante el error porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra, pues de otro modo a un criterio se podría oponer sin mayor fundamento otro distinto y así se acabaría con la libertad de apreciación por parte de los tribunales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., noviembre diecisiete de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS:

Por sentencia de 14 de octubre de 1965 el Juzgado Sexto Penal Municipal de Bogotá condenó por el delito de robo a JORGE ENRIQUE MURCIA LOPEZ a la pena principal de tres años de presidio y a las anexas que en ella se señalan.

El Tribunal Superior de esta ciudad, al revisar por apelación ese fallo, lo reformó mediante el suyo de 2 de marzo siguiente, en el sentido de condenar a dicho procesado a la pena principal de seis años de presidio y a la accesoria de pérdida de la patria potestad. Lo adicionó condenándole también a la anexa consistente en la publicación especial de la sentencia y lo aclaró en lo relativo a la condenación al pago de los perjuicios causados por la infracción, diciendo que ella "se hace a título de sanción principal y no de pena accesoria".

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el procesado Murcia López. Rituado y sus-

tentado éste conforme a la ley, se procede a desatarlo.

ANTECEDENTES:

Por ceñirse a la realidad procesal, la Sala acoge como resumen de los hechos originarios de la investigación, la reseña que de ellos hace el Procurador en los siguientes términos:

"Luégo de pernoctar en una fiesta, el 23 de diciembre de 1964, el ciudadano Carlos Alberto Cortés, a eso de las seis de la mañana se dirigió a su casa de habitación en esta ciudad y al llegar a la calle 22 con carrera segunda, notó que dos sujetos lo seguían, por lo cual emprendió carrera con tan mala fortuna que cayó, siendo alcanzado por Hugo Alfonso Chaves, quien por ser menor de 18 años pasó a la jurisdicción del Juez de Nenores, y Jorge Enrique Murcia López, quienes, estando caído Cortés, procedieron a atacarlo a planazos de machete y mientras era agredido en su integridad personal, le quitaron el reloj de pulsera y la cartera con mil pesos, llevándolo a un matorral donde lo amenazaron con herirlo en el abdómen, si gritaba, logrando la víctima huír y avisar a la policía y en compañía de los Agentes de la Policía Nacional, Efraín León y Luis Alberto Silva Sánchez, minutos luégo, en las estribaciones de los cerros capturaron a los asaltantes, uno de los cuales ofreció a la víctima devolverle el reloj y el dinero".

Fue en razón de tal ilícito por lo que Murcia López fue llamado a responder en juicio en auto de 22 de abril de 1965 del citado Juzgado Sexto Municipal de esta ciudad que apeló su defensor, sustentando el recurso, y que el Juzgado Tercero Penal de este Circuito confirmó mediante el suyo de 14 de julio siguiente.

En ambas providencias se relacionan todas las pruebas demostrativas del cuerpo del delito y de la responsabilidad del inculpado a quien se le dedujo la circunstancia de haberlo cometido poniendo a la víctima en imposibilidad de obrar, esto es, con la agravante prevista en el ordinal 4º del artículo 404 del Código Penal.

Ningún elemento de convicción diferente a los que sustentan la referida vocación a juicio se produjo en el término probatorio de la causa ni durante el acto de la celebración de la audiencia.

Culminó el proceso con las sentencias precitadas, que armonizan con los cargos formulados en las providencias enjuiciatorias. Sólo que en la de primer grado, al individualizar la pena principal condigna, conforme al mínimo previsto en el artículo 404, no se tuvo en cuenta lo dispuesto en el primero del Decreto 2184 de 1951, lo que indujo al Tribunal a elevar la impuesta en la proporción que dicho texto señala.

"Es cierto —dijo— que en el caso presente concurre la circunstancia prevista en el numeral 4º del artículo 404 del Código Penal, por cuanto la víctima fue puesta en condiciones que la imposibilitaron para obrar, por lo que se trata de un delito de robo calificado. En lo que sí no está de acuerdo la Sala es en la tasación de la pena impuesta por el fallador de instancia en virtud de que el Decreto Extraordinario 2184 de 1951 elevó al doble las penas mínimas señaladas en el Libro 2º del Código Penal y leyes que lo adicionan y reforman, sin haber exceptuado de esa medida las contenidas en el Título XVI de la misma obra y porque el mencionado decreto no hizo distinción alguna en lo referente a delitos tipos ni modalidades o variantes de los mismos como se ha pretendido por algunos tribunales y doctrinantes violando la letra y el espíritu de aquel mandato...".

DEMANDA Y RESPUESTA

Contra la sentencia recurrida el demandante aduce las siguientes causales:

"1ª) Invoco la causal primera del Decreto 528 de 1964, artículo 56, ya que la sentencia acusada es violatoria de la ley penal por errónea interpretación e indebida aplicación de los artículos 1º del Decreto 2184 de 1951 y 404 del Código Penal.

"2ª) Invoco la causal primera del Decreto 528 de 1964, artículo 56, por cuanto la misma sentencia es violatoria de la ley penal por errónea apreciación de los testimonios e indicios en que se funda, a los cuales se les dio un valor probatorio que no tienen".

El Ministerio Público encuentra que tales motivos de impugnación son infundados y pide que se deseche el recurso. A sus razones aludirá la Sala más adelante.

CAUSAL FUNDADA EN EL INCISO PRIMERO DEL ORDINAL PRIMERO DEL ARTICULO 56 DEL DECRETO 528 DE 1964.

Primer cargo.—Aplicación indebida del artículo 1º del Decreto 2184 de 1951, por haber "ol-

vidado la H. Sala de Decisión Penal que profirió el fallo recurrido que el delito de ROBO tipificado en el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943 es uno solo, y que otra cosa son las modalidades atenuantes o agravantes de ese delito. Porque ha de entenderse en sano derecho que la sanción mínima para ese delito *está ya aumentada* por el artículo 404 del Código Penal, inclusive con agravación de la clase de pena, que de prisión pasa a presidio, teniéndose en cuenta que la penalidad general para el delito que estudiamos es la determinada en la disposición legal que lo define, o sea en el citado artículo 2º de la Ley 4ª. El artículo 404 no establece o tipifica un nuevo delito de robo, sino que por la modalidad con que él se cometa eleva su penalidad *sin prescindir, ahí sí, de los aumentos fluctuantes* a que dan lugar los artículos 31, 34, 36 y 37 del Código Penal y disposiciones concordantes".

Se responde:

El motivo que indujo a la expedición del premencionado Decreto 2184/51 fue como se expresa en su 'Considerando', "Que el país reclama la adopción de medidas más eficaces contra los delitos y contravenciones".

Dispuso, en consecuencia, en su artículo 1º, lo siguiente:

"Elévanse al doble las penas mínimas señaladas en el Libro Segundo del Código Penal y Leyes que lo adicionan y reforman.

"De esta disposición exceptúanse las fijadas en los Títulos I, II, XII y XV, y en los artículos 224 y 302 del mismo libro, y las que se determinan en los Decretos números 0241 y 1858 de 1951".

No cabe, pues, conforme a aquella ratio legis y a los términos claros y explícitos del inciso 1º, la distinción que propone el actor para reducir el ámbito de aplicación de esa norma, que no reconoce más limitaciones que las que consagra su segundo inciso.

Se refiere el primero a todas las penas mínimas fijadas en las disposiciones de los ordenamientos a que se remite, cualquiera que sea —como dice el Procurador— la especie, dentro de su género, del delito a que correspondan.

El artículo 404 del Código Penal señala una pena de tres a catorce años de presidio. Es una disposición que pertenece al Libro Segundo de dicho Código. No está entre las exceptuadas en el citado inciso 2º del artículo 1º del decreto en referencia. Luego está comprendida en el primero.

No hubo, por consiguiente, aplicación indebida del precitado inciso de dicha norma.

Segundo cargo.—Aplicación indebida del artículo 404 del Código Penal.

Para sustentarlo, el actor se expresa en estos términos:

"... sí, como lo demostraré adelante, no está probada plenamente la modalidad acogida en el fallo acusado para darle aplicación al artículo 404, o sea la prevista en el numeral 4º, ya que según ese fallo la violencia consistió en poner a la víctima en imposibilidad de obrar, lo que no es así, toda vez que para la consumación del robo influyó una circunstancia enteramente fortuita y no atribuíble a quienes se dice lo perpetraron, como es la de que el denunciante Cortés se hubiera caído cuando huía porque creyó que lo iban a atacar, quiere decir lo anterior que la sentencia del H. Tribunal es violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma, no sólo en cuanto aumenta la pena señalada en el artículo 404, sino también en cuanto erróneamente encajó el hecho en el numeral 4º citado, pues *no habiéndose probado la circunstancia allí descrita, en el peor de los casos lo debido era dar aplicación al artículo 2º de la Ley 4ª de 1943*".

Se responde:

La enunciación anterior, cuya prueba se deja en suspenso, no constituye un cargo.

La condicional insinuación que respecto de éste se hace es cuestión subordinada al consiguiente examen probatorio.

La causal que por este concepto y dentro de aquel planteamiento debió alegarse, no es la prevista en el inciso 1º del ordinal 1º del artículo 56 citado, sino la comprendida en el segundo inciso de ese mismo ordinal.

Una vez más se repite que en función del primero de aquellos motivos, alegado como principal, 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.

CAUSAL FUNDADA EN EL SEGUNDO INCISO DEL ORDINAL PRIMERO DEL MENCIONADO ARTICULO 56, POR APRECIACION ERRONEA DE LAS PRUEBAS.

Primer cargo.—Lo hace consistir el actor en que no está demostrada la modalidad agravante acogida en la sentencia impugnada para dar aplicación al artículo 404 del Código Penal, pues la víctima del ilícito no fue puesta en imposibilidad de obrar por la violencia que contra ella hubieran ejercido quienes lo consumaron, sino por una circunstancia fortuita, independiente de la voluntad de sus asaltantes, como fue el haberse caído cuando corrió impulsado por el temor de ser agredido por éstos.

Para demostrarlo cita el testimonio del denunciante cuando dice:

"... llegando a la carrera 2ª con la misma calle 22 me di cuenta que detrás de mí iban estos dos sujetos, armados de peinilla ambos; *me di cuenta que me iban a atacar y corrí pero desgraciadamente me resbalé y en ese momento me cayeron los dos tipos encima...*".

Afirma luégo que ésta es la prueba "de que el denunciante quedó en circunstancias de indefensión pero por la fortuita caída, no atribuíble desde luego a los autores del reato y siendo distinta la violencia que en ese momento se dice emplearon para despojar a Cortés de sus pertenencias, pues en este evento tal factor está previsto en la disposición punitiva —art. 2º de la Ley 4ª— como elemento *constitutivo del delito*".

Y como demostración "de que, pese a la fortuita caída y al apremio de sus atacantes, al denunciante no se le cerraron todas las posibilidades para liberarse de ellos", cita las siguientes palabras de Cortés:

"... a mis gritos ellos hicieron fuerza para que me callara; *y a un esfuerzo mío logré zafarme*, a lo cual ellos salieron corriendo hacia el monte...".

Se contesta:

Olvidó el demandante agregar a lo primeramente transcrito lo que Cortés expresa así continuando su relato y refiriéndose al momento consumativo del delito:

"... en esas (cuando resbaló) me cayeron los dos tipos encima de mí, el cual me dieron plan por la cara causándome algunas heridas, luégo uno de ellos me rapó mi reloj, luégo me sacó mi cartera del bolsillo del saco de por dentro del lado izquierdo, el otro era el que me pegaba plan con la peinilla, luégo me arrastraron hacia una callejuela que da a un monte, donde querían meterme por el estómago la punta del machete, pero a mis gritos hicieron ellos fuerza para que me callara, a un esfuerzo mío me logré zafar...".

Ocurrió pues, esto último perpetrado el ilícito. Pero sería cerrar los ojos a los rayos de la evidencia si no se aceptara conforme a ese relato que la víctima del ilícito fue puesta en imposibilidad de obrar en el momento de cometerse éste.

El actor repara tan sólo en lo que llama él "la fortuita caída". Prescinde de lo que ocurrió en seguida cuando los asaltantes, aprovechándose de esa circunstancia, sometieron a Cortés a la más absoluta impotencia.

¿O es que, por ventura, podrá decirse —como observa el Procurador— que Carlos Alberto Cortés caído, agredido de hecho, atacado por dos personas, pudo obrar para defender sus bienes y su integridad personal?

Absolutamente, responde el mismo funcionario, y tal es la conclusión obvia y natural a que se llega si no se desarticula desvertebrándolo, el relato que de la acción criminosa hace el denunciante.

No erró, por tanto, el Tribunal al apreciarlo, ni consecuencialmente incurrió en un error de derecho que le atribuye el demandante.

Segundo cargo.—Como tal afirma el actor que "el supuesto apoderamiento del dinero y el reloj no tuvo comprobación *plena* en los autos, porque al respecto sólo existe el dicho del denunciante, ya que ninguna otra persona confirma esta circunstancia en el proceso y no se llegó a demostrar que el señor Cortés portara en aquellos momentos la cantidad de dinero y el reloj de que nos habla".

Agrega, además, "que los testimonios de Francisca de Paula Gómez v. de Cortés y César Augusto Toquica Cárdenas —con los cuales se pretendió probar la propiedad, preexistencia y consiguiente falta de tales objetos— no son convincentes, puesto que en lo referente al dinero el segundo calla en tanto que la primera explica de un modo contradictorio su procedencia, sin de-

terminar la clase de moneda en que estaba representado. Y en lo tocante al reloj, tal parece que se refieren a otro distinto, pues las características por ellos dadas no concuerdan con las que ofrece el señor Cortés en su denuncia. Y siendo esto así, no se identificaron a plenitud las cosas que se dice fueron materia del robo, circunstancia que contribuye a la no comprobación objetiva del mismo pero que fue apreciada erróneamente por el Tribunal de segunda instancia".

Se contesta:

Es cierto que sobre tal apoderamiento no existe sino el testimonio del denunciante. Es lo que suele ocurrir en estos casos. Pero con fundamento en esa sola circunstancia, no podría llegarse al extremo de reducir a nada su valor probatorio.

La fuerza de convicción de un testimonio depende de otros factores y conocidos son los motivos (odio, amor, interés) que inducen a falsear la prueba.

Ahora bien, el demandante se conforma con expresar que en relación con tal apoderamiento sólo existe aquella probanza, pero no dice por qué ésta, aún prescindiendo de los demás elementos de juicio que la corroboran, no ofrece motivos de credibilidad suficientes para demostrar aquel hecho.

En tales circunstancias la Sala ignora cuál pudo ser el error en que incurrió el Tribunal al apreciar esa prueba y al asignarle el valor que le atribuyó.

Por otra parte, son de orden muy superficial las tachas que el actor apunta respecto de esos testimonios. Alude, por un lado, a sus discrepancias, pero nada dice de sus concordancias. No se trata tampoco de una crítica probatoria de fondo que demuestre el error en que pudo incurrir por este aspecto el Tribunal.

Porque es lo cierto que si bien Cortés en la denuncia se refirió a su reloj diciendo: "Es amarillo en oro, pulso de cuero negro", en la ampliación de ésta, al ser interrogado por las características del mismo, manifestó: "De pulsera negra, tablero negro, de numeración verde, marca Mido Multiford, no era automático, tenía calendario...". Y cuando se le preguntó a su madre cómo era dicho reloj, contestó: "Era de tablero negro y la pulsera negra elástica, la marca si no la sé decir porque de marcas no conozco nada". Y el testigo Toquica Cárdenas, al ser interrogado en estos términos: "Sírvase decir si usted se ha dado cuenta de que él en alguna época tuviera reloj, si usted lo vio, si puede decirnos cómo era y hasta cuándo lo tuvo en su poder?", contestó: "Sí, exactamente no sé la marca del reloj, creo que era "Mido", era de tablero negro, el pulso era negro y elástico. La última vez que se lo vi fue como el 22 o 23 de diciembre, después supe que se lo robaron".

Además, al ser Cortés en la ampliación de su denuncia preguntado sobre la procedencia del dinero robado, repuso:

"Ese dinero provenía de mi sueldo que son seiscientos pesos y cuatrocientos pesos que tenía ahorrados".

Su madre testificó sobre el particular esto:

"Llevaba más o menos mil pesos, pues había recibido la prima, el sueldo que le correspondía por vacaciones".

No puede, pues, decirse que medien entre esos testimonios las contradicciones que insinúa el demandante y que éstas tengan la entidad que les atribuye.

Además, según el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, para acreditar la preexistencia de las cosas hurtadas o robadas, podrá recibirse la declaración del interesado y la de su consorte, hijos y domésticos en defecto de otros extraños, las cuales serán apreciadas conforme a lo establecido en el artículo 224", y no se ha demostrado que las rendidas sobre el particular por el denunciante y por la señora madre de éste, no las hubiera apreciado el Tribunal en consonancia con lo que estatuye esa norma y hubiera incurrido al respecto en algún error.

Tercer cargo.—Lo plantea al demandante así:

"Se ha pretendido tomar como prueba demostrativa de la violencia que se dice fue empleada por los autores del supuesto ilícito, el reconocimiento médico-legal visible a f. 3 del cuaderno principal, donde textualmente leemos que JORGE ALBERTO CORTES presentó al examen: "... *Erosión y edema región frontal; traumatismo mandíbula inferior.* Incapacidad 5 días...".

"En primer lugar, permítasenos acotar que no se aportó la prueba acerca de la *presanidad* del denunciante Cortés, para deducir sin lugar a dudas que tales erosiones y traumatismos provenían necesariamente de la acción de los atracadores.

"En segundo término, se ha pasado por alto la afirmación que hace el denunciante en cuanto a que poco antes de ser robado *resbaló y cayó al suelo*, lo que deja en pie la posibilidad de que tales lesiones fueran resultantes de esa caída. Y en fin, lo cierto es que en el dictamen forense no se determinan "... *el instrumento o medios empleados*...", como lo ordena el artículo 311 del C. de P. Penal, y entonces, de por medio queda una duda no despejada ni eliminada que debe resolverse a favor del reo por mandato expreso de la norma contenida en el artículo 204 ibidem".

Se contesta:

En realidad no se trajo a los autos la prueba de la presanidad del ofendido. Pero si se repara en la relación que de los hechos hace éste, se advierte que las lesiones reconocidas en el dictamen transcrito, le fueron inferidas por sus asaltantes: "... me resbalé —dice— y en esas me cayeron los dos tipos encima de mí, el cual me dieron plan por la cara causándome algunas heridas...". Y en la diligencia de careo con Jorge Enrique Murcia, expresa: "Pues me asaltó en compañía con otro, inclusive el que está aquí presente fue quien me dio los machetazos a mí. El otro fue el que me quitó la plata".

Pero no es solamente el testimonio del ofendido sino el corroborante de los Agentes Efraín León y Luis Alberto Silva Sánchez, quienes inmediatamente después de cometido el delito vieron a Cortés en condiciones que el primero describe así: "... Iba lesionado en la frente e informó que lo habían atacado dos individuos..."; y el segundo: "... Presentaba una lesión con sangre en la parte frontal del costado izquierdo e iba todo arrastrado el vestido...".

El dictamen correspondiente al reconocimiento médico-legal practicado a raíz de los hechos, está indicando al señalar la incapacidad que las lesiones eran recientes y, dadas sus características, que fueron ocasionadas como expresa el ofendido.

¿Cómo, pues, poner en duda que esas lesiones fueron causadas, no por la violencia ejercida contra Cortés por sus asaltantes, sino cuando resbaló y cayó al suelo?

¿Se puede, sin ningún fundamento, pisando el terreno de las simples hipótesis, desvirtuar el sentido de pruebas que se complementan mutuamente para llegar a conclusiones que no son las que de ellas naturalmente dimanan?

En tales circunstancias, ¿cómo decir que el Tribunal erró en la apreciación de esas pruebas, cuando no hay otras que las contradigan?

Cabe repetir que la función de la Corte en casos de estimación de la prueba se limita a aquellos en que es protuberante el error porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra, pues de otro modo a un criterio se podría oponer sin mayor fundamento otro distinto y así se acabaría con la libertad de apreciación por parte de los Tribunales.

Cuarto cargo.—Se tachan mediante él los testimonios del denunciante y de los Agentes de la Policía que intervinieron en la captura de los sindicados, por cuanto se dice que en el relato de la misma incurrieron en contradicciones y exageraciones encaminadas a crear una agravante situación de responsabilidad contra éstos y, a la vez, echar una aparente cortina de humo sobre el violento proceder de los Agentes.

A guisa de demostración afirma el actor que es contradictoria la forma como esos servidores públicos ponen en boca de los capturados una presunta confesión que Murcia niega.

Sin embargo, lo que al respecto expresa el Agente Efraín León fue que "éstos le decían al denunciante que no formulara denuncio, que ellos entregaban la plata y el reloj", y al ser interrogado en estos términos: "Sírvase decir si estos dos individuos aceptaron ser los autores del robo de que fue víctima el denunciante o si por el contrario lo negaron?", precisó el hecho así: "El sujeto Hugo Alfonso Chaves le manifestó al atracado o víctima que sí, que él le había quitado la plata y el reloj pero que no pusiera denuncio y se la devolvía. El otro sujeto únicamente nos insultaba de palabras".

Y cuando al Agente Silva, después de haber afirmado que el que cargaba el machete fue el compañero de Jorge Enrique, es decir, Chaves, al ser preguntado si dichos sujetos reconocieron haber sido los autores del robo al denunciante, contestó: "Quien cargaba la machetilla le dijo al atracado que no los perjudicara, que fuera humano, que lo hiciera por su madre y la de él también y que no le formulara denuncio, que él respondía por la plata y por el reloj...". Y más adelante, cuando se le interroga en estos términos: "Sírvase decir si la filiación dada por el atracado acerca de los sindicados, correspondía en realidad a la de los sujetos que fueron capturados?", contesta: "Según por la filiación,

de acuerdo a los datos que el atracado nos informó, sí son los tipos, ya por la ruana y el sombrero y que él nos informó el vestido que llevaban y la estatura poco más o menos, que el uno era más alto y el otro bajito. Ahora, me aseguro más de que eran ellos, ya que le decían al atracado que no les fuera a formular denuncio, que ellos le respondían por la plata y el reloj".

Todo lo cual coincide fundamentalmente con lo expresado al respecto por el Agente León. Se trata de diferentes formas de expresión sobre palabras oídas y que ellos entendieron como una confesión de culpabilidad.

El actor tacha de increíble lo que el Agente León manifiesta cuando dice que al salir de su escondite, Chaves lo hizo machete en mano, lanzándosele encima, y lo que por su parte refiere el Agente Silva cuando al describir la captura del otro sindicado asevera que al gritarle que subiera las manos, éste se las llevó a la cintura por debajo del saco, lo que le hizo creer que estaba armado.

En sí tales hechos no son inverosímiles, y no se advierte por qué no rebasando ellos el natural acaecer de las acciones y reacciones humanas, pudieran hacer increíbles los testimonios que los relatan al par de otros a los que también se refiere la crítica del demandante.

Se añade a esto que el actor afirma que entre las declaraciones del Agente Silva sobre este punto y lo que el demandante asevera en la diligencia de careo cuando dijo que al salir de su escondite, Murcia "... tenía una piedra en la mano...", hay una contradicción que demuestra la forma parcial y mentirosa como deponen el señor Cortés y los Agentes.

Sin embargo, según lo que el denunciante dijo en aquella diligencia, el disparo que hizo el Agente Silva se produjo con anterioridad al hecho que él describe con aquellas palabras. Esto es, que se trata de dos cosas sucesivas y diferentes y, por tanto, no contradictorias.

Enuncia luégo el demandante "la posibilidad" de que Cortés se hubiera equivocado al identificar a Chaves y a Murcia como sus asaltantes, y hace algunas consideraciones en torno de esto que él mismo plantea como una simple hipótesis.

Tampoco puede estimarse como demostrativo del cargo la circunstancia de que Cortés, al ampliar su denuncia, hubiera hecho memoria de un episodio que no mencionó en ésta, esto es, que Chaves le hubiera prometido entregarle la plata y el reloj o responderle por tales objetos en el momento en que era capturado, "seguro —dice el demandante situándose otra vez en el terreno de las simples posibilidades— para hacerle cuarto a los Agentes deponentes".

"Como otro poderoso motivo —agrega— que contribuye a demeritar la credibilidad que el H. Tribunal le da a los testimonios que comento, relievo una contradicción más existente en el dicho del denunciante, cual es la de que éste, en su denuncia de f. 1, y el Agente León a f. 10 vto., se empecinen en decir que el menor Chaves se le abalanzó al segundo '... *armado de un machete...*', pero a f. 54 vto, y al ser preguntado sobre si sabía a cuál de los dos capturados se le decomisó ese artefacto, Cortés manifestó: "... *El machete apareció sobre unas yerbas*, en el mismo sitio donde se escondieron. No puedo decir si era del que está presente (se refiere a Murcia) o del compañero...".

La forma ambigua de la respuesta no permite concluír que exista esa contradicción y que pueda producir ella el efecto que le asigna el actor de demeritar la credibilidad no sólo del testimonio del denunciante sino de los Agentes Silva y León, de quienes dice el actor que se empeñaron en pintar las cosas a su acomodo para crear una idea de responsabilidad en torno de Chaves y Murcia y eludir así la que les incumbe por las lesiones que ocasionaron a aquéllos.

Con razón, resumiendo y contestando este cargo, conceptúa el Ministerio Público lo siguiente:

"Afirma el apoderado del recurrente que la responsabilidad no se halla plenamente comprobada por cuanto el Tribunal dio un valor al testimonio de la víctima del cual carece, por el interés que lo guía.

"Olvida el actor que el testimonio de la víctima en cuanto a la autoría de la lesión a su derecho, tiene un gran valor por cuanto no es humano acusar al inocente y dejar libre al culpable, por una parte, y, por la otra, que en el caso concreto, lo afirmado por Carlos Alberto Cortés, está respaldado por otros hechos que lo hacen plenamente verosímil, el dictamen médico y las declaraciones de los Agentes de la Policía Nacional, Luis Alberto Silva y Efraín León.

"Igualmente afirma que al testimonio de los Agentes de la Policía que hirieron a su cliente y a Chaves, se les dio también un valor del que

carecen, sin que, en realidad, haya el más leve hecho que permita sospechar ni de su sinceridad, ni de su espontaneidad, ni de su moralidad, ni de su desinterés, por lo cual ofrecen un gran coeficiente de credibilidad.

"Ahora bien, si la víctima señala a sus victimarios, si los Agentes de la Policía lo ven herido, si el médico del Juzgado Permanente le reconoce heridas, si los Agentes capturan a los señalados como victimarios, en actitud de resistencia y en actitud sospechosa, si uno de éstos le pide a Cortés que retire la denuncia y le devuelven su reloj y su dinero, podría quedar algún margen de duda al respecto? El Tribunal Superior de Bogotá así lo estimó y dio por plenamente probada la responsabilidad, sin que haya una sola base para decir que incurrió en error...".

Inepta, pues, por infundada, resulta la demanda.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, DESECHA el recurso de casación interpuesto en el presente caso y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE.

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.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

FALSEDAD Y ESTAFA

Técnica de casación.—Interpretación del art. 56 del Decreto Nº 528 de 1964.—Cuando se trata de la comisión de un delito, debe establecerse la relación ontológica de causalidad entre el procesado con el efecto o cuerpo del delito.—La confesión.—Su valor.—Por qué la falsedad en instrumentos negociables no puede considerarse como un solo hecho con el delito de estafa.—Cuándo se configura el delito de abuso de confianza.

1. El art. 56 del Decreto Nº 528 de 1964 sustituyó o abrogó lo dispuesto en el art. 567 del C. de P. P. en especial respecto al numeral 2º que hacía mención a la errada interpretación o apreciación de los hechos, mientras que en la Reforma se alude a la apreciación errónea o a la falta de apreciación de determinada prueba, pero exige que, en este caso, se demuestre "haber incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos"; de modo, pues, que no basta alegar que se ha apreciado erróneamente uno o más medios probatorios sino que es indispensable, para la eficacia del recurso, expresar si se trata de un error de hecho manifiesto, o bien de uno de derecho e indicar los artículos precisos de la ley sustantiva que resultan indirectamente violados en la sentencia.

2. Cuando se trata de la comisión de un delito, debe establecerse la relación ontológica de causalidad entre el agente o procesado con el efecto o cuerpo del delito, que implica un resultado material, establecido en el proceso mediante prueba idónea y eficaz, porque así como es del todo inadmisible que exista un efecto sin causa proporcionada, tampoco puede aceptarse que exista una causa de la cual nada haya procedido; y a esta conclusión se llegaría si se admitiera como idónea la confesión del procesado para dar por demostrado el cuerpo del delito, pues por error, interés o por cualquier otro motivo puede hacer una confesión falsa, sin que exista la realidad material, que podía conducir a sancionar por el delito de homicidio de una persona que no ha muerto, o por los delitos de falsedad y estafa sin existir documento alguno ni perjuicio patrimonial para nadie.

3. La confesión del procesado demuestra la causalidad o participación en el delito, pero no la del efecto o cuerpo del delito, que debe llevarse al proceso mediante una prueba idónea, que acredite la realidad material, como resultado de la actividad ilícita del agente. Con fundamento en estos principios, el art. 255 del C. de P. P. dispone como norma reguladora de la prueba, primero, la aptitud de la confesión en cuanto concierne a la participación o responsabilidad del procesado, que presume verídica, salvo prueba en contrario. Y segundo, la rechaza en la demostración del cuerpo del delito, que exige debe estar probado por otros medios probatorios.

4. Según lo previsto en el art. 233 del C. P. la falsedad consumada en instrumentos negociables, como los cheques de este juicio, no pueden considerarse como un solo hecho con el de estafa porque está definido y sancionado como un delito independiente o formal, pues de otro modo no se habría mencionado de modo expreso en la citada disposición, para dejarlo dentro de los sancionados en el art. 240 del C. P.; porque, con toda lógica, una vez que el art. 4º de la Ley 46 de 1923, sobre instrumentos negociables, presumió la autenticidad de las firmas, los revistió de una de las más destacadas propiedades de los documentos públicos a que se refiere el art. 1759 del C. C.

5. El delito de abuso de confianza se configura cuando el tenedor de una cosa mueble se la apropia en provecho propio o de un tercero.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., noviembre veinticuatro de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el apoderado de ANTONIO ESTEVEZ PEÑA, contra la sentencia de fecha 16 de marzo de este año, según la cual, el Tribunal Superior de Bogotá reformó la de primera instancia del Juez Sexto Superior, en el sentido de

condenar al procesado a setenta meses de presidio en lugar de los cuarenta y dos impuestos por el dicho juez; a pagar al tesoro nacional la multa de cien pesos y, entre las accesorias, "a la pérdida de la patria potestad y a la publicación especial de la sentencia", todo como responsable de los delitos de falsedad y estafa en perjuicio de los intereses de la SOCIEDAD NEBIOLO S. A., representada por su gerente, Francisco Martinotti M.

I.—De acuerdo con los hechos admitidos en la sentencia de segunda instancia, con base en el auto de proceder, la actividad ilícita del procesado se llevó a cabo, en esta forma:

"'De conformidad con lo que este proceso ilustra se tiene conocimiento, que desde el 16 de agosto de 1961, el imputado Antonio Estévez Peña prestaba sus servicios, como contador, en la Sociedad Nebiolo', Sucursal de la 'Sociedad Nebiolo, S. A.' de Turín —Italia—, siendo gerente aquí el señor Francisco Martinotti M., quien en estas diligencias aparece como denunciante.—Ocurre que por la confianza que allí los directivos de la aludida empresa le tenían al implicado Estévez Peña, se le permitía que manejara las chequeras de las cuentas corrientes pertenecientes a la nombrada Sociedad y en tales condiciones elaboraba los cheques que habrían de firmar ya el gerente ora el subgerente, como también, la de anular aquellos cheques que acusaran alguna irregularidad en su elaboración. Dentro de este orden y teniendo en cuenta esta última facultad, como no eran ciertas las equivocaciones o informalidades en la elaboración de tales instrumentos negociables manifestada por el inculpado Estévez Peña a sus superiores, sucedía que hábilmente se quedaba con ellos y los giraba a su favor, falsificando la firma del gerente y sus valores los hacía efectivos ya personalmente mediante cobro ora consignando esos cheques en su cuenta corriente, habiendo en tal sentido, con su reiterado comportamiento, menoscabado el patrimonio económico de la empresa en cantidad confesada de 'alrededor de ciento cincuenta mil pesos'. Es de tenerse en cuenta, que para llevar a cabo el citado implicado Estévez Peña esa doble actividad delictiva, para poder cobrar o hacer efectivo el valor de los cheques por él expedidos dentro de las circunstancias y a su nombre, cuyo primer acto fue ejecutado aproximadamente en el mes de octubre del citado año, usaba también el protector de cheques que reposaba en su poder que como garantía en la expedición de éstos empleaba la Sociedad, y como omitió este requisito en uno que él giró como corriente de la nombrada entidad, no le fue pagado por el banco contra el cual giró que fue el Comercial Antioqueño, Sucursal San Martín". (f. 24, C. Nº 2º).

II.—a) El apoderado del procesado principia su demanda de casación por referirse, en su primer aparte o capítulo, al "origen del proceso"; y al efecto menciona el denuncio presentado por el gerente de la Sociedad, como también a las ampliaciones o declaraciones rendidas por el dicho gerente, para deducir que existen ciertas contradicciones o testimonios (fs. 12 a 18, C. Nº 3º).

b) En el aparte denominado por el recurrente "actuación procesal" se refiere a la cumplida en el proceso y de "cuyo examen ponderado y desprevenido" —dice— "nacen los fundamentos de hecho y de derecho para la impugnación del fallo del H. Tribunal". Y así, en este orden de ideas, se refiere a la mala paginación del expediente o a su posible mutilación; a la inadmisión de la confesión calificada del enjuiciado que ha servido para dar por demostrado el cuerpo del delito; a la inspección ocular que en definitiva se frustró, porque a los peritos no se les puso a disposición los libros, no obstante las gestiones hechas con tal fin por ellos, para poder emitir la correspondiente peritación; a los careos practicados entre el denunciante con el procesado, en los cuales, dice el recurrente, "aparece de bulto la poca o ninguna sinceridad del señor Martinotti"; en fin, alude a que si bien el funcionario de instrucción ordenó agregar al expediente los cheques y que se practicara "la respectiva prueba grafológica" no se llevó a cabo por estimarla innecesaria el juzgado en vista de que "paladinamente (públicamente) el sindicado se había declarado confeso de falsedad documentaria...". (f. 27, C. Nº 3º).

c) En el capítulo titulado "Calificación y Fallo del Proceso" observa que ni en primera ni en segunda instancia se oyó el concepto del A. del M. P., porque, a petición del apoderado, se dio aplicación preferente al D. 1358 de 1964 no obstante hallarse en firme el auto que había ordenado el traslado; y el Tribunal confirmó el auto de proceder y desechó la nulidad alegada por el fiscal de tal entidad.

El Tribunal, en la sentencia recurrida, confirmó el fallo de primera instancia reformándolo para dar aplicación a los artículos 33 y 32 del C. P. e imponer la pena antes mencionada.

d) Expuestos tales antecedentes por el recurrente, en el capítulo IV de su demanda, invoca las causales de casación determinadas en los ordinales 1º y 4º del artículo 56 del D. 528 de 1964, que inserta en su escrito.

En relación con la causal primera, aduce "tres cargos, dos de ellos consistentes en violaciones indirectas, por el sentenciador, de la ley penal sustantiva, y el último por violación directa de la misma ley".

Primer cargo.—En relación con este cargo, el recurrente dice textualmente:

"Por apreciación errónea de las pruebas que más adelante serán puntualizadas, el fallo del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en esta causa, violó los artículos 233, 408, 32 y 33 del Código Penal, en concordancia con los artículos 1º y 11 ibidem.

"Paso a demostrarlo:

"1º—El delito de *falsedad en documentos,* objetivamente descrito en el ordinal 1º del artículo 231 del C. P. ('Contrahaga, o finja letra, firma o rúbrica'), referido a las conductas de que da cuenta el artículo 233, es un delito técnico, de elaboración material, producto, objetivamente visto, de la habilidad manual e intelectual del agente en la contrafacción caligráfica, eficaz o relativamente idónea para imitar lo verdadero.

"2º—Por su naturaleza, el delito de falsedad documentaria en la forma específica enunciada, su demostración procesal, para los efectos de los artículos 429 y 203 del C. de P. P., depende principalmente de una prueba grafológica, de un dictamen de expertos en la materia, o, en ausencia de este medio legal de convicción, una prueba concordante en su pluralidad (indicios o testimonios), de tal perfección que pueda alcanzar la plenitud en cuanto a establecer el *cuerpo del delito,* presupuesto necesario para la vocación a juicio y para dictar sentencia condenatoria.

"3º—En este proceso, por razones inexplicables o no fáciles de alcanzar, en momento alguno se practicó el examen grafológico, que podría haber sido sorpresivo, si ocultos intereses no le impiden, como a la postre se impidió, el otro dictamen que debía ser secuencia de la inspección ocular para saber a ciencia cierta la situación contable de la Sociedad ofendida, el origen de los comprobantes de contabilidad, sus autores y el monto de los cheques girados.

"4º—Pero no. Como el señor Estévez, con la mayor sinceridad, casi que de modo ingenuo, confesó haber elaborado cheques en su favor y estampado, para su cobro o consignación, la firma del gerente, señor Martinotti, el investigador, primero, y después las instancias, prescindieron de la práctica de pruebas esenciales y dejaron descansar el proceso sobre esa confesión, para dar por plenamente demostrado el cuerpo del delito de falsedad, el cuerpo del delito de estafa y la responsabilidad del sindicado por ambos reatos". (fs. 29 y 30, C. Nº 3º).

Transcribe los artículos 255, 63 y 272 del C. de P. P., y luego dice: "... concordando los tres ordenamientos, puede demostrarse que el sentenciador violó la ley penal, atribuyéndole a la confesión un valor probatorio distinto al que tiene, dividiéndola arbitrariamente y sustituyendo con ella otras pruebas que eran indispensables para demostrar en forma plena la objetividad jurídica de los ilícitos". (fs. 30 y 31 ib.).

Refiriéndose a las declaraciones del gerente de la Sociedad, Franco Martinotti M., "de cuya credibilidad —dice el apoderado recurrente— los autos dan derecho a dudar, por sus contradicciones..." anota la falta de congruencia en cuanto a la imitación de su firma que calificó de burda, pero que al exhibirle uno de los cheques falsificados, reconoció "que no sabe si es su verdadera firma o no". Asimismo negó haber autorizado a Estévez Peña para poner su firma, para admitir que sí ocurrió por una sola vez; en cuanto al cheque por diez mil pesos, lo devolvió el banco, no por defectos de la firma, sino por la falta de uno de los sellos y que también faltó a la verdad "en lo relativo a los préstamos y en cuanto a la manera de contabilizarlos en la Compañía".

Como una secuela a las críticas a este testimonio, dice el recurrente:

"Se puede decir, con razón, que lo depuesto por el ofendido en las diversas oportunidades no merece credibilidad, para en esa sola prueba hacer descansar, contra la ley, la demostración de los elementos constitutivos de los delitos de falsedad y estafa". (f. 32, C. Nº 3º).

Después de invocar una doctrina de la Corte, según la cual "la declaración del ofendido es merecedora de fe en cuanto señala al ofensor; mas no en lo que atañe a las circunstancias y modalidades de la agresión", procede a criticar los testimonios del revisor fiscal y ayudante de contabilidad de la empresa, porque, aparte de

ser subalternos del gerente o asalariados, indirectamente comprometidos en los hechos por incuria y negligencia, "no están seguros de la falsificación de las firmas".

Admite que el delito de falsedad, si bien ordinariamente se demuestra por la prueba pericial, se puede establecer también por otras pruebas, pero no con la confesión, como sucede en este caso que "los delitos de falsedad y estafa se han montado en el juicio sobre la confesión, y ello valdría si por otra parte se hubiera establecido el cuerpo del delito. . .". Luego dice textualmente:

"Estévez no ha confesado ser autor de los delitos de falsedad y estafa. Si las instancias (sic) entendieron y dieron por plenamente probadas esas dos conductas fue recurriendo a una evaluación arbitraria, atrabiliaria e inaceptable de la confesión, pues si aceptó haber girado los cheques, en los cuales puso la firma del gerente, "lo hizo con autorización de éste y que las sumas recibidas o cobradas eran a título de préstamo"; y como nada de esto se infirmó en el proceso, concluye que se dividió la confesión del acusado y se "involucraron el cuerpo del delito y la responsabilidad, netamente distinguidos en los artículos 429, 203, 255, 271 y concordantes del C. de P. P.".

"En el caso de autos —dice— la confesión se apreció erróneamente, y de ahí la violación de la ley penal sustantiva en forma indirecta". (fs. 33 y 34, C. Nº 3º).

Transcritas varias doctrinas de la Corte sobre indivisibilidad de la confesión o de que debe presumirse verídica, cuando se trata de prueba única y que, además, el acusado no está obligado a probar sus disculpas, insiste en que no existe prueba del cuerpo del delito de falsedad, ya que, con la confesión del enjuiciado, está acreditado que "actuó con el consentimiento del denunciante", fuera de ser "un hecho cierto que de esa considerable cantidad de cheques no hubo devolución por firma falsificada. . .".

"De la confesión —dice el recurrente—, no surge como hecho reconocido el dolo de falsedad como delito medio de estafa, ni de la confesión surge el dolo de fraude tipificante del delito de estafa. Y por fuera de la confesión ninguna prueba demuestra ese doble propósito criminal que hace parte de las infracciones imputadas". (f. 36 ib.).

Finalmente, transcribe algunos apartes del auto de proceder (fs. 289 o 305, C. Nº 1º) como de la sentencia de primera instancia (fs. 331 o 247 ib.) para concluír que fue muy poco lo que se dijo acerca del cuerpo del delito (f. 40, C. Nº 3º).

Segundo cargo.—En la fundamentación de este cargo, el recurrente invoca los motivos de casación del inciso 2º del artículo 56, sin expresar si se trata de error de hecho manifiesto o de derecho, ni indica las disposiciones del C. P. y las del C. de P. P. que estima violadas. En efecto, dice así textualmente:

"Podría decirse que tiene el mismo anclaje del primero, pero el planteamiento es a la inversa, entrañando (sic) también el motivo de casación de que se ocupa el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

"Concretamente hubo violación de la ley penal sustantiva por falta de apreciación de una prueba determinada y por apreciación errónea de otra.

"Al proceder en la forma indicada el Tribunal violó el Código Penal en las mismas disposiciones que se señalaron para el otro cargo, igual que las disposiciones del Código de Procedimiento Penal que entonces se citaron". (fs. 41 y 42 ib.).

Luego insiste en la indivisibilidad de la confesión del enjuiciado, cuyas explicaciones, disculpas o calificaciones no han sido desvirtuadas; ya que, por otra parte, "erró el fallador al atribuír a las declaraciones del denunciante un valor que no tienen. No puede merecer credibilidad quien afirma hechos falsos, omite o calla hechos verdaderos, se contradice en sus testimonios y dificulta la práctica de pruebas tendientes a establecer la verdad". (f. 42, C. Nº 3º).

Critica nuevamente los testimonios "de los empleados de la Empresa", cuyo ". . . valor probatorio es ninguno para oponerlos a la confesión. . .".

Tercer cargo.—Expresa que lo aduce como subsidiario, con fundamento en la causal primera por "violación directa de la ley penal sustantiva por indebida o errónea interpretación del artículo 33 del C P.", porque los delitos de falsedad y estafa, sancionados en este proceso, "no conforma el concurso real o material de delitos de que trata la disposición citada", pues según el recurrente, ". . . las conductas jurídicamente individualizadas en la ley tienen una conexidad de medio a fin y uno es el dolo del agente, el

concurso es ideal o formal y se rige en el Código por el artículo 31".

Cuarta causal.—Alega la cuarta causal de casación, también en forma subsidiaria, y expone:

"Si el señor Estévez era empleado de manejo, es decir, empleado de confianza, si a su cargo estaba el manejo de las cuentas; si contaba con la autorización para el giro de cheques y si estaba autorizado para firmar con el nombre del gerente, la hipótesis de que en ejercicio del cargo pudo apropiarse de fondos de la Empresa, sería el caso de un abuso de confianza, lo que daría lugar a nulidad por error en la denominación jurídica del delito, contraído este error a la estafa, pues no tiene vida la hipótesis de la falsedad.

"Ese error en la denominación jurídica proviene del auto de calificación (enjuiciamiento) y ha dado lugar a un juzgamiento por delitos distintos al que pudo haber cometido el señor Estévez.

"El motivo de impugnación, por haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad, lo aduzco también de manera subsidiaria. (fs. 44 y 45 ib.).

III.—Contestación de la demanda de Casación.—El procurador primero delegado en lo penal, previo resumen de los hechos y de la demanda de casación presentada por el apoderado del recurrente, hace un juicioso estudio de cada una de las causalas y cargos alegados, para llegar a la conclusión de que ninguno es fundado y que, en consecuencia, se niegue la casación del fallo, con fundamento en razones y argumentos que se citarán más adelante.

IV.—Consideraciones de la Corte.—Expuestos los argumentos y razones de la demanda de casación e indicada la opinión del Procurador Delegado en lo Penal, procede la Sala al estudio de las causales y cargos hechos a la sentencia de segunda instancia, comenzando por advertir que, a diferencia de lo observado ordinariamente, no resolverá en primer término la nulidad alegada con fundamento en la errada denominación de la infracción, de acuerdo con el numeral 5º del artículo 198 del C. de P. P. y en relación con la causal 4ª del artículo 56 del D. Nº 528 de 1964; porque tanto los delitos de falsedad y de estafa, como el de abuso de confianza tienen por objeto los mismos elementos fácticos, que en sentir del recurrente, según lo alegado con ocasión de los dos primeros cargos, no están probados; de manera que sin elucidar esta cuestión previamente, no se podrá entrar a la calificación de los ilícitos sobre hechos no establecidos en el juició, según el decir del recurrente.

PRIMER CARGO.

1º—El artículo 56 del D. número 528 de 1964 sustituyó o abrogó lo dispuesto en el artículo 567 del C. de P. P., en especial respecto al numeral 2º que hacía mención a la errada interpretación o apreciación de los *hechos*, mientras que en la reforma se alude a la apreciación errónea o a la falta de apreciación de determinada *prueba*, pero exige que, en este caso, se demuestre "haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos"; de modo, pues, que no basta alegar que se ha apreciado erróneamente uno o más medios probatorios sino que es indispensable, para la eficacia del recurso, expresar si se trata de un error de hecho manifiesto, o bien de uno de derecho e indicar los artículos precisos de la ley sustantiva que resultan indirectamente violados en la sentencia.

2º—En este caso, el recurrente, en el primer cargo en relación con la causal primera, acusa la sentencia "por apreciación errónea de las pruebas que más adelante serán puntualizadas...", sin determinar si aquella errónea apreciación de las pruebas debe atribuírse a errores de hecho o de derecho; sin embargo, dado el desarrollo del cargo, en lo principal, debe interpretarse que acusa la sentencia por error de derecho, que consiste en la violación de la norma que regula o determina el valor probatorio de la confesión del enjuiciado en lo atañedero a la demostración del cuerpo del delito, o sea del artículo 255 del C. de P. P., que habría conducido al sentenciador de segunda instancia a violar indirectamente los artículos 231, 233, 408, 32 y 33 del C. P., invocados por el recurrente.

3º—Cuando se trata de la comisión de un delito, debe establecerse la relación ontológica de causalidad entre el agente o procesado con el efecto o cuerpo del delito, que implica un resultado material, establecido en el proceso mediante prueba idónea y eficaz, porque así como es del todo inadmisible que exista un efecto sin causa proporcionada, tampoco puede aceptarse que exista una causa de la cual nada haya procedido; y a esta conclusión se llegaría si se admitiera como idónea la confesión del procesado para dar por demostrado el cuerpo del delito, pues por error, interés o por cualquier otro mo-

tivo puede hacer una confesión falsa, sin que exista la realidad material, que podría conducir a sancionar por el delito de homicidio de una persona que no ha muerto, o por los delitos de falsedad y estafa sin existir documento alguno ni perjuicio patrimonial para nadie.

4º—Por tanto, la confesión del procesado demuestra la causalidad o participación en el delito, pero no la del efecto o cuerpo del delito, que debe llevarse al proceso mediante una prueba idónea; que acredite la realidad material, como resultado de la actividad ilícita del agente. Con fundamento en estos principios, el artículo 255 del C. de P. P. dispone:

La confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el juez o el funcionario de instrucción y su respectivo secretario, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito".

Consagra esta norma reguladora de la prueba, primero, la aptitud de la confesión en cuanto concierne a la participación o responsabilidad del procesado, que presume verídica, salvo prueba en contrario; y segundo, la rechaza en relación con la demostración del cuerpo del delito, que exige debe estar probado por otros medios probatorios.

5º—Siguiendo el orden impuesto en la demanda de casación, se procede a estudiar si el sentenciador de segunda instancia violó el memorado artículo, según las alegaciones hechas en el primer cargo y en relación con el numeral 2º del artículo 56 del D. 528 de 1964.

a) No cabe duda alguna que no se practicó, como se dice en la demanda, un reconocimiento grafológico por expertos en la materia, como tampoco se llevó a efecto el examen de los libros de contabilidad de la sociedad afectada con el ilícito, porque, dice el recurrente, toda la demostración del cuerpo del delito se fundó en la confesión del procesado, en cuya indagatoria se lee:

PREGUNTADO: Ya que dice usted saber el objeto por el cual se le llama a rendir esta declaración instructiva libre de toda presión o apremio, sin juramento y asistido por un apoderado, ¿quiere usted hacernos una exposición lo más veraz que pueda sobre los acontecimientos que en estas diligencias se investigan? CONTESTO: Yo hice unos cheques para cobrarlos, cheques de la Sociedad Nebiolo para cobrarlos, plata para mí, eso es todo. PREGUNTADO: Según su respuesta anterior, ¿nos podría usted hacer una relación más clara y amplia, sobre cómo se hicieron los giros de esos cheques cuyo dinero fue para usted? CONTESTO: Yo giré los cheques a mi nombre y los cobré". (fs. 51 a 52, C. Nº 1º).

Más adelante agrega que estaba autorizado para girarlos, como también recibió los dineros "en calidad de préstamo", circunstancias que atañen al segundo cargo como se verá más adelante.

b) En la sentencia de segunda instancia, para la demostración del elemento material del delito o el efecto de la actividad ilícita del procesado (f. 25, C. Nº 2º), se alude a los instrumentos negociables o cheques con los cuales se consumaron los ilícitos de falsedad y estafa, tales como estos: cuatro fotocopias de los girados a favor del enjuiciado y cobrados por él; sesenta y tres cheques originales por un valor de $ 135.932.11 girados contra la cuenta de la Sociedad en el Banco Comercial Antioqueño, Sucursal de San Martín, cobrados personalmente o por canje; extracto de la cuenta corriente de la Sociedad Nebiolo en la cual aparecen debitados 48 cheques que giró en su mayoría a nombre de él, cobrados personalmente o por canje; un extracto de la cuenta corriente que Estévez Peña tenía en el Banco de Los Andes, Sucursal San Martín, en la cual "... se constata la consignación de nueve cantidades correspondientes a un número igual de cheques girados contra la cuenta de la Sociedad Nebiolo del Banco Comercial Antioqueño"; nueve cheques contra la cuenta de la Sociedad en el Banco de Los Andes, Sucursal de San Martín, por la suma total de $ 6.075.00; el cheque por diez mil pesos "girado a favor del procesado y no pagado por falta del sello de la Sociedad Nebiolo en liquidación (f. 64); relación firmada por el gerente denunciante sobre los cheques contra el Banco Comercial Antioqueño, durante los años de 1962 y 1963, "girados sin autorización de la empresa"; en la inspección ocular se ordenó agregar las tarjetas que demuestran el movimiento de los préstamos realmente hechos por la Sociedad a Estévez Peña (fs. 147, 148, 149, C. Nº 1º); y en fin, menciona la sentencia los talonarios en el Banco de Los Andes y en el Banco del Comercio.

c) En la misma sentencia se transcribe el siguiente aparte de la declaración del gerente de la Sociedad Nebiolo S. A. "En ejercicio de sus funciones nuestro contador, señor ESTEVEZ PEÑA, hoy día mi denunciado, aprovechándose de sus funciones y de la confianza que le había otor-

gado, en muchas oportunidades en que se le ordena la redacción de uno o más cheques, acostumbraba a anular en el talonario de la chequera correspondiente un cheque, haciendo creer que lo había dañado. Posteriormente los cheques sustraídos los giraba a su favor por distintas cantidades de dinero, utilizando para ello, sin mi consentimiento, el protector de cheques y el sello correspondiente que tenía registrado la compañía en el banco correspondiente y falsificando en forma burda por demás, la firma del suscrito gerente. Posteriormente estos cheques los cobraba personalmente en el banco correspondiente o los consignaba en su cuenta corriente que tiene en el Banco Comercial Antioqueño, Sucursal San Martín, o en el Banco de Los Andes, Sucursal San Martín, de esta ciudad de Bogotá. ... 8º Nuestro contador y denunciado hoy día, señor Estévez Peña, para cuadrar los balances mensuales, procedía a elaborar personalmente uno o más comprobantes diarios adicionales, cargándole a gastos o pasivo diferido o afectando otras cuentas, con el faltante de los saldos bancarios, que precisamente debería ser la suma de dinero que durante cada mes se sustraía o se apropiaba en forma indebida, disfrazando en esta forma la realidad que debería contener o reflejar los libros de la Sociedad". (fs. 26 y 27, C. Nº 2º).

d) Alude también a la declaración del ayudante de contabilidad, Helman Rojas Caipa, en la cual se afirma que los cheques anulados, según la anotación hecha en el talonario, "habían sido cobrados y pagados por los bancos sin aparecer comprobantes que justificaran el pago".

e) El revisor fiscal de la Sociedad manifiesta que visó la contabilidad que aparentemente reflejaba "un giro normal de las operaciones de la Sociedad, pero con posterioridad al ilícito cometido por el señor Estévez y estudiando a fondo estos asientos contables se descubrió que en totalidad eran falsos y que fue el medio de que se valió para encubrir su desfalco" (f. 28, C. Nº 2º).

6º—El recurrente, respecto a la prueba invocada por la sentencia "en orden a la comprobación de la materialidad o elemento objetivo de los delitos"; o sea, en cuanto atañe a la existencia real de los cheques falsificados, no hace ninguna observación con el fin de demostrar que el juzgador de segunda instancia haya incurrido en un error de hecho manifiesto o en uno de derecho en la apreciación de tales documentos, que consideró como suficiente prueba para la demostración del cuerpo del delito, conclusión que no puede modificarse en casación oficiosamente.

7º—En cuanto a la prueba testimonial, esto es, en relación con los testimonios del gerente, revisor fiscal y ayudante de contabilidad de la Sociedad, no expresa el recurrente si el Tribunal incurrió en error de hecho o de derecho en su apreciación, sino que se limita a hacer varias observaciones respecto de su credibilidad, ya por las contradicciones que dice existen en las deposiciones del primero de los nombrados, o bien en la dependencia del revisor y del ayudante de contabilidad respecto del gerente; mas estas críticas no son de recibo en casación porque implican una ponderación del testimonio confiado a la soberana decisión de los jueces de instancia, que la Corte no puede revisar sin convertirse en juez de instancia olvidando la finalidad que le fija la Ley.

El Procurador Primero Delegado, sobre este cargo expone:

"En síntesis, Honorables Magistrados, la confesión del procesado respaldada por los hechos que dejo expuestos, es suficiente para la plena comprobación de los cuerpos de los delitos de falsedad y estafa, ya que el solo hecho de haberse anulado los talonarios de los cheques falsos, el haberse pagado al señor Antonio Estévez Peña dichos cheques y haberlo beneficiado a él exclusivamente, aún prescindiendo de su confesión, llevan al ánimo la certidumbre de que los cheques fueron falsificados en la firma del girador, protegidos con los sellos y protector de la firma, puestos bajo el cuidado del doloso beneficiario, por Antonio Estévez Peña, que es en lo que consiste la plena prueba del cuerpo de los delitos de falsedad y estafa por los cuales se le condenó". (f. 55, C. Nº 3º).

En conclusión, el cuerpo del delito respecto de los de falsedad y estafa está demostrado por medios probatorios distintos de la confesión del procesado; y en consecuencia, resulta infundado el cargo que hace el recurrente a la sentencia del Tribunal.

SEGUNDO CARGO

1º—Sostiene el recurrente, con razón, que el segundo cargo tiene un fundamento similar al primero, en cuanto a la prueba, porque en lo demás, el anterior se refería al cuerpo del delito y en éste a la imputación, demostrada mediante una confesión calificada, que pretende quitar

a los hechos su carácter ilícito al decir que estaba autorizado para poner la firma del gerente y que el dinero lo recibió a título de préstamo, esto es, una calificación en relación con el elemento moral o intencional de los hechos.

2º—Como antes se advirtió, el recurrente, al formular este cargo, no indicó si el error en la apreciación de la prueba era de hecho manifiesto o de derecho, ni tampoco indicó qué normas sustantivas resultaban indirectamente violadas como efecto de aquella mala apreciación, porque no basta referirse al Código Penal o al de P. P. en relación con las "que entonces se citaron"; sin embargo, en este como en el cargo anterior, debe entenderse que se refiere a un error de derecho al haber el Tribunal dividido la confesión del procesado, en lugar de considerarla como un todo, o mejor, presumirla verídica en todo su contenido.

3º—La presunción legal consagrada en el artículo 255 del C. de P. P., como tal, admite prueba en contrario; y en este juicio, de acuerdo con los elementos probatorios examinados al estudiar el otro cargo, se establece la falta de fundamento de las disculpas alegadas, porque, en primer término, si el dinero lo hubiera recibido a título de préstamo habría sido contabilizado con esa denominación; pero no fue así, sino que se lo imputó a supuestos gastos de la Sociedad; y en cuanto a la autorización del gerente para poner su firma, además de estar contradicha por éste, por el ayudante de contabilidad y el revisor, resulta del todo evidente que ella no existió, si se tiene en cuenta que en los talonarios de los cheques falsificados puso la palabra "anulado", lo que pugna en forma evidente con la supuesta autorización.

4º—Sobre lo anterior, anota el Procurador delegado:

"A dicho cargo contesto con los mismos argumentos que al anterior cargo, ya que esas modificaciones hechas a la confesión por el procesado, quedan destruídas al poner en los talonarios de los cheques falsificados la palabra anulado, al no tener razón ni causa un préstamo tan cuantioso, ni plazo, ni garantía, todo lo cual hace inverosímil la explicación dada y la destruye por la ilogicidad misma de ella.

"Y en cuanto a la prueba del dolo para la falsedad y la estafa, su plena prueba está en poner a los talonarios de los cheques falsificados el "anulado", el presentar cuentas inexistentes para cuadrar la contabilidad mensual y en lo absurdo de las explicaciones, todo lo cual pregona el dolo en forma plena e indestructible". (f. 56 ib.).

En consecuencia, tampoco este cargo resulta fundado contra la sentencia del Tribunal.

TERCER CARGO

El tercer cargo consiste en la violación directa de la ley sustantiva penal, por cuanto se aplicó indebidamente el artículo 33, como si se tratara de un concurso real de delitos, cuando en sentir del recurrente, solamente existiría un concurso ideal, o sea, entre el delito medio y el delito fin.

Según lo previsto en el artículo 233 del C. P. la falsedad consumada en instrumentos negociables, como los cheques de este juicio, no pueden considerarse como un solo hecho con el de estafa, porque está definido y sancionado como un delito independiente o formal, pues de otro modo no se habría mencionado de modo expreso en la citada disposición, para dejarlo dentro de los sancionados en el art. 240 del C. P.; porque, con toda lógica, una vez que el artículo 4º de la Ley 46 de 1923, sobre instrumentos negociables, presumió la autenticidad de las firmas, los revistió de una de las más destacadas propiedades de los documentos públicos a que se refiere el artículo 1759 del C. C.

El Procurador delegado, después de referirse a la doctrina de la Corte sobre existencia del concurso real de delitos, cuando se falsifican instrumentos negociables y se hacen efectivos, agrega que "... habiendo el señor Antonio Estévez Peña, falsificado varios cheques, consumó el delito de falsedad y al haberlos cobrado y hecho entrar a su haber los dineros así conseguidos, fingiendo gastos no efectuados para cuadrar la contabilidad, usando del sello y el protector de la firma defraudada, se consumó igualmente el delito de estafa, existiendo un verdadero concurso real de delitos, por lo cual la aplicación del artículo 33 del C. P., hecha por el Tribunal Superior de Bogotá, es legal y jurídica". (f. 58.ib.).

Por tanto, tampoco prospera este cargo.

CUARTO CARGO

Como se observó al principio, esta causal tiene por fundamento el haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, que el recurrente

la funda en el error en la denominación jurídica del delito, que dice es de abuso de confianza y no los de falsedad e instrumentos negociables y estafa.

Esta causal así como el fundamento invocado, quedan descartados en absoluto con las razones y argumentos antes expuestos, tanto en relación con las pruebas aportadas al proceso como respecto de la naturaleza o denominación jurídica de las infracciones, comoquiera que los hechos establecidos en el proceso configuran los delitos por los cuales fue condenado el recurrente.

Además, el delito de abuso de confianza se configura cuando el tenedor de una cosa mueble se la apropia en provecho propio o de un tercero; pero en este caso, el enjuiciado en ningún momento fue tenedor precario de los dineros, objeto del ilícito, sino que para conseguirlo ocurrió a la falsificación de los cheques, alteración de los asientos de los libros de contabilidad, etc., etc., por cuyo medio obtuvo que los bancos le entregaran una suma de casi ciento cincuenta mil pesos, debitando las cuentas corrientes de la Sociedad Nebiolo.

No existe, pues, la nulidad alegada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO INFIRMA la sentencia de fecha 16 de mayo de 1966, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio seguido contra Antonio Estévez Peña por los delitos de falsedad y estafa.

NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

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.

DELITO DE ESTAFA.—FINALIDAD DE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION PENAL.—EL ERROR DE DERECHO Y EL ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION PROBATORIA.

1. Como lo ha expresado la Corte en una de sus doctrinas más reiteradas, la finalidad de la antigua causal segunda de casación, —hoy involucrada en el art. 56 del Decreto 528 de 1964— consiste esencialmente en subsanar los ostensibles errores en que haya incurrido el juzgador de segundo grado, pero en manera alguna se encamina a producir un minucioso replanteamiento valorativo de las pruebas ya analizadas razonablemente por el ad quem, porque ello significaría la sustitución de un examen probatorio por otro, desquiciando la autonomía conceptual del fallador de instancia. Por tanto, para que dicha causal prospere, —ha dicho también esta Sala en múltiples oportunidades— es necesario que el error en la apreciación de la prueba sobre los elementos constitutivos de la infracción, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, sea prominente, manifiesto. No el que se pretenda construír sobre diferencias de interpretación entre el fallo acusado y quien lo impugna.

Al respecto léanse sobre ese particular las sentencias de la Corte de 7 de diciembre de 1954, G. J. Nos. 2.149, T. LXXIX, pág. 346; 6 de febrero de 1963, G. J. Nº 2.266, T. CI., pág. 304; 4 de febrero de 1963, G. J. Nº 2.266, T. CI. pág. 279.

2. El error de derecho en la apreciación probatoria, —ha dicho la Corte—, implica la falsa noción de la ley, a la luz de la cual se examina la prueba, mientras que el error fáctico solo se concibe como la falsa noción del hecho de que la prueba dá cuenta. Ni el uno ni el otro fue demostrado en el presente caso. En consecuencia, se dará aplicación al art. 569 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., veinticuatro de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de JUAN ABUCHAIBE, ABUCHAIBE contra la sentencia de cuatro (4) de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla revocó la absolutoria de primer grado y condenó al reo a la pena principal de cuatro (4) años de prisión y multa de un mil pesos ($ 1.000.00), más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de estafa.

ANTECEDENTES:

I.—*Los hechos.*—RAFAEL ROSADO MAGRI, corredor profesional, recibió del procesado Abuchaibe el encargo de vender una camioneta Fargo, modelo 1960, distinguida con placas KA-3695 de Barranquilla, de color azul, de la cual éste decía ser propietario, por haberla comprado, según expresa en su injurada, "a un señor Víctor M. Vega", y tener los respectivos papeles en regla, tal como él mismo dizque los recibió de Vega y entregó a la Oficina de Tránsito de aquella ciudad.

Rosado Magri, por cierto acompañado de Abuchaibe en alguna oportunidad, logró vender esa camioneta a Manuel Fernández Villa por la suma de veinticuatro mil pesos ($ 24.000.00), que el vendedor procesado recibió a entera satisfacción.

Transcurridos varios días, el comprador, sospechando la mala procedencia de la mentada camioneta, visitó a Rosado Magri para expresarle sus fundados temores y proponerle una "rescisión" de la venta. Abuchaibe, noticiado al respecto, aceptó, y Fernández hizo a su anterior vendedor el traspaso indicativo de la resolución del contrato. Mas como el procesado no devolviese el dinero, el corredor o comisionista Rosado Magri le firmó a Fernández una letra por los veinticuatro mil pesos ($ 24.000.00) y Abuchaibe, a su vez, giró un cheque a favor de Rosado Magri, por igual suma, el dieciséis (16) de junio de mil novecientos sesenta y tres (1963).

Cheque contra el Banco del Comercio, de Barranquilla, marcado con el número 669360, el que fue protestado por "fondos insuficientes". (fs. 28 y 29, Cd. 1º).

Debido a su mala procedencia, la camioneta fue posteriormente decomisada por el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

El denunciante perjudicado, Rosado Magri, afirma que Juan Abuchaibe Abuchaibe se ha negado a pagarle aquella suma, "porque se imaginaba —dice— que yo era la persona que lo había denunciado".

II.—*Historia de la camioneta.*—Automora Gallo & Chaljub, Ltda., importó legalmente al país una camioneta Fargo, modelo 1960, estilo PICK-UP, originalmente de color amarillo y crema, de tres cuartos de tonelada y cuyo motor tenía el número 105868, serie 1160105868, amparada por el manifiesto de aduana número 020858 de 18 de diciembre de 1959, con Registro Nº 990.

Dicho vehículo fue vendido por la Automotora a la señora Herlinda A. de Char y matriculada a su nombre en Barranquilla, con placas de servicio particular número KA-1475. (f. 129, Cd. 1º).

La misma oficina de Tránsito que matriculó la camioneta autorizó, después de más de dos años, el cambio del color original (amarillo y crema) por el de "amarillo bajo y verde aceituno".

La señora de Char declaró, dentro de la investigación, que conserva la propiedad de dicha camioneta y la sigue usando; que no ha celebrado negocio alguno en relación con ella y que siempre ha estado en su poder. (fs. 62 y 63, Cd. 1º).

Aparece —como se ve a folio 123 del mismo cuaderno— que Herlinda de Char manifiesta haber vendido a Héctor M. Vega, con cédula de ciudadanía número 118.126 de San Jacinto, una camioneta con placas F.40059 de Valledupar, en cuya venta se citan todas las especificaciones ya conocidas, con excepción del color, pues aquí figura azul, color que nunca tuvo la suya, y el mismo manifiesto de aduana.

Este documento de traspaso aparece autenticado por el Inspector Primero de Policía de esa ciudad con la cita de las cédulas, entre ellas la de Héctor M. Vega. Esta cédula corresponde (véase fl. 141 id.) a Mesías Vargas Rojas, y Héctor M. Vega no posee cédula laminada, según atestación de la Registraduría Nacional del Estado Civil (Sección de Identificación).

Hecha la anotación correspondiente, Vega hace que en Santa Marta se cambie de placa número F.40059 (fs. 119, Cd. 1º), por la número F.10484. Con este número, la traspasa en la misma ciudad a Juan Abuchaibe (f. 116, id.).

El memorial en el cual se solicita el traspaso (f. 116 vto., id.) está autenticado por el Notario, quien certifica que Vega y Abuchaibe se presentaron personalmente y exhibieron sus respectivas cédulas: 118126 y 1753502. Y ya se sabe que Vega no poseía esa cédula. Y se tiene también, por confesión del procesado, que éste ni siquiera estuvo en la Notaría. (fl. 41 id.).

Posteriormente Abuchaibe solicita en Santa Marta la cancelación de la matrícula del referido vehículo, a fin de matricularlo en Barranquilla, y así se le otorga. (f. 114 y vto., id.).

El 26 de marzo de 1963 matricula la camioneta a su nombre en Barranquilla (f. 109, id.), y se le entregó la placa número KA-3695. (f. 40, id.). Y el 17 de abril del mismo año la traspasa a Manuel Fernández Villa (f. 111), siendo luego devuelto dicho traspaso, como ya hubo de expresarse. (fs. 38 a 39, id.).

LA DEMANDA DE CASACION

Después de relatar los hechos y sintetizar con criterio subjetivo los fallos de primera y segunda instancia, el señor apoderado arguye, en esencia:

Primero.—Violación indirecta de la ley sustantiva, originada en un error de hecho. Consiste aquélla en que no estando probado —según el actor— el artificio o engaño que indujo al perjudicado a entregar su dinero, se ha infringido el artículo 408 del Código Penal, que exige ese elemento para la tipificación del delito de estafa. Dice el impugnante que a juicio del Tribunal el artificio consistió en hacer creer en la legítima procedencia de una camioneta, siendo ésta de contrabando, pero que, realmente, la referida camioneta resulta ser legítima propiedad de Abuchaibe. Así las cosas, el sentenciador de segundo grado incurrió en manifiesto, protuberante error de hecho "al aceptar como demostrado el origen ilícito o de contrabando del vehículo, sin que obrara en el proceso ni un atisbo de prueba que así lo acreditara".

Segundo.—Violación indirecta de la ley sustantiva, originada en error de derecho. Considera el recurrente que el Tribunal ha quebrantado el artículo 408 del C. P., como consecuencia de la errónea apreciación de las pruebas sobre la responsabilidad de su representado.

Afirma que los documentos relacionados en los considerandos del fallo acusado son auténticos y que al no apreciarlos así —pues no se ha desvirtuado la presunción de autenticidad— incurrió el fallador en error de derecho, "ya que a través de una valoración defectuosa, ha deducido responsabilidad para el señor Juan Abuchaibe, conforme al artículo 408 del C. P.". Si se hubiesen estimado esas pruebas documentales en su "tenor y valor legales", habrían desaparecido todos los elementos del cuerpo del delito.

Con el objeto de demostrar el cargo empieza por citar el artículo 251 del C. de P. P., en virtud del cual los documentos auténticos, que son los expedidos con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, constituyen plena prueba de los hechos de que el funcionario dé fe, y que contra esa prueba no se admitirá sino la que acredite la falsedad del documento mismo. Continúa recordando que "en los procesos penales las pruebas se apreciarán por su estimación legal. Toda duda se debe resolver a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla". (Artículo 204 del C. de P. P.). Y agrega:

"No ha sido desvirtuado, ni tachado de falso, ni condenado en Valledupar el funcionario que atesta la autenticación de las firmas de la señora Char (sic) y del señor Vega, puestas en el documento de traspaso hecho por la primera al segundo, con sus respectivas cédulas.

"Ese documento ostenta toda su virtualidad demostrativa. No puede ser destruído con la sola declaración de la señora Char, de que no estuvo en Valledupar, no conoce al señor Vega y de que no ha vendido su carro. Ni siquiera estos extremos se trataron de probar, para sacar valedero el dicho de la mencionada señora.

"En cuanto a la firma de la misma señora, en el documento de traspaso, se considera de su puño y letra, mientras no se demuestre lo contrario. De nada vale la constancia dejada por el señor juez a folio 130, en el sentido de que a simple vista las firmas de esta señora que aparecen en tal documento cotejadas con las que aparecen en el proceso, son disímiles. Es una errónea apreciación probatoria. Basta leer el artículo 256 del C. de P. P., en su parte final.

"Tampoco se ha destruído, en su fuerza probatoria —calibrada legalmente— el documento de venta o traspaso, celebrado en Santa Marta entre el señor Héctor M. Vega y Juan Abuchaibe, con los otros documentos a que hace alusión el fallo acusado. Allí aparece la atestación del Notario del Circuito de Santa Marta, en cuanto a las dos firmas, 'como si hubieran estado presentes y segundo los demás documentos de rigor en esas negociaciones'.

"El Tribunal habla del 'engaño en que pudo (sic) incurrir el Notario atestado'. Pero mientras no se demuestre que éste certificó una falsedad o fue víctima del engaño, su atestación queda en pie. Es obvio.

"Lo mismo dígase de los documentos a que hace referencia el punto d) del proveído en virtud del cual el Tribunal desató el recurso de apelación del auto de detención —proveído que forma parte integrante del fallo que censuramos en casación.— Estos documentos tienen vital importancia.

"¿Cómo negarle autenticidad al certificado según el cual en septiembre 6 de 1963 el vehículo continuaba radicado en cabeza del señor Fernández Villa?

"Entonces, ¿cómo hacer la afirmación temeraria, sin tiznar con ello la reputación de una serie de funcionarios públicos (incluso de los encargados de dar fe pública), de que 'todos esos documentos no ofrecen crédito por cuanto se trataba de amparar la propiedad de un vehículo de oscura procedencia con los papeles de otro que sí eran de legítimo origen?".

Concluye el impugnante con una cita jurisprudencial que atribuye a la tarjeta de matrícula "el valor que el artículo 632 del C. J. enseña para los relacionados en él, frente no solamente al Estado que expidió la matrícula, sino a los terceros".

EL MINISTERIO PUBLICO

En la vista fiscal que obra de folios 27 a 41 del cuaderno número 8 la Procuraduría Segunda Delegada estudia, con la amplitud que juzgó pertinente, la acusación formulada contra la sentencia recurrida. Concluye solicitando que se deseche el recurso de que se trata, conforme al artículo 569 del C. de P. P.

LA CORTE CONSIDERA:

1.—Fuera de las afirmaciones genéricas de que no existe la prueba, en parte alguna del capítulo dedicado al primer cargo se analizan, siquiera someramente, los elementos de juicio que tuvo en cuenta el Tribunal para afirmar no sólo la ilícita procedencia del vehículo sino la consecuente existencia del engaño que determinó la realización del negociado, la disminución del patrimonio de Rosado Magri y el aprovechamiento ilícito que hizo el procesado de los veinticuatro mil pesos ($ 24.000.00).

Por lo demás, como lo ha expresado la Corte en una de sus doctrinas más reiteradas, la finalidad de la antigua causal segunda de casación, —hoy involucrada en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964— consiste esencialmente en subsanar los ostensibles errores en que haya incurrido el juzgador de segundo grado, pero en manera alguna se encamina a producir un minucioso replanteamiento valorativo de las pruebas ya analizadas razonablemente por el *ad-quem*, porque ello significaría la sustitución de un examen probatorio por otro, desquiciando la autonomía conceptual del fallador de instancia. Por tanto, para que dicha causal prospere, —ha dicho también esta Sala en múltiples oportunidades— es necesario que el error en la apreciación de la prueba sobre los elementos constitutivos de la infracción, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, sea prominente, manifiesto. No el que se pretenda construír sobre diferencias de interpretación entre el fallo acusado y quien lo impugna.

2.—Entre los numerosos antecedentes del criterio expuesto en el numeral anterior, importa recordar éstos:

"Habiendo sido alegada, como motivo de casación, la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P., el demandante estaba obligado a analizar todo el caudal probatorio de que se sirvió el juzgador de segundo grado para adoptar una determinada conclusión, ya sobre el cuerpo del delito, o la responsabilidad, o las circunstancias modificadoras del ilícito y de la pena. Ello, porque la verdad de los hechos y las consiguientes deducciones jurídicas las saca el juez de la masa de pruebas que le suministra el proceso, y no de una mera fracción de ellas. El conocimiento y la convicción a que llega el sentenciador es, pues, el resultado de un análisis del conjunto probatorio, y por eso el estudio de la mencionada causal es arduo para el demandante, como lo fue también para el encargado de administrar justicia". (Sentencias de 7 de diciembre de 1954, G. J. número 2.149, T. LXXIX, página 346; 6 de febrero de 1963, G. J. número 2.266, T. CI, página 304).

"Reiteradamente, la Corte ha expuesto su pensamiento sobre la interpretación que debe darse al numeral 2º del artículo 567 del C de P. P., al decir que para que el recurso de casación prospere, es necesario que el Tribunal que haya dictado la sentencia, cuya invalidación se solicita, haya incurrido en error evidente, de gran claridad, en forma tal que, al interpretar la prueba, se aparte de la lógica más elemental para aceptar contenidos que, en realidad, no tiene. (Sentencia de 4 de febrero de 1963, G. J. número 2.266, T. CI, página 279).

3.—En cuanto al segundo cargo, es preciso observar:

a)—Si el argumento se endereza, como parece, a demostrar que el señor Abuchaibe era propietario del vehículo, carece de interés, porque el fallo recurrido no está fundado en la negación de esa propiedad, sino en lo mismo en que se basó el comprador Fernández para deshacer el convenio: en la ilícita procedencia del automotor.

b)—Si el argumento tiende a demostrar que todos los manejos o traspasos han sido correctos, conviene tener en cuenta:

Es evidente, de toda evidencia, que existen dos camionetas: La que compró a sus introductores legítimos y aún posee la señora de Char, y otra. Pero entre las dos hay diferencias y concomitancias. Empezando por las últimas, anota la Corte que ambas son de la misma marca y modelo; del mismo estilo y de igual capacidad.

También es cierto que la de la señora de Char se matriculó con el número de motor 105868, serie 1160105868. Pero es igualmente verdadero que la segunda camioneta, que dicha señora dizque vendió a Héctor M. Vega en Valledupar, para que apareciera como igual a la suya se la hizo aparecer con el mismo número del motor, pero regrabado y con el número de serie desaparecido.

Sobre el particular dice el correspondiente peritazgo:

"Después de examinar minuciosamente la camioneta hemos observado que el número que aparece en el motor de la referida camioneta que es

105868 ofrece los siguientes reparos: el número o cifra CERO se encuentra más abajo de los demás números y las cifras *ocho*, que son dos, se encuentran inclinadas hacia la derecha, demostrando con esto que esta numeración fue regrabada, (sic) es decir que no es original. En este estado el señor juez observa, en asocio de los señores peritos, que el color de la camioneta fue cambiado, pues presenta huellas de pintura de color *verde* debajo del color azul; que el paral trasero izquierdo de la puerta izquierda demuestra que la placa donde viene el SERIAL, es decir el número del Serial, fue desprendido, encontrándose sus cuatro remaches que lo sujetaban...". (fl. 65 y vto., Cd, 1º).

Todo lo cual demuestra que se acudió a una maniobra para que la segunda camioneta pudiera tomarse como la misma de la señora Char. La declaración de ésta y la circunstancia de la falsedad en cuanto a la cédula de Héctor M. Vega, individuo que jamás pudo ser hallado, indican, con lo anterior, que el Tribunal no erró al tener como falso el pretendido traslado, maniobra propia de quienes tratan de hacer aparecer como de legítima procedencia un vehículo mal adquirido, o introducido al país como de contrabando.

Además, al folio 130 del cuaderno primero los peritos anotan la diversidad de las firmas de la señora de Char. Por tanto, tiene razón la Procuraduría cuando en su concepto de fondo escribe:

"Con todo lo anterior, la simulación de la venta de Herlinda de Char a Héctor M. Vega, la inexistencia de la venta de Héctor M. Vega a Abuchaibe, como antecedentes para la transacción de Abuchaibe y Fernández Villa, fueron las circunstancias que hicieron que el H. Tribunal calificara las dos primeras negociaciones como producto de un ilícito, o bien que el automotor había sido introducido al país de contrabando, probablemente". (fl. 36, Cd. Nº 8).

4.—El error de derecho en la apreciación probatoria, —ha dicho la Corte—, implica la falsa noción de la ley, a la luz de la cual se examina la prueba, mientras que error fáctico sólo se concibe como la falsa noción del hecho de que la prueba da cuenta. Ni el uno ni el otro fue demostrado, como se ha visto, en el presente caso. En consecuencia, se dará aplicación al artículo 569 del Código de Procedimiento Penal.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Procuraduría Segunda Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia acusada del Tribunal Superior de Barranquilla.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL DESPACHO DE ORIGEN.

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.



FUERO PENAL MILITAR

El art. 1º del Decreto Nº 1752 de 1965 preceptúa que la competencia de la Justicia Penal Militar para juzgar a los miembros de la Policía Nacional se consagra "con arreglo al Código de Justicia Penal Militar".

Cuando el art. 1º del Decreto Legislativo Nº 1752 de 1965 consagra el fuero penal castrense para los miembros de la Policía Nacional, por los delitos que cometan o hayan cometido, no obstante que no formen parte de las Fuerzas Militares, es cierto que, de manera expresa, no hace excepción alguna en cuanto a la época en que los hechos tuvieron ocurrencia y menos condiciona esa competencia al lapso comprendido entre el 10 de julio de 1953 y el 18 de julio de 1960 (fechas, en su orden, de los Decretos 1814 y 1705), durante el cual la Policía Nacional hizo parte, como cuarto componente de las Fuerzas Militares, pues precisamente indica que los miembros de aquélla serán juzgados por la jurisdicción penal castrense, "sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 40 del Decreto 1705 de 1960", esto es, no obstante que desde la vigencia de este Decreto los miembros de la Policía Nacional, tienen la condición de civiles que, igualmente, tenían antes de la vigencia del Decreto 1814 del 10 de julio de 1953. Pero sí preceptúa dicho art. 1º del Decreto 1752 de 1965 que esa competencia de la justicia penal militar para juzgar a los miembros de la Policía Nacional se consagra "con arreglo al Código de Justicia Penal Militar", o sea, de acuerdo con las normas que regulan la competencia dentro de esta jurisdicción.

Por razón de ésto, la Corte, en providencia de 17 de octubre del corriente año, al dirimir la colisión de competencia surgida entre la justicia penal ordinaria y la jurisdicción penal castrense, en cuanto al conocimiento del proceso seguido contra el Agente de la Policía Nacional, Edgardo Saltarín Torregroza, por el delito de homicidio, señaló que le correspondía el negocio a la justicia penal ordinaria, pues se trataba de un delito común y no había tenido ocurrencia en ninguna de las circunstancias previstas en los ords. 2º y 3º del art. 308 del Código de Justicia Penal Militar.

Pero en este proceso seguido contra algunos miembros de la Policía Nacional, por los delitos de homicidio y robo, no solo se dá la circunstancia de que para la época de los hechos el país se encontraba en estado de sitio (21 a 24 de julio de 1953), sino que ellos se cometieron con ocasión del servicio, según resulta de la síntesis de lo ocurrido.

Corresponde, por tanto, conocer de este negocio a la justicia penal militar, sin embargo de que los hechos tuvieron lugar entre el 21 y el 24 de junio de 1953, o sea antes de la fecha del Decreto Legislativo Nº 1814 del mismo año, expedido el 10 de julio, Decreto por el cual se incorporó a las Fuerzas de la Policía Nacional a las Fuerzas Militares, atendido que el Decreto 1752 de 1965, como se dejó anotado, al consagrar el fuero penal castrense para los miembros de la Policía Nacional, en cuanto a los delitos que cometan o hayan cometido, no hace excepción alguna en cuanto a la época en que los hechos tuvieron ocurrencia, ni condiciona esa competencia al lapso en que la Policía Nacional hizo parte de las Fuerzas Militares, como cuarto componente de éstas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre primero de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Para resolver la colisión de competencias surgida entre la INSPECCION GENERAL de LAS FUERZAS DE LA POLICIA NACIONAL y el JUZGADO QUINTO SUPERIOR DE BOGOTA, en cuanto al conocimiento del proceso seguido contra Luis Alberto Cristancho de José, Carlos Alfonso Espejo Peña, José Manuel Solórzano Guevara, Carlos Julio Rugeles Vega, Pedro Antonio Mantilla, José Narváez Martínez, Pablo Emilio Vargas Campo, Daniel Páez Rodríguez, Josué Elías Pérez Chaparro y otros, todos miembros de la Policía Nacional para la época de los hechos (24 de junio de 1953), por los

delitos de homicidio en las personas de Aristides Segura, Arturo Bolaños y José María Espitia y robo en contra de los intereses económicos de estos mismos, la Corte toma en cuenta lo siguiente:

Primero: HECHOS.

En el auto de proceder proferido por el Juzgado Quinto Superior de Bogotá el 8 de mayo de 1963, se hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"El 21 de junio de 1953, por orden del Sargento de la Policía, en ese entonces Alcalde Militar de Topaipí, señor Luis Alberto Cristancho de José, fueron detenidos en las cárceles del lugar los ciudadanos Arturo Bolaños, Aristides Segura y José M. Espitia, contra quienes no se inició proceso alguno conocido. En las horas de la noche del día 24 del mismo mes y año, los citados señores fueron torturados por los policiales, con choques eléctricos provenientes de un motor de radiotransmisiones; las súplicas de los torturados así como sus gritos penetrantes y lastimeros de dolor, conmovieron a los habitantes de Topaipí y parece que también a los modernos inquisidores, puesto que pusieron término a los sufrimientos de las víctimas, dándoles muerte en el paraje vecino, denominado 'Corinto'. Allí pusieron una guardia para impedir el acceso del público y como dos muchachos del lugar la burlaran, para su escarmiento fueron obligados a arrastrar con cuerdas los cadáveres por el lecho de una quebrada, en cuyas piedras fueron quedando vestiduras y piltrafas, que desfiguraron horripilantemente los cuerpos. El tiempo y los animales hicieron el resto. En el cementerio de Topaipí hoy sólo queda inhumado un cráneo, perteneciente a una de las víctimas".

Segundo: Fundamentos que anotan los jueces que plantean la colisión de competencias.

Adelantado el juicio y verificado ya el sorteo de jurados en el Juzgado Quinto Superior de Bogotá, y por solicitud del señor apoderado del Sargento de la Policía Nacional, señor Luis Alberto Cristancho de José, el Juzgado Quinto Superior de Bogotá, mediante providencia de 23 de julio de 1965, dispuso: "Como lo solicita el doctor Manuel A. Sevillano Quiñones en el anterior memorial, y de conformidad con lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1752 del año en curso, remítase el presente negocio, por competencia, y por conducto de la Brigada de Institutos Militares, a la Justicia Castrense".

Recibido el asunto en la Inspección General de las Fuerzas de la Policía Nacional, no aceptó ser competente el Comando de esa entidad para conocer y dispuso enviar el proceso al Juzgado Quinto Superior de Bogotá. En la providencia de 18 de septiembre de 1965 (fs. 242 a 247 del Cd. 3º) se dice:

"El hecho jurídico de la expedición del Decreto 1752, de 2 de julio de 1965, no implica que se adquiera de facto el fuero penal militar para la Policía Nacional. Este decreto se aplica teniendo en cuenta la Ley 153 de 1887, que en sus artículos 40 a 43 establecen: 'Art. 40: Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación'.—Art. 43: 'La ley preexistente prefiere a la ley ex-post facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla sólo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40'.

"El Decreto 1426 de 1954, de mayo 4, le dio el fuero militar a la Policía Nacional y desde esa fecha (mayo 4 de 1954) la jurisdicción castrense conoce de los delitos cometidos o que cometan los miembros de la Policía Nacional, conforme a lo establecido en el Decreto 250, de 11 de julio de 1958.

'El fuero penal militar no es retroactivo al momento en que se le concedió ese fuero legal, con base en el artículo 58 de la Constitución Nacional, cuando dijo, 'demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, administran justicia'. El hecho de la expedición del Decreto 1752 de 1965 se debió a que con la redacción del artículo 40 del Decreto 1705 de 1960, en incidentes procesales de colisión de competencias y en recursos extraordinarios de casación, la Policía Nacional ha sufrido quebrantos a causa de la interpretación que la H. Corte Suprema de Justicia ha dado a dicha norma. Por eso el Decreto dice que 'sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 1705 de 1960, la justicia

penal militar continuará con la competencia para conocer y decidir de los delitos cometidos o que se cometan por los miembros de la Policía Nacional, con arreglo al Código de Justicia Penal Militar'... Estando vigente el Decreto 250 de 1958 y siendo ley de la República (Ley 141 de 1961) están vigentes los artículos 284, 285, 286 del Código de Justicia Penal Militar. Además, la facultad extraordinaria de la Ley 19 de 1958, reflejada en el Decreto 1705 de 1960, no iba hasta el extremo de derogar o reformar un código, llevándose por delante la Constitución. Simplemente se trata de un decreto reorgánico del Ministerio de Guerra y no de un decreto que reformara el estatuto castrense, pues por información debemos de recordar y saber que sólo la Ley 27 de 1963 le concedió, en su artículo 2º, autorización al Ejecutivo para que con base en el artículo 76 de la Constitución Nacional, numeral 12, modificara el Código de Justicia Penal Militar. El señor Presidente de la República no modificó en su oportunidad el Código de Justicia Penal Militar, o sea que el actual Código Castrense se halla vigente y no ha sido declarado inexequible o sea que es Ley de la República, que hay que cumplir.

"....

"Los hechos materia de la investigación fueron cometidos antes del 4 de mayo de 1954, fecha en la cual adquirió el fuero militar, para el caso que nos ocupa, la Policía Nacional.

"Encontrándose ejecutoriado el auto de proceder, se debe cumplir lo establecido en la Ley 153 de 1887, en sus artículos 40 y 43 y regresar el proceso al señor Juez Quinto Superior del Distrito Judicial de Bogotá".

El Juzgado Quinto Superior de Bogotá insistió en que no tenía competencia para conocer y, en consecuencia, por auto de 11 de octubre de 1965 resolvió remitir el proceso a la Corte.

Sin embargo, el expediente, con manifiesta equivocación, el Juzgado Quinto Superior de Bogotá pasó el proceso al Comando del Departamento de Policía de Cundinamarca y éste sólo lo envió a la Corte el 23 de noviembre del corriente año de 1966, lo que dio lugar a una demora de más de doce meses.

En ese proveído de 11 de octubre de 1965, expresa el Juzgado Quinto Superior de Bogotá:

"Inspirado el Gobierno en un criterio muy subjetivo sobre las causas de perturbación y maneras de restablecer el orden público, ordenó que a partir del 2 de julio de 1965 serán los jueces y tribunales de la Justicia Castrense quienes conozcan y decidan no sólo de los delitos que a partir de esa fecha cometan los miembros de la Policía Nacional, sino también de los que hasta entonces hubieran cometido con anterioridad, sin limitación ni calificación alguna en el tiempo, dado que se expresó inequívocamente, mediante el participio en tiempo pretérito de 'cometidos', lo que lleva a concluír que ese mandamiento soberano igualmente debe cumplirse con respecto a los procesos penales adelantados contra miembros de la Policía Nacional y que a la fecha de entrar a regir no estuvieran fenecidos. Si la intención hubiera sido la de excluír procesos penales con auto de proceder válidamente ejecutoriados, así lo hubiera declarado el legislador ejecutivo, por manera que, si así no lo hizo, indudablemente fue porque quiso estimular en los miembros de la Policía Nacional un mejor espíritu de cooperación efectiva al restablecimiento del orden, sin que en tales propósitos se vieran inhibidos por temor a las decisiones de la justicia ordinaria, dado que es apenas natural que elementos formados militarmente tengan más confianza en los juicios de sus superiores jerárquicos.

"Así las cosas, estima este Despacho que es a la Justicia Penal Militar a quien corresponde seguir conociendo del proceso *sub-judice*, mientras subsista la vigencia del Decreto 1752, de 2 de julio de 1965...".

Tercero: El fuero penal castrense, en cuanto a los miembros de la Policía Nacional.

Sobre este particular, cabe señalar:

1).—Los diferentes fines señalados en la Constitución Nacional al Ejército (o Fuerzas Militares) y a la Policía Nacional, explican la distinción que hace la Carta entre estos dos componentes de la Fuerza Militar. La doctrina constitucional señala como misión del Ejército (o Fuerzas Militares) la defensa de las instituciones, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio y la ejecución de sus compromisos internacionales. Estos supremos intereses, colocados bajo el amparo del Ejército (o Fuerzas Militares), concretamente los indica el artículo 16 de la Constitución de Francia, de 1958. En cambio, a las Fuerzas de Policía, según lo dijo la Corte en fallo de 1º de diciembre de 1930 (G.J.t.XXXI, p. 31), corresponde

una función esencialmente preventiva "y de protección social; debe ser la mano fuerte, el apoyo decidido para conservar el orden público y respaldar las decisiones del poder judicial".

Dentro del concepto genérico de "fuerza pública" y de "fuerza armada", comprende la Constitución Nacional tanto al Ejército (o Fuerzas Militares), como a la Policía Nacional y a los demás "Cuerpos armados de carácter permanente", sin que ello implique que todos sean militares, pues para lo único que la Carta los asimila es para disponer que "no es deliberante" la fuerza armada, ni mientras permanezcan en servicio activo pueden sus miembros (ya del Ejército, o de la Policía o de los Cuerpos armados de carácter permanente) "ejercer la función del sufragio, ni intervenir en debates políticos" (art. 168 de la Constitución Nacional).

Es obvio, entonces, que cuando la Carta se refiere a los militares, excluye de tal concepto a los miembros de la Policía Nacional y de los demás "cuerpos armados de carácter permanente".

2).—El artículo 170 de la Constitución Nacional dice:

"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".

Es en este precepto en donde se establece el fuero penal castrense. Y de la letra de esta norma se desprende, de manera clara, que únicamente alude a los militares en servicio activo.

3).—Mediante el Decreto Legislativo número 1814, de 10 de julio de 1953, las Fuerzas de la Policía Nacional fueron incorporadas al Ejército Nacional (a las Fuerzas Militares), como cuarto componente. A partir de esa fecha y hasta la expedición del Decreto 1705 de 1960 (de 18 de julio) que dispuso la desincorporación de aquéllas de las Fuerzas Militares, es evidente que los miembros de la Policía Nacional estuvieron sometidos al Fuero Penal Castrense, pues tuvieron el carácter de militares y la norma contenida en el artículo 170 de la Carta, en consecuencia, les era pertinente.

A esa incorporación de la Policía Nacional a las Fuerzas Militares, ordenada por el citado Decreto Legislativo número 1814 de 1953 (de 10 de julio), se refiere el Decreto Legislativo número 0377, de 13 de septiembre de 1957, así:

"Las Fuerzas Armadas comprenden:
"El Ejército;
"La Armada;
"La Fuerza Aérea;
"Las Fuerzas de Policía;
"La Dirección General de los Servicios, y
"Las formaciones o Cuerpos que se destinen posteriormente".

Y luego de referirse el Decreto Legislativo número 0377 de 1957 a los Comandos del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, también menciona el Comando de las Fuerzas de Policía.

Esto es, que a más de los tres cuerpos que ahora indica el Decreto-Ley 1705 de 1960, para aquel entonces existió otro dentro de las Fuerzas Militares: el de las Fuerzas de Policía.

Después de hacer mención de las "Fuerzas Militares", este Decreto-Ley número 1705 de 1960, en el artículo 36, señala que "los Comandos de fuerzas están integrados por los Comandantes del Ejército, de la Armada Nacional y de la Fuerza Aérea". Así, pues, este estatuto, excluyó a las Fuerzas de la Policía Nacional de las Fuerzas Militares, pues ya no dependen del Comando General de éstas, sino de su Director General y del Ministerio de Guerra, para los efectos de su organización, administración, inspección y vigilancia (art. 42 del Decreto-Ley 1705 de 1960).

En consecuencia y como ya se dejó anotado, luego de entrar en vigencia el Decreto-Ley 1705 de 18 de julio de 1960, las Fuerzas de la Policía Nacional dejaron de estar sometidas a la jurisdicción penal castrense, pues fueron excluídas de las Fuerzas Militares, para adquirir ese Cuerpo el carácter de institución civil, como lo señala el artículo 40 de este estatuto.

4).—No se trata, como anota la Inspección General de las Fuerzas de la Policía Nacional, de que el Decreto-Ley 1705 de 1960 haya derogado (que no lo hizo) disposiciones del Código Penal Militar (arts. 284 a 286) que equiparan a las Fuerzas de la Policía Nacional con las Fuerzas Militares, para someter a aquéllas a la jurisdicción penal castrense, sino de que, al desincorporar aquel estatuto a los miembros de la Policía Nacional de las Fuerzas Militares, tanto el Código Penal Militar (Decreto Legislativo número 250 de 1958) en los artículos mencionados, como el Decreto Legislativo número 2900 de 3 de noviembre de 1953 (que dispuso que

"los procesos penales en curso contra miembros de la Policía que tengan fuero militar en virtud de la incorporación de éstos a las Fuerzas Armadas, son de competencia de la jurisdicción penal militar"), resultan contrarios al artículo 170 de la Carta, el cual es de aplicación preferente (art. 215 de la Constitución Nacional).

Bien podía el Código Penal Militar (Decreto Legislativo número 250 de 1958), como lo hizo el Decreto Legislativo número 2900 de 1953, someter a las Fuerzas de la Policía Nacional a la jurisdicción penal castrense, pues sus miembros, con anterioridad, en virtud del Decreto Legislativo número 1814, de 10 de julio de 1953, adquirieron el carácter militar y les era pertinente, como se dejó dicho, lo dispuesto en el artículo 170 de la Constitución Nacional. Pero desincorporadas las Fuerzas de la Policía Nacional de las Fuerzas Militares, en virtud del Decreto 1705 de 1960, es obvio que no pueden aplicarse, en lo que respecta, las normas de aquellos otros decretos (el 2900 de 1953 y el 0250 de 1958) por resultar contrarios al artículo 170 de la Carta, como se ha señalado.

5).—Otra cosa es que el Decreto Legislativo número 1752 de julio 2 de 1965, expedido en uso de las facultades que le confiere al Presidente de la República el artículo 121 de la Constitución Nacional, suspendiendo en lo pertinente lo que dispone la Carta (art. 170), en cuanto consagra el fuero penal castrense sólo para los militares en servicio activo, extiende el conocimiento de la jurisdicción penal militar a "los delitos cometidos o que se cometan por los miembros de la Policía Nacional, con arreglo al Código de Justicia Penal Militar", no obstante lo que señala el artículo 40 del Decreto-Ley 1705 de 1960, vale decir, sin embargo de que tengan aquéllos el carácter de civiles.

La Sala Plena de la Corporación, en sentencia de 13 de julio del corriente año, al resolver sobre el cargo de inexequibilidad propuesto contra los artículos 1º, 3º, 8º y 9º del Decreto Legislativo número 1290 de 1965 (estatuto éste que atribuyó a la Justicia Penal Militar el conocimiento de algunos delitos definidos y sancionados en la ley penal común, así fuesen cometidos por civiles), declaró que los preceptos acusados no son contrarios a la Carta, pues expedido ese decreto con fundamento en las facultades que al Gobierno Nacional le confiere el artículo 121 de la Constitución, bien podía apartarse de la norma contenida en el artículo 170 de la misma, para extender a los civiles la competencia de la Jurisdicción Penal Militar, en el juzgamiento de las infracciones penales que tal estatuto menciona.

Cuarto: La competencia para conocer de este proceso.

Cuando el artículo 1º del Decreto Legislativo número 1752 de 1965 consagra el fuero penal castrense para los miembros de la Policía Nacional, por los delitos que cometan o que hayan cometido, no obstante que no formen parte de las Fuerzas Militares, es cierto que, de manera expresa, no hace excepción alguna en cuanto a la época en que los hechos tuvieron ocurrencia y menos condiciona esa competencia al lapso comprendido entre el 10 de julio de 1953 y el 18 de julio de 1960 (fechas, en su orden, de los Decretos 1814 y 1705), durante el cual la Policía Nacional hizo parte, como cuarto componente, de las Fuerzas Militares, pues precisamente indica que los miembros de aquélla serán juzgados por la jurisdicción penal castrense, "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 1705 de 1960", esto es, no obstante que desde la vigencia de este decreto los miembros de la Policía Nacional tienen la condición de civiles que, igualmente, tenían antes de la vigencia del Decreto 1814 de 10 de julio de 1953. Pero sí preceptúa dicho artículo 1º del Decreto 1752 de 1965 que esa competencia de la Justicia Penal Militar para juzgar a los miembros de la Policía Nacional se consagra "*con arreglo al Código de Justicia Penal Militar*", o sea, de acuerdo con las normas que regulan la competencia dentro de esta jurisdicción.

Por razón de esto, la Corte, en providencia de 17 de octubre del corriente año, al dirimir la colisión de competencias surgida entre la justicia penal ordinaria y la jurisdicción penal castrense, en cuanto al conocimiento del proceso seguido contra el agente de la Policía Nacional, EDGARDO SALTARIN TORREGROZA, por el delito de homicidio, señaló que le correspondía el negocio a la justicia penal ordinaria, pues se trataba de un delito común y no había tenido ocurrencia en ninguna de las circunstancias previstas en los ordinales 2º y 3º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar. De dicha providencia cabe transcribir lo siguiente:

"Atendida la anterior relación de lo ocurrido, es obvio que se trata de un delito común el que se imputa al agente de la Policía Nacional, señor Saltarín Torregroza, como que el homicidio militar requiere que "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo...", el militar..., "cause la muerte de otra persona, con intención de matar" (art. 194), si es que se habla de un homicidio simplemente voluntario, como aperecen calificados los hechos en el auto de proceder.

"....

"Es cierto que el artículo 1º del Decreto 1752 de 1965, proferido dentro de la situación de estado de sitio ahora vigente, ordena que 'sin perjuicio de lo que dispone el artículo 40 del Decreto 1705 de 1960, la Justicia Penal Militar continuará con la competencia para conocer y decidir de los delitos cometidos o que se cometan por los miembros de la Policía Nacional...'. Pero, como lo anota este mismo precepto, ello es 'con arreglo al Código de Justicia Penal Militar'.

"En cuanto a los delitos comunes que cometan los militares en servicio activo o los civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas, se tiene que de ellos únicamente conoce la Jurisdicción Penal castrense en los siguientes casos:

'a).—Cuando se cometan en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior.

"b).—Si se llevan a cabo en territorio extranjero invadido, a bordo de buques de la Armada o de aeronaves militares colombianas, o que estén al servicio de las Fuerzas Armadas de la República.

"Así resulta de lo que se dice en los ordinales 2º y 3º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar.

"Pues bien, los hechos averiguados no se acomodan a ninguna de tales hipótesis, pues no tuvieron lugar en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior, situaciones que no existían el 29 de junio de 1962, cuando fue muerto el nombrado Ostia García. Ni acaecieron en territorio extranjero invadido, ni a bordo de buques de la Armada o de aeronaves militares colombianas, o que estén al servicio de las Fuerzas Armadas de la República. La circunstancia de que en la actualidad y desde el día 21 de mayo de 1965, en virtud del Decreto 1288 de ese año, se encuentre 'en estado de sitio todo el territorio nacional', no lleva a que los delitos comunes cometidos por militares o por los Agentes de la Policía Nacional antes de aquella fecha, y cuando no tenía el país ninguna de las situaciones de que trata el ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, sean conocidos por la Jurisdicción Penal castrense, pues de manera clara ese ordinal segundo se refiere a 'los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares..., en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior'. Esto es, se toma en cuenta sólo las infracciones ocurridas dentro de esas situaciones de anormalidad".

Pero en este proceso seguido contra LUIS ALBERTO CRISTANCHO DE JOSE y otros miembros de la Policía Nacional, por los delitos de homicidio y robo, no sólo se da la circunstancia de que para la época de los hechos el país se encontraba en estado de sitio (21 a 24 de junio de 1953), sino que ellos se cometieron con ocasión del servicio, según resulta de la síntesis de lo ocurrido, atrás transcrita.

Corresponde, por tanto, conocer de este negocio a la justicia penal militar, sin embargo de que los hechos tuvieron lugar entre el 21 y 24 de junio de 1953, o sea antes de la fecha del Decreto Legislativo número 1814 del mismo año, expedido el 10 de julio, decreto por el cual, como se ha anotado, se incorporó a las Fuerzas de la Policía Nacional a las Fuerzas Militares, atendiendo que el Decreto 1752 de 1965, como se dejó anotado, al consagrar el fuero penal castrense para los miembros de la Policía Nacional, en cuanto a los delitos que cometan o hayan cometido, no hace excepción alguna en cuanto a la época en que los hechos tuvieron ocurrencia, ni condiciona esa competencia al lapso en que la Policía Nacional hizo parte de las Fuerzas Militares, como cuarto componente de éstas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DIRIME la colisión de competencias de que se ha hecho mérito en el sentido de DECLARAR que el conocimiento de este proceso le corresponde a la Justicia Penal Militar y no al Juzgado Quinto Superior de Bogotá.

Devuélvase el expediente al Comando del Departamento de la Policía Nacional de Cundinamarca, y envíese copia de este proveído al Juzgado Quinto Superior de Bogotá.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

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 C., Secretario.

APRECIACION DE LA PRUEBA EN EL RECURSO DE CASACION.—MERITO DEL TESTIMONIO DE LA VICTIMA O DE SUS INMEDIATOS FAMILIARES

1. Es lo excepcional, por el delito que implica y por perversidad que pone de manifiesto, que quien ha sido víctima de un atentado contra la integridad personal, por enemistad con determinada persona o por odio hacia élla, le atribuya, a sabiendas de que es inocente, la autoría de tal ilícito, dejando en la sombra al verdadero responsable, únicamente para ejercitar una venganza contra el falsamente acusado.

2. Tiene razón, el señor agente del Ministerio Público cuando anota que ha sido uniforme la doctrina "en afirmar que el testimonio de la víctima o de sus familiares inmediatos, es plenamente creíble en cuanto a la autoría del delito se refieren y solamente debe analizarse con reservas en lo que respecta a las modalidades de la infracción, ya que el rencor, el afecto, el odio, pueden agravar tales circunstancias".

3. La buena conducta anterior del procesado no incide en la resolución condenatoria, sino en la dosimetría de la pena. Aquélla, por sí sóla, no demuestra la inocencia del sindicado. Y en cuanto a la dosificación de la sanción impuesta, el fallo acusado alude sólo a las circunstancias de mayor peligrosidad previstas en los numerales 3º y 7º del art. 37 del C. P. (motivos innobles o fútiles y abuso de las condiciones de inferioridad personal del ofendido) y nó a las señaladas en los ordinales 1º y 2º (antecedentes de depravación y libertinaje, o haber incurrido, anteriormente, en condenaciones judiciales o de policía).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., diciembre dos de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Cumplido el trámite correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Sogamoso, de veintinueve de abril del corriente año, por la cual le fue impuesta al procesado JUAN EVANGELISTA HOLGUIN TEJEDOR la pena principal de treinta y seis (36) meses de presidio, como responsable del delito de lesiones personales cometido en la persona de FILIBERTO O. TORRES.

Conoció en primera instancia el Juzgado Promiscuo Municipal de Tópaga (Boyacá).

HECHOS Y DESARROLLO DEL PROCESO.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"Viejas rencillas, agravadas por pleitos, denuncias, quejas y discusiones, distanciaban a Filiberto Torres de Evangelista Holguín Tejedor, el cual, a las cinco y media de la tarde del 22 de abril de 1964, en la vereda de 'San Judas Tadeo', municipio de Tópaga, oculto tras un matorral cercano a su casa de habitación, atalayó el paso de Filiberto Torres y tan pronto éste llegó a dicho sitio, procedió a atacarlo a piedra, causándole lesiones personales que le produjeron treinta días de incapacidad y perturbación funcional transitoria en la extensión del brazo izquierdo".

El juzgador de primer grado llamó a juicio al acusado HOLGUIN TEJEDOR el 19 de febrero de 1965 y su resolución fue confirmada por el Tribunal Superior de Sogamoso, concretando que el cargo es el de lesiones personales. Y mediante sentencia fechada el 8 de febrero del corriente año, el Juzgado Promiscuo Municipal de Tópaga condenó al nombrado Holguín Tejedor a la pena principal de treinta y seis meses de presidio, proveído éste que asimismo confirmó el juzgador de segunda instancia por medio del fallo materia del recurso de casación.

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO.

La doctora María Inés González de Cabana, quien con ejemplar cuidado y diligencia tomó

a su cargo la defensa del sindicado HOLGUIN TEJEDOR, en demanda que se ajusta a la técnica del recurso, propone las causales de casación señaladas en los ordinales 1º y 4º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, así:

a).—*Causal primera:*

Dice que "por errada interpretación o apreciación de la prueba, en la sentencia recurrida se atribuyó a algunas el valor probatorio que no tienen, negándose a otras el que sí ofrecen".

Afirma que fueron equivocadamente apreciadas las siguientes pruebas:

a).—El testimonio del ofendido, FILIBERTO O. TORRES CASTRO, porque, anota la actora, "probada como está de autos la enemistad entre denunciante y sindicado, mediante la prueba testimonial que se aportó y especialmente por los informes de Secretaría (fs. 13 v. a 14 y 59 del Cd. 1), informes de los que se desprende que el procesado ya había sido con anterioridad víctima de continuas sindicaciones por parte del denunciante, se está en presencia de una imputación más proveniente de enemigo que de ofendido, como tal. Esta condición en el denunciante demerita su testimonio en su elemento subjetivo, no pudiendo, entonces, decirse que su declaración es prueba absoluta de imputación...". Y tanto menos, cuando "no hay otros elementos de juicio que la respalden".

b).—Las declaraciones de MARTIN TEJEDOR, SILDANA DE ORDUZ, ISIDRO HURTADO, DOMINGO COLMENARES y RITA DE ROJAS, así como los informes de Secretaría sobre diversas querellas, por cuanto, observa la demandante, "no fueron transcritos ni comentados en el texto de la sentencia recurrida, ni en la sentencia de primera instancia. Y esos elementos de juicio son indicadores de la enemistad existente entre Filiberto O. Torres y Juan Evangelista Holguín, así como de los continuos pleitos entre dichos señores".

Manifiesta que el Tribunal Superior de Sogamoso, en vez de tomar en cuenta la enemistad que existía entre denunciante y sindicado, para hacer una más severa crítica de lo aseverado por aquél, la consideró, en cambio, como un indicio de la responsabilidad de Juan Evangelista Holguín, quien enfáticamente rechaza el cargo que le hace Torres Castro.

c).—El testimonio de JORGE EMILIO TEJEDOR, pues de su aseveración de que HOLGUIN "es calumniante, grosero, que le gusta el disgusto y trabaja los días festivos", dedujo el Tribunal Superior de Sogamoso un supuesto indicio de capacidad para delinquir del sindicado, así como la circunstancia agravante de una inexistente mala conducta anterior, lo cual influyó en la dosimetría de la sanción.

d).—Que no se tuvo en cuenta que el sindicado no registra antecedentes penales, ni policivos. Sin embargo, expresa la actora, a Juan Evangelista Holguín se "le privó de su calidad de hombre de buena conducta anterior y de consiguiente imperó en su contra la calidad subjetiva de antisocial, que repercutió en el fallo, al momento de imponérsele la pena principal".

b).—*Causal cuarta:*

Afirma la demandante que la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad, porque al ser llamado a juicio el sindicado HOLGUIN se tomaron en cuenta, para determinar el cargo de lesiones personales, reconocimientos médicos que aluden a heridas que sufriera el denunciante en el brazo derecho y, en cambio, en el fallo recurrido se mencionan heridas que presentó el señor Torres Castro en el brazo izquierdo.

Asevera que "esta irregularidad sobre la comprobación del cuerpo del delito en su aspecto material, condujo necesariamente a formular un cargo sobre un hecho no demostrado y de consiguiente, en nulidad de carácter constitucional, violándose el artículo 26 de la Carta, al haberse pretermitido formas propias del juicio, en detrimento de los derechos del acusado".

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal estima que ninguno de los cargos hechos a la sentencia impugnada tienen demostración y solicita, en consecuencia, que no se invalide el fallo del Tribunal Superior de Sogamoso, de que se ha hecho referencia.

CONSIDERA LA CORTE:

A).—En cuanto a la causal primera de casación invocada por la demandante, se tiene que, evidentemente, no prospera, pues no incurrió el Tribunal Superior de Sogamoso en error manifiesto en la apreciación de los elementos de juicio tomados en cuenta para condenar al sindicado Juan Evangelista Holguín, por el delito de lesiones personales de que fue víctima Filiberto O. Torres Castro.

En diversas oportunidades ha señalado la Corte que su facultad para estimar las pruebas dentro del recurso de casación, "se limita a aquellos casos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad". (G.J.t.LXXXI, Nos. 2160-2161, ps. 845 y 846 y otros).

En el presente caso, se tiene:

1º—Es lo excepcional, por el delito que implica y por perversidad que pone de manifiesto, que quien ha sido víctima de un atentado contra la integridad personal, por enemistad con determinada persona o por odio hacia ella, le atribuya, a sabiendas de que es inocente, la autoría de tal ilícito, dejando a la sombra el verdadero responsable, únicamente para ejercitar una venganza contra el falsamente acusado.

Por esta razón, no puede atribuírse al Tribunal Superior de Sogamoso un yerro manifiesto al dar crédito a las aseveraciones del denunciante, atendido que ellas no resultan desvirtuadas sino por lo que niega el sindicado Juan Evangelista Holguín. Dice, en efecto, el señor Torres Castro:

"... de golpe, a mansalva, Juan E. Holguín... estaba escondido a un lado hacia la parte superior del camino, entre unas matas de chilco; Juan E. Holguín estaba vestido de pantalón carmelito, ruana y sombrero negro, y como ya dije, de la parte superior del camino me asestó una pedrada en el brazo izquierdo, abájito del hombro, rompiéndome el brazo por completo...". (Denuncio, f. 2 del Cd, 1). Y en diligencia de careo con el sindicado, expresa: "Los hechos sucedieron así: A eso de las cinco de la tarde, más o menos... el denunciado, de repente, salió de la parte superior donde se forma un sardinel en el camino, de donde estaba escondido o situado detrás de unas piedras y matas y villanamente me dio de pedradas... Estaba, poco más o menos, a una distancia de dos metros, y lo conocí perfectamente que era este señor Juan Evangelista Holguín (lo muestra con el dedo); yo no tengo por qué dar un juramento falso, haciéndole cargos a quien no me ha hecho mal, porque fue Juan Holguín el que me atacó; no fueron ni sus hijos ni ninguna otra persona y tengo que darle cuenta a Dios, y alcanzo a recordar que llevaba vestido un saco negro y pantalón carmelito; llevaba una ruana negra y estaba con sombrero negro, y lo vi cuando me cayó la primera piedra; alcancé a volver la vista rápido y lo vi...". (f. 19 v. a 21 del Cd. 1).

Tiene razón, por tanto, el señor Agente del Ministerio Público cuando anota que ha sido uniforme la doctrina "en afirmar que el testimonio de la víctima o de sus familiares inmediatos, es plenamente creíble en cuanto a la autoría del delito se refiere, y solamente debe analizarse con reservas en lo que respecta a las modalidades de la infracción, ya que el rencor, el afecto, el odio, pueden agravar tales circunstancias".

Y en cuanto a la tacha que hace la actora al indicio que deduce el fallador de segunda instancia de la enemistad existente entre el sindicado y el denunciante, es obvio que no tiene la fuerza suficiente para fundamentar un supuesto error en la apreciación de esa prueba, pues es dable admitir que ese estado de ánimo explica el ataque que Holguín cumplió contra Torres Castro. Los testimonios de Martín Tejedor, Sildana de Orduz, Isidro Hurtado, Domingo Colmenares y Rita de Rojas, así como los informes de Secretaría, dan cuenta de esa enemistad entre Holguín y Torres Castro.

La buena conducta anterior del procesado Holguín no incide en la resolución condenatoria, sino en la dosimetría de la pena. Aquélla, por sí sola, no demuestra la inocencia del sindicado y en cuanto a la dosificación de la sanción impuesta, el fallo acusado alude sólo a las circunstancias de mayor peligrosidad previstas en los numerales 3º y 7º del artículo 37 del Código Penal (motivos innobles o fútiles y abuso de las condiciones de inferioridad personal del ofendido) y no a las señaladas en los ordinales 1º y 2º (antecedentes de depravación y libertinaje, o haber incurrido, anteriormente, en condenaciones judiciales o de policía).

B).—Tampoco prospera la causal cuarta de casación propuesta por la demandante, porque no se incurrió en el auto de proceder en yerro alguno que dejara sin suficiente claridad el cargo hecho al sindicado.

Es cierto que en esa providencia se cita el primer informe médico (fechado el 27 de abril de 1964, f. 4 del Cd. 1), el cual alude a lesiones sufridas por Torres Castro en el hombro y brazo derechos, siendo así que las heridas le fueron

ocasionadas en el hombro y brazo izquierdos. Pero a esta equivocación se refiere el mismo auto de vocación a juicio para indicar cómo, de la historia clínica y de la certificación de la Oficina de Medicina Legal de Tunja se desprende una completa aclaración de tal yerro.

No se lesionó, por tanto, el derecho de defensa del sindicado por una supuesta oscuridad en el cargo que se le hizo al ser llamado a responder en juicio, porque en el mismo auto de proceder se llevó a cabo una completa aclaración del error cometido por el médico legista de Sogamoso, en su primer concepto.

A este respecto, manifiesta el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal lo que pasa a transcribirse:

"La distinguida apoderada olvida que el señor juez, ante tal contradicción, solicitó ampliación al señor médico de la Oficina Central de Medicina Legal de Tunja, para que explicara la contradicción y este distinguido legista insistió en que el callo óseo generante de la perturbación estaba localizado en el tercio inferior humeral izquierdo, insinuando al señor juez que solicitara la historia clínica de Filiberto Torres al hospital donde fue atendido, el testimonio del médico tratante, las radiografías correspondientes, y sobre estos datos, determinar si las lesiones fueron en el brazo derecho o en el izquierdo, si la fractura fue del fémur o del húmero izquierdo. Si lo primero, la lesión que determina la perturbación no puede atribuirse al procesado. Si lo segundo, hubo 'una equivocación involuntaria del dictamen pericial' (f. 100 del Cd. 1), y que ante tal insinuación se solicitó copia auténtica de la historia clínica, la cual obra al f. 103 del cuaderno principal, y según la cual Filiberto Torres ingresó al Hospital San José de Sogamoso para tratamiento el 25 de abril de 1964, y además de las perturbaciones pulmonares, presentaba fractura del *brazo izquierdo* y costillas del mismo lado, habiéndosele operado para la fractura de dicho brazo izquierdo, con lo cual quedó plenamente demostrado que el equivocado fue el médico legista de la zona de Sogamoso, doctor Uldarico Téllez, máxime cuando nada se habla de fractura del fémur, quedando desvirtuado el cargo".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Sogamoso, de que se ha hecho mérito.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

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 C., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

FALSEDAD EN DOCUMENTOS

Requisitos para que la acusación del procesado a sus copartícipes pueda tenerse como prueba.—El Tribunal al radicar la situación del incriminado en el inciso segundo del artículo 19 del C. P., no cometió error manifiesto en la apreciación de las pruebas.—Cuándo acaece la violación directa de la ley penal.—Técnica del recurso de casación.—Calidad de documentos públicos a certificados de estudios expedidos por Colegios Nacionalizados.—Presunto error en la denominación genérica del delito.—La Corte no es correctora de demandas ni creadora de motivos de impugnación.—Documentos específicos a que se refiere el art. 244 del C. P.

1. La violación directa, en efecto, acaece cuando a un supuesto de hecho claro o indiscutible no se aplica la norma que debía aplicarse. Pero si lo que se discute, como se hace en el primer cargo, es el supuesto de hecho —la intervención determinante del procesado—, se está en presencia de una violación indirecta.

2. Cabe considerar que hay contradicción flagrante en el escrito del recurrente al considerar como documentos privados los certificados que se han examinado y quererlos convertir en "análogos" a los documentos específicos de que trata la precitada norma penal (art. 244 del C. P.), que son públicos de especie singular (pases, licencias, pasaportes, cédulas de ciudadanía o de identidad) que legalmente deben ser expedidos por autoridades nacionales o extranjeras.

Y finalmente, así sea por vía jurisprudencial, debe decirse que no es posible asimilar a esos documentos, destinados solamente a certificar que ciertas cualidades (aptitud para una determinada actividad, capacidad para viajar al exterior, adquisición de la ciudadanía, identificación) han sido demostradas por los medios propios, con unas certificaciones que tienden a probar la realización de hechos que engendran un derecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. —Bogotá, D.E., diciembre tres de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero).

VISTOS:

Se procede a decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor de SEVERO MEDINA MORALES contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá calendada el veintidós (22) de julio de mil novecientos sesenta y cinco (1965).

Dicho fallo condenó al procesado Medina a la pena principal de seis años de presidio y a las accesorias correspondientes como responsable del delito de la falsedad en documentos. Se le aplicó el artículo 231 del Código Penal en relación con el artículo 19 de la misma obra y se consideró su penalidad en el ínfimo grado.

LOS HECHOS

Severo Medina Morales conoció en Bucaramanga a ALBERTO LUIS BARRERA cuando éste era Director de Educación del Departamento. Como ya Medina había sido juez y era su paisano y "muy insinuante y estudioso", Barrera consideró oportuno prestarle su ayuda. Al efecto, le extendió una recomendación dirigida a Alonso Urbano Leyton, Secretario-Habilitado del Colegio San José de Guanentá de San Gil, para que este Secretario le ayudara en lo posible a fin de que Medina Morales pudiera continuar sus estudios.

La amistad entre Barrera, ex-Rector de ese Colegio, y su antiguo Secretario, predispuso a dicha ayuda a quien "rebasando los límites de la licitud" expidió el certificado de f. 17 del C.I. en donde constan las calificaciones obtenidas por Severo Medina Morales desde quinto año elemental hasta sexto año de bachillerato como alumno matriculado en el Colegio Nacional de "San José de Guanentá" de San Gil.

Ese certificado aparece fechado el diez y ocho (18) de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) cuando Alberto Luis Barrera dirigía el Colegio (f. 60, C.I.); tiene las firmas de éste y las del entonces Secretario Alonso Urbano Leyton, autenticadas estas firmas, a virtud de comparecencia personal y con presentación de cédulas, por el Notario Segundo interino de San Gil, Rafael Durán Acebedo.

El cinco (5) de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), ya provisto de aquel certificado (fs. 12 y 11), bajo una firma que dice "Severo Medina Morales", se solicita al Ministerio de Educación "el estudio de los documentos que adjunto para poder obtener mi diploma de bachillerato por validación", "pues quiero aprovechar una especial oportunidad que me han brindado para seguir la carrera de abogado".

En respuesta a dicho memorial se dijo: "2º VALIDACION: Por no haber cursado y por tanto debe preparar: HISTORIA DE COLOMBIA de 4º; 3º EXAMENES FINALES DE FUERZA. De todas las materias de 6º, las cuales no presentó. Estas son las siguientes: FRANCES, INGLES, FISICA, QUIMICA, GEOGRAFIA DE COLOMBIA, HISTORIA DE COLOMBIA, FILOSOFIA, LITERATURA COLOMBIANA, CIVICA". (f. 11, C. 1º).

Para estos efectos se autorizó al predicho Colegio.

Y con fecha veintidós (22) de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho (1958) se certificó en absoluta conformidad con lo ordenado por el Ministerio, o sea, que Severo Medina Morales validó todas esas materias ante los profesores Ignacio Escrigas, Gerardo Chamorro, Ismael Gualdrón, Pbro José Durán y Alonso Urbano Leyton (sic), (f. 4), todo ello bajo la firma del Rector Alfonso Sánchez Peña y el Secretario Gerardo Chamorro Palma.

Este certificado se repite, con pequeñas diferencias, el veintiocho (28) de los mismos mes y año y con la firma del Rector Sánchez y del Secretario Alonso Urbano Leyton, el cual se autentica en la Notaría Segunda de San Gil con atestación de la comparecencia de los firmantes y expresión de sus cédulas (f. 9).

Además, se produjo un cuadro completo de calificaciones que aparece firmado por el Rector Alfonso Sánchez Peña y el Secretario Leyton (f. 8), y otro de aptitud para presentar examen de Historia de Colombia por haber preparado la materia. Esta certificación la firma Ismael Gualdrón Gómez, cuya firma autentica el susodicho Alonso Urbano Leyton. La Notaría Segunda de San Gil certificó la comparecencia de tales firmantes y que reconocieron sus firmas y presentaron sus cédulas.

Así las cosas, con base en esos documentos se concedió autorización al tantas veces mentado Colegio para expedir el correspondiente diploma de bachiller (f. 36 idem) y se autorizó su registro.

Como el Visitador del Ministerio de Educación, José Rafael Rengifo González (véase f. 27 ibidem), comprobara que existía una hoja sin firmas del Rector y del Secretario en la cual aparecían calificaciones de asignaturas correspondientes al sexto grupo de bachillerato y a una materia de cuarto año originadas en exámenes de validación, pidió detalles al Secretario Leyton —quien además aparece allí como profesor examinador— y obtuvo informes de que "no le consta que ello haya (sic) sido cierto", y como en diciembre —cuando se dicen practicadas esas pruebas de validación no están abiertos esos planteles, entró en sospechas. Cree recordar que se le informó cómo Medina Morales nunca estuvo matriculado en el Colegio de "San José de Guanentá", y agrega: "... el mismo señor Rector Reverendo Padre Alfonso Sánchez y el señor Secretario ya tenían conocimiento de los certificados presentados por dicho señor (Medina Morales), uno de los cuales lleva la firma del Rector actual, quien fiándose de la honestidad del Secretario que expidió dichos certificados sin haber hecho averiguaciones, firmó también".

El Ministerio, con estos elementos, ordenó la investigación correspondiente, cuyos resultados procesales han sido:

a) El veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos sesenta y uno (1961) el Juzgado Primero Superior de San Gil negó la declaratoria de prescripción y llamó a juicio por el delito de la falsedad en documentos públicos a Severo Medina Morales y a Alonso Urbano Leyton y sobreseyó definitivamente en favor de Alberto Luis Barrera. (f. 118 s.s., C. 1º).

b) Medina fue declarado reo ausente (f. 129 idem) y si tiene apoderado y defensor, ello se debe al poder general que otorgó en la Notaría 7ª de Bogotá en septiembre de mil novecientos sesenta y uno (1961) cursante a f. 317 del Cuaderno 1º.

c) Con aclaraciones en la parte motiva este auto fue confirmado por el Tribunal de San Gil, y

d) Pronunció sentencia de primer grado el Juez Primero Superior de San Gil el seis (6) de marzo de mil novecientos sesenta y dos (1962), la que resultó confirmada, con una modificación en el sentido de declarar que los condenados no son acreedores a los beneficios de la condena condicional y del perdón judicial, por la recurrida que hubo de dictar el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por haberse cambiado, en legal forma, la radicación del negocio.

LAS DEMANDAS DE CASACION

Dentro de los términos legales, no sólo se presentó una demanda sino que ésta fue adicionada.

Impetra el recurrente las siguientes causales:

La primera de que trata el ordinal I del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, dividida en dos cargos:

I) Consiste el inicial en la violación por infracción directa de la ley penal material. Se dice que la sentencia quebrantó los artículos 1º, 11, 12 y 231 del Código Penal, y para demostrar este aserto se razona, en resumen, así:

Que a Medina se le viene imputando un delito de falsedad no como autor sino por haber determinado a otro a cometerlo según la situación prevista en el segundo inciso del artículo 19 del estatuto de las sanciones penales; que se le ha asignado una causalidad delictiva inexistente "sin que en verdad hubiera el procesado puesto en marcha la causalidad delictiva o intervenido consciente, deliberada e intencionalmente en hechos a los cuales fue en un todo extraño, subjetiva u objetivamente".

Dice que el autor de las falsedades, Alonso Urbano Leyton, no procedió a ello por instigación de Medina sino por obligante insinuación de Alberto Luis Barrera y que así se colige de la indagatoria de Leyton —de la cual cita unos párrafos— para deducir que lo aseverado en la sentencia impugnada en cuanto afirma que Severo Medina Morales obró "como instigador para la consumación del delito", carece de sentido jurídico.

Rechaza el demandante la afirmación de que el procesado participó en actos posteriores a las falsificaciones, "extremo éste sin base probatoria ni legal" que el mismo Tribunal reconoce en la sentencia según el siguiente párrafo que copia textualmente con ánimo de demostrar esta última aseveración: "... en este caso la conducta del señor Severo Medina Morales es indicio de responsabilidad y contribuye a que la Sala llegue a la conclusión de que el señor Severo Medina sí determinó a Alonso Urbano Leyton a cometer el delito de falsedad pues si bien es cierto que no se comprobó el concurso de acción material, su instigación determinó la acción de Urbano Leyton en la consumación del hecho". (f. 342, C. II).

"Por este aspecto —escribe el defensor de Medina Morales— el fallo del Tribunal necesariamente incurrió en notorio, flagrante y evidente error de derecho, puesto que vinculó, según la consideración transcrita, al procesado Medina en un grado de autoría, vale decir dentro del mismo artículo 19 del C. P. cuando señala la responsabilidad de la persona que determina a otra a cometer un delito cualquiera".

En un capítulo que lleva por título "CONCLUSION DEL CARGO", el impugnador organiza así sus ideas:

Copia, en primer término, el artículo 19 del Código Penal; afirma luégo que, descartados como está el uso de documento falso como entidad delictiva autónoma, el que Medina hubiera tomado parte en la ejecución del hecho o prestado al autor de la falsedad un auxilio o cooperación "sin los cuales no hubiera podido cometerse", el debate se contrae a la instigación aislada en el inciso segundo del artículo transcrito.

Determinar es "provocar, incitar o inducir a otro a que haga alguna cosa", y por eso la Corte ha dicho —comenta el demandante— que es necesario que la acción intelectual del uno sea la determinante de la acción material del ejecutor, esto es, que sin la influencia del instigador no hubiera realizado el ilícito.

Y que no siendo Medina Morales causa psíquica, moral ni física de la conducta delictuosa del falsario, resulta apenas lógico "que el sentenciador violó los artículos en un principio enunciados..., cuya transcripción resulta impertinente".

II) Con fundamento en la misma causal, pero teniendo en cuenta la violación indirecta por apreciación errónea de la prueba de cargo, se acusa la sentencia.

Dice que la responsabilidad del acusado se basó en dos cuestiones simples: las inculpaciones

de Leyton en su declaración indagatoria y en ser —como lo afirma el Tribunal expresamente— "un hecho cierto que la única persona interesada en conseguir la manera de entrar a la Universidad mediante la expedición de certificados de estudio de bachillerato, era el señor Severo Medina Morales".

La primera prueba la considera inadmisible por inverosímil y por contradicción palmaria en cuanto al verdadero y lógico origen de cualquiera influencia eficaz en el ánimo del autor de la falsedad, que el demandante radica en la "obligante insinuación de Alberto Luis Barrera".

En cuanto a la segunda afirma que no tiene relievancia jurídica "puesto que ninguna gestión personal se le carga al sindicado en los autos e, inclusive, al mismo proceso, declaró que en sus fallos el ningún empleo de documentos falsificados para fin de obtener el título de bachiller. . .".

Y así concluye que hubo error esencial al avaluar esos elementos de juicio y de ese error provino el error de derecho que se ha venido analizando y que tiene que ver con la participación de Severo Medina en el ilícito juzgado.

III) Se acusa la sentencia recurrida por violación de la ley penal sustancial como consecuencia de haber incurrido el fallador en grave error de derecho en la apreciación de determinadas pruebas y haber dejado de apreciar otras. Se invoca la causal primera del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, y se señalan como violados los artículos 231 del C. P. y 251, 203 y 272 del C. de P. P., el artículo 1758 del C. C., el artículo 5º del C. P. y Municipal y el Decreto 1.513 de 1940.

Toda la estructuración de este cargo reposa en que el Colegio de San José de Guanentá es un establecimiento privado y no público ni menos nacional; que, por tanto, el Secretario que expidió los certificados no era, como lo dice el fallo, un funcionario o empleado público. Y que siendo esto así, tales certificados no son documentos públicos ni oficiales sino documentos privados.

Que las pruebas mal apreciadas con grave error de derecho fueron los certificados de estudio, el acta de exámenes y demás documentos objeto de la falsedad, y como dejadas de apreciar: el contrato celebrado entre la Nación y la Fundación "Colegio San José de Guanentá" de fecha 1º de noviembre de 1954, la certificación oficial sobre el hecho de que el cargo de Secretario de dicho Colegio no tuvo creación legal y el certificado igualmente oficial en que consta que no se ha celebrado contrato de "nacionalización definitiva" del mencionado instituto.

Termina así el recurrente, en una buena síntesis de su pensamiento:

"Si, pues, está demostrado que ni por la naturaleza de las cosas, ni por lógica, ni por *lo dispuesto expresamente por la ley* puede aceptarse que el señor Urbano, autor convicto y confeso de los documentos reputados como falsos, no era, cuando los confeccionó, ni un empleado ni un funcionario público, es preciso concluír en forma necesaria en que el Tribunal violó, a consecuencia de la apreciación contraria, equivocada y errónea, las disposiciones sustanciales señaladas arriba, es a saber: el artículo 231 del C. P., que aplicó; el 251 del C. de P. P., que define los documentos públicos o auténticos; el 1758 del C. C., que hace la misma determinación; el 5º de la Ley 4ª o Código Político y Municipal en armonía con el numeral 9º del artículo 76 de la Constitución, que exigen perentoriamente, para que haya empleado público, que el cargo que ocupe provenga de creación legal; el 272 del C. de P. P., conforme al cual 'los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal serán la base de la comprobación del cuerpo del delito' y este último artículo en relación con el 203 ibidem, que exige la prueba plena o completa de la infracción por la cual se dictó sentencia condenatoria".

IV) En la demanda inicial se escribe:

"Consecuente con los razonamientos centrales de la demanda, y como en un principio lo anuncié, sólo de manera subsidiaria aduzco la causal de nulidad, que tendría como base procesal estas breves consideraciones:

"a) Medina no participó en grado alguno de complicidad (arts. 19 y 20 del C. P.) en el delito juzgado.

"b) La inducción o determinación a la comisión del ilícito sólo pudo provenir del entonces Secretario de Educación departamental, sobreseído definitivamente en el proceso, siendo entonces la intervención de Medina un hecho completamente distinto en la nomenclatura penal al que se debatió en juicio. Hipotéticamente podría hablarse de una tentativa de cohecho, dando por bueno el haber ofrecido dinero, no para falsificar certificados, sino para una ayuda del Secre-

tario del Colegio, o podría hablarse de un encubrimiento sobre el hecho aceptado por Urbano Leyton y determinado por Barrera.

"c) En tales circunstancias cabría hablar de nulidad por error en la denominación jurídica del delito, es decir la prevista en el ordinal octavo del artículo 198 del C. de P. P., que afectaría el proceso desde la calificación de fondo".

V) Hace el recurrente, para finalizar su impugnación, la hipótesis de que la Corte logre "descubrir la demostración sobre la existencia de los elementos esenciales del delito de falsedad en documentos privados" y, colocado, dice, en ese supuesto, aboga porque la Corte, al dictar la sentencia que deba reemplazar la infirmada, aplique el artículo 244 del C. P., porque los documentos privados falsificados y que son el objeto del proceso son documentos análogos a los que, siendo también privados (según su afirmación) describe el artículo invocado.

Y como tal delito tiene un máximo de pena inferior a cinco años, se declare la prescripción.

EL CONCEPTO DEL COLABORADOR

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal (Encargado) conceptúa de fondo:

I. Que el primer cargo, aunque de violación directa de la ley, se sustenta en apreciación de pruebas y, por tanto, es necesario examinar los medios probatorios allegados al proceso.

Comenta, previas transcripciones, las indagatorias de Urbano Leyton y concluye que "lo transcrito es suficiente para demostrar la forma como Medina actuó para determinar al Secretario Urbano Leyton".

Recuerda, finalmente, la libertad de apreciación de pruebas que corresponde a los falladores de instancia.

II. En cuanto al segundo cargo, afirma:

"Quedó ya examinado al tratar del cargo anterior, el valor de las afirmaciones de Urbano Leyton y consecuentemente, su correcta apreciación por parte del Tribunal, cuestión conexa con dicho cargo; en cuanto a ser Medina Morales el único interesado en los documentos falsificados, resulta inobjetable y obviamente por ello, se hizo recomendar de Barrera e intervino ante Urbano Leyton; y si no se relaciona con el uso de documentos, cargo no imputado, sí tiene importancia para concluír que efectivamente cumplió las actividades antes mencionadas".

III. Al tercer cargo responde:

"Niega el recurrente el carácter de oficial al Colegio San José de Guanentá. Aunque para desvirtuar esta apreciación y los argumentos presentados al efecto, bastaría citar lo dicho por el funcionario de primera instancia en la correspondiente sentencia (fls. 294 a 297 del cuaderno 1º) y que demuestra claramente dicho carácter; resta agregar, que la institución sostenida por el Estado y cuyo funcionamiento se realiza con empleados oficiales, bajo la dirección del Gobierno, tiene calidad oficial e igualmente los documentos que a nombre del instituto se expidan. Por esto, carece de incidencia el que el contrato de administración sea o no definitivo, pues el Colegio participa de tal calidad mientras funcione en la forma expresada.

"Conviene advertir que en el presente caso no se trata de que el Gobierno se haya asociado simplemente a un instituto particular para la prestación de un servicio público, sino que lo ha asumido directamente como se desprende de los términos del contrato de administración, con todos los efectos ya anotados.

"Si, por otra parte, se considera que los referidos documentos fueron expedidos de acuerdo con las formalidades legales —según los reglamentos correspondientes— y por funcionarios competentes, debe concluírse que tienen la calidad de públicos, puesto que reúnen las condiciones necesarias y por cuanto fueron expedidos por Urbano Leyton en su calidad de Secretario del Colegio mencionado y no como simple particular".

IV. Sobre la nulidad por error en la denominación genérica del delito, afirma el Procurador Delegado que como es consecuencia de los otros cargos y se propuso subsidiariamente, resulta que, desechados aquellos, debe rechazarse éste.

V. Escribe el Procurador Delegado estos apartes que adelante se comentarán:

"En cuanto a las anteriores manifestaciones del recurrente, es necesario interpretar la demanda, porque allí se solicita la aplicación del artículo 244 del Código Penal pero no por concepto de violación o desconocimiento de esta norma en relación con el artículo 231 del mismo estatuto, sino en el evento de dictarse por la Corte la sentencia correspondiente al prosperar el cargo ya

examinado atinente a la procedencia de los documentos.

"Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el actor ha enunciado la violación del artículo 231 citado y solicita la aplicación del artículo 244, como correspondiente a la situación procesal contemplada, lo cual es suficiente para examinar si en realidad hubo violación de aquel precepto.

"Parte el demandante de una equivocada interpretación del artículo 244 del Código Penal en cuanto considera los documentos allí expresados como privados, lo cual desorientó la fundamentación acertada y concreta del cargo. Dicha norma legal, hace alusión a '... pases, licencias, pasaportes, cédulas de ciudadanía o de identidad, o cualquiera otro documento análogo'..., es decir, típicos documentos públicos, por cuanto reúnen todas las condiciones legales, ya mencionadas en otra parte de este concepto. No se explica cómo un documento de los aludidos, destinado a acreditar determinadas condiciones o circunstancias jurídicas, con efecto general, pueda —según la tesis expuesta por el recurrente— ser expedido por particulares, cuando corresponde a claras funciones estatales y su índole es diferente por naturaleza a la de los documentos privados.

"En efecto los documentos 'análogos', a que se refiere el artículo 244 son sin duda públicos en razón de que la disposición alude a documentos públicos de esa índole y no a otros".

Pero considera acertado que la disposición aplicable es el artículo 244 del C. P. y termina diciendo que "la sentencia recurrida violó la ley sustancial al aplicar indebidamente el artículo 231 del C. P. en lugar del 244".

La sentencia, por tanto, debe casarse, y como "la pena máxima prevista en éste es de cinco años (sic), la prescripción de la acción penal se cumplió en el mismo término..." y debe ordenarse la cesación de todo procedimiento contra el acusado Severo Medina Morales.

CONSIDERA LA CORTE:

I.—Para fundamentar sus conclusiones sobre la intervención del procesado en la falsificación de los documentos atrás detallados, el Tribunal hace el siguiente análisis:

'Es un hecho cierto que la única persona interesada en conseguir la manera de entrar a la Universidad, mediante la expedición de certificados de estudio de bachillerato, era el señor Severo Medina Morales; que para el efecto, se valió de la intervención del señor Secretario de Educación de Santander, quien cultivaba muy buenas relaciones de amistad con el Secretario habilitado del Colegio San José de Guanentá de San Gil; que el procesado Urbano Leyton afirma categóricamente que el señor Severo Medina le insinuó y 'planteó la manera como debería expedir los certificados y hasta le ofreció dinero que él no le recibió. En esta forma, el señor Severo Medina Morales, si no tomó parte en la confección de los certificados sí determinó a Urbano Leyton a cometer el delito, empleando para ello tales artificios que dieron lugar a vencer la voluntad del Secretario-habilitado del plantel para expedir los certificados falsos de que se viene hablando. No está de acuerdo la Sala —no puede estarlo— con la defensa, y con el señor Fiscal en el sentido de desechar como inverosímil la declaración enfática y categórica del procesado Urbano Leyton al inculpar, como instigador para la consumación del delito, al señor Severo Medina Morales.

"A este respecto, la Sala trae a este proceso la siguiente jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia:

"La acusación del procesado a sus copartícipes 'chiamata del correo' en la clásica expresión italiana— exige (según los expositores de sicología judicial) para que se tenga como prueba, los siguientes requisitos: a) que la confesión que de su participación hace el indagado sea cierta, esto es, que evidentemente haya concurrido al delito; b) que la inculpación no se inspire en sentimientos innobles (odio, venganza, perversidad), ni tenga el propósito oculto de atenuar la responsabilidad del inculpante, descargándola sobre otros; c) que dicha inculpación sea 'vestida', esto es, que se presente como parte central de la narración completa de las modalidades de la coparticipación, y d) que concuerde con otros indicios, esto es, que no sea la única prueba de la responsabilidad de los copartícipes" (Sent. 8 julio 1952, LXXII, 665).

"Analicemos, pues, la confesión de Alonso Urbano Leyton, para ver si reúne los requisitos a que alude la jurisprudencia anteriormente transcrita: la confesión de Alonso Urbano Leyton es cierta toda vez que hay prueba suficiente, fuera de ella, de que sí expidió los certificados falsos que dieron origen a la formación de este proceso; no se inspira dicha inculpación a Severo Medina Morales en el deseo de venganza, por odio,

o por perversidad, ya que si así fuera, habría inculpado a otras personas de las que aparecen firmando esos certificados, y no sólo hubiera inculpado a Medina Morales cuando hubiera podido saciar sus deseos de venganza en individuos distintos a él. No ha querido atenuar su responsabilidad descargándola sobre el señor Severo Medina Morales, puesto que él no ha alegado o sustentado cualquiera de las eximentes de responsabilidad a que se refiere el artículo 23 del C. P., e hizo la narración completa de su actividad delictuosa, no sólo en su indagatoria, sino también en declaración rendida bajo juramento confesó la manera como procedió para cometer el delito y la insinuación o determinación del señor Severo Medina Morales para que confeccionara los certificados falsos. Por otra parte es de tenerse en cuenta que el señor Severo Medina Morales ha venido eludiendo protuberantemente la acción de la justicia, pues, como consta en autos, a pesar de los muchos esfuerzos hechos para lograr su comparecencia ante los jueces, todo ha sido infructuoso. En este caso la conducta del señor Severo Medina Morales es indicio de responsabilidad y contribuye a que la Sala llegue a la conclusión de que el señor Severo Medina sí determinó a Alonso Urbano Leyton a cometer el delito de falsedad pues si bien es cierto que no se comprobó el concurso de acción material, su instigación determinó la acción de Urbano Leyton en la consumación del reato".

Por donde se infiere que tres fueron los elementos probatorios de los que dedujo la convicción cierta de hallarse, en el caso examinado, encajada la acción de Medina Morales en el evento que disciplina el inciso 2º del artículo 19 del Código de las Penas, a saber: la indagatoria de Alonso Urbano Leyton, el hecho de ser Medina Morales el único a quien aprovechaba la falsificación y la ausencia, en el proceso, de quien ha rehuído la explicación de su conducta.

Comparte la Corte el análisis hecho por el *ad-quem* de la declaración de Alonso Urbano Leyton, anotando que, en cuanto a los cargos a Medina Morales, se le recibió el juramento del caso. Y esa conformidad la basa en que Leyton expresa, entre otras cosas:

"... me manifestó que él era Juez Dieciocho de Policía y que llevaba mucho tiempo en el desempeño de oficinas judiciales y que le habían prometido aceptarlo en segundo año de Derecho mediante la ayuda de don Alberto Luis, y esa fue otra de las armas que utilizó para obligarme a que expidiera los certificados, *que él mismo planeó el modo como debía hacerlo y llevó varias hojas de papel sellado que por algunas firmas que tenían al margen las llevaba desde su oficina de Bucaramanga*". (Subrayas de la Corte).

Nótese, a fs. 17 y 18, que el papel sellado tiene, al margen, la "firma" Dr. Romero, elemento que saca avante lo afirmado por Leyton.

Agrega éste a f. 75 vto.:

"... es evidente que Medina Morales, a sabiendas de que no era estudiante del Colegio Guanentá y seguramente un hombre docto en asuntos penales, llegó a hacerme la insinuación hasta obtener sus certificados, y no siendo estudiante es claro y verídico que él me los debía exigir sean falsos".

También es evidente que el único interesado directo en los resultados de la falsificación fue Medina Morales.

El hizo uso de los certificados, a sabiendas de que eran falsos. Los usó para dirigir la solicitud al Ministerio de Educación, acompañando el primero que se le dio y que es el de fs. 17 y 18; usó los de "validación" para llenar, así, todos los requisitos; obtuvo el cartón que lo acreditaba bachiller y lo hizo inscribir en el Ministerio.

Para admitir que Medina Morales no determinó a Leyton a cometer las falsedades, habría que incurrir en el absurdo de imaginar (porque sólo imaginativamente cabe tal cosa) que Leyton ideó todo el procedimiento de ayuda delictuosa, suministró el papel para expedir certificados a quien jamás fue alumno del mencionado instituto y lo guió en el camino de su uso y aprovechamiento.

Se afirma, en la primera demanda, que en los fallos se declaró "el ningún empleo de documentos falsificados para fin de obtener el título de bachiller...", aseveración que no es exacta. Porque el Tribunal, al dar un nuevo paso, lo que escribe es que "está de acuerdo con el juez del conocimiento en que no hubo concurso material de delitos en lo tocante a Severo Medina Morales, pues si éste los usó no era persona ajena a su elaboración". Y el fallador de primer grado dijo: "El juzgado, aceptando que Severo Medina participó de (sic) la elaboración de documentos falsos y que además usó de ellos, no lo llamó a juicio por un concurso material de delitos, como sí lo hizo el Tribunal, por considerar el juzgado, que el elaborar los documentos falsos y

usarlos son actos integrantes de un solo delito: el de falsedad en documentos públicos. Para que haya uso indebido de documentos como delito autónomo, se requiere que quien haga uso de los documentos, sea persona ajena a su elaboración y los use a sabiendas de que son falsos".

Se combate también el uso diciendo que la firma del memorial de 5 de diciembre de 1955 (f. 12), según dictamen grafológico, no es la de Medina.

Pero aún admitiendo que ello sea así, la verdad es que del texto del memorial se deduce que fue hecho en su interés "para poder obtener mi diploma de bachillerato" y para que "se digne ordenar más exámenes en el Colegio de San José de Guanentá...".

No figuran en el expediente otros memoriales dirigidos por el procesado al Ministerio, pero si se expidió el diploma y se registró, eso no pudo ser realizado oficiosamente sino por solicitud de Medina Morales o de un representante suyo, debidamente autorizado.

Finalmente, la renuencia del incriminado a presentarse a las autoridades, es un indicio que confirma su intervención como instigador de la factura de los falsos certificados.

No puede, por lo expuesto, aseverarse que la sentencia, al radicar la situación del incriminado en el inciso segundo del artículo 19 del C. P., hubiera cometido error manifiesto en la apreciación de las pruebas que condujeron al Tribunal a esa deducción.

La demanda, a este respecto, se limita a contraponer a los razonamientos del Tribunal un diverso modo de valoración de las pruebas sin demostrar un error de hecho manifiesto.

Por tanto, no prospera el segundo cargo, y tampoco prospera el primero.

En relación con éste cabe observar que, aunque no planteó como una violación directa de la ley penal, concretamente del artículo 19 y consiguientemente de los artículos 1º, 11, 12 y 131 del Código Penal, lo evidente es que para negar, como lo hizo el recurrente, que Medina "determinó" a Leyton a cometer la falsedad, se recurrió al análisis de las pruebas.

La violación directa, en efecto, acaece cuando a un supuesto de hecho claro o indiscutible no se aplica la norma que debía aplicarse. Pero si lo que se discute, como se hace en el primer cargo, es el supuesto de hecho —la intervención determinante de Medina Morales—, se está en presencia de una violación indirecta.

Por eso, en realidad el primero y el segundo cargo se identifican de fondo y se contestan como se deja dicho, no sin antes recordar que se ha aplicado la constante jurisprudencia de la Corte expresada así:

"Reiteradamente, la Corte ha expuesto su pensamiento... al decir que para que el recurso de casación prospere, es necesario que el Tribunal que haya dictado la sentencia, cuya invalidación se solicita, haya incurrido en error evidente, de gran claridad, en forma tal que, al interpretar la prueba, se aparte de la lógica más elemental para aceptar contenidos que, en realidad, no tiene. (Sentencia de 4 de febrero de 1963, G. J. Nº 2.266, T. C.I., pág. 279)".

II.—No puede sostenerse, como lo hace el doctor Rueda Uribe, que el Colegio de San José de Guanentá fuera una institución privada y que, por tanto, el Secretario habilitado Alonso Urbano carecía del carácter de empleado público, por lo cual los certificados que falseó eran documentos privados y no públicos como lo consideró el fallador para aplicar, así, el artículo 231 del Código Penal.

Para demostrar esta tesis, débese reproducir el importante estudio que al respecto hacen los falladores.

El de primera instancia dijo:

"Se alegó dentro de la audiencia pública, que a pesar de haber sido otorgados los documentos a nombre del Colegio, tales documentos no eran públicos, porque los empleados que los otorgaron no eran funcionarios públicos, sino dependientes de un Colegio Privado, de una fundación y no de una institución oficial.

El juzgado acepta que el Colegio Guanentá, en sus comienzos, fue una fundación y por tanto privado.

"El Colegio inició sus labores en el año 1787, el día 4 de septiembre, con una cátedra de gramática. Pero la fundación propiamente dicha, sólo parte del año de 1811 cuando se firmó el quince de octubre la escritura de fundación otorgada por los señores Diego y Manuel Meléndez para el funcionamiento de la cátedra de filosofía.

"Pero este Colegio, ya recibió carácter oficial al ser creado por Decreto del 22 de mayo de

1824, firmado por el Vicepresidente de la República de Colombia y Encargado del poder ejecutivo, General Francisco de Paula Santander.

"Al mencionado Decreto pertenece el siguiente artículo:

"Art. 1º—Usando de la facultad que concede al Gobierno el artículo 6 de la Ley de 28 de julio del año 11º el Colegio de la Provincia del Socorro se establecerá en la Villa de San Gil y se denominará Colegio de San José de Guanentá, con cuyo nombre era conocido el territorio que hoy comprende dicha Providencia, cuando la conquista de los españoles.

"Art. 2º—El Colegio estará a cargo de un Rector, un Vicerector y un Pasante de estudios; el Rector es el superior principal de la casa y bajo de su inmediata dirección correrá la educación y manejo de las rentas que se aplicarán al Colegio.

"Art. 3º—Por ahora se establece en el Colegio de Guanentá la escuela de primeras letras fundada por el Decreto de 13 de febrero de 1822, las cátedras de gramática y filosofía acordadas por el mismo decreto, con las dotaciones que en él se asignaron. Habrá también una cátedra de principios de legislación donde se enseñarán los del derecho político, natural, de gentes y civil por el tiempo que asigne el plan de estudios. Las cátedras ya provistas en la casa de estudios de San Gil, continuarán sirviéndose por los maestros que actualmente las desempeñasen. Estas y las demás que se establecieren se proveerán en lo venidero por oposición cuyos pormenores arreglará el Intendente del Departamento.

"Art. 4º—Por esta primera vez el Gobierno se reserva el nombramiento de Rector, (se ha nombrado ya al doctor Francisco Otero), y en lo venidero se nombrará por el Intendente respectivo. Al mismo se concede la facultad de proveer en propiedad las plazas de Vicerector, de Pasante y de Catedráticos a propuesta del Rector, y los últimos previas las formalidades y requisitos necesarios.

"Art. 5º—Los estudios se harán por el plan provisorio que actualmente rige en los colegios de la capital, mientras que el Congreso dicta el plan general de estudios de la República, pero la filosofía se enseñará precisamente en castellano".

"Fue pues el Gobierno Nacional, quien creó el Colegio, creó y nombró su profesorado, fijó sus sueldos y funciones.

"Por Decreto de 9 de octubre de 1835, vuelve el Gobierno a crear una cátedra de Teología para el mismo Colegio.

"Así siguió funcionando el Colegio, con una Junta administradora, a la cual el Gobierno delegaba algunas funciones, especialmente el Gobierno Departamental, a cuyo cargo corría el sostenimiento del plantel.

'Ya en el presente siglo, el Gobierno expidió la Ley 91 de 1938 que autorizó la nacionalización de institutos de enseñanza secundaria. En tal ley se establece en su artículo 1º que al Gobierno Nacional debe confiársele todo lo referente a la dirección y organización de los institutos que quieran nacionalizarse.

"En virtud de esta ley, se conoció más tarde la Ley 166 de 1948 que con el fin de que la Nación contribuya a los gastos de sostenimiento del Colegio Guanentá que corrían por cuenta del Departamento desde su creación, autorizó su nacionalización pero estando con anterioridad aprobado, en su totalidad el establecimiento, por resolución del Ministerio de Educación número 1609 del 15 de septiembre de 1947.

"En virtud de la Ley 166 de 1946 el Gobierno celebró en 1954 el contrato de nacionalización.

"Este contrato impuso al Gobierno Nacional el sostenimiento del Colegio, ratificando más aún el carácter de entidad oficial de que disfrutaba el Colegio, desde muchos años atrás.

"De ahí se desprende que los funcionarios del Colegio, en especial su Secretario, es un empleado público, nombrado y pagado por el Gobierno, para un cargo creado por el Gobierno, y por tanto las certificaciones que expide a nombre del Colegio, son documentos públicos".

Y el de segundo grado reproduce el concepto de su Fiscal al respecto y lo comenta así:

Dice el Fiscal:

"Es indiscutible que el Colegio de San José de Guanentá, de San Gil (Santander), gobernado hasta el 31 de octubre de 1954 por una Junta Administradora, pasó, desde el 1º de noviembre del acabado de citar, a ser una dependencia del Gobierno Nacional y, como tal, dirigido, administrado y organizado por el Ministerio de Educación Nacional, como que, a tenor del contrato celebrado por Aurelio Caicedo Ayerbe, como Ministro de Educación, y Carlos Augusto Noriega, como representante de la Junta Admi-

nistradora del Colegio, con fecha 1º de noviembre de aquel año, tal establecimiento de educación dejó de tener el carácter que había venido teniendo y adquirió, por el término de veinte (20) años, las modalidades de los colegios nacionalizados, según lo previsto por las Leyes 166 fr. 1948 y 91 fr. 1938.

"Por consecuencia, y tal como se convino por las partes contratantes, a partir de la vigencia de las nuevas disposiciones normativas, 'el nombramiento, remoción, promoción del personal directivo, docente y administrativo del plantel, así como la fijación y pago de las asignaciones, serían de facultad y cargo del Gobierno Nacional'".

Añade el Tribunal:

"En estas circunstancias, el señor Alonso Urbano Leyton, cuando falsificó los certificados de estudio que dieron origen a la formación de este proceso, tenía el carácter de empleado público pues había sido 'nombrado por el Ministerio de Educación Nacional' y desempeñó dicho cargo (Secretario habilitado) desde el 1º de febrero de 1951 hasta el 31 de diciembre de 1956. La posesión del señor Urbano Leyton como Secretario habilitado del Colegio San José de Guanentá se hizo ante el señor Alcalde Municipal de San Gil, lo cual quiere decir que sí tenía el carácter de empleado público".

No prospera por tanto el cargo.

III.—Los considerandos hechos en los apartes anteriores demuestran que no hubo error en la denominación genérica del delito y que por tanto, no se ha dictado sentencia en juicio afectado de nulidad por esa causa.

Lo que indica que la causal invocada con apoyo en el ordinal 4º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, carece de asidero jurídico.

IV.—Para terminar el presente fallo, la Corte se referirá a la tesis final del concepto fiscal, cuyos apartes fundamentales se transcribieron antes.

En ninguna de las demandas se acusó la sentencia de violatoria del artículo 231 en cuanto los documentos falsificados no corresponden a los allí descritos sino que son de los comprendidos en el artículo 244.

A este respecto el abogado se limita a decir que siendo los certificados expedidos por el particular Leyton de la clase de los documentos privados, debe casarse el fallo y que al dictar la Corte el que reemplace el infirmado, aplique el artículo 244 del estatuto punitivo por cuanto esos documentos privados son análogos a los también privados de que trata esta disposición.

Planteada así la cuestión, no puede entenderse por qué, basándose en la sola razón de que si se alegó la violación del artículo 231, puede interpretarse la demanda como que sostuvo dicha violación por no haberse aplicado la disposición que correspondía aplicar, o sea, el artículo 244 citado.

La violación del artículo 231 se fundamentó en la falta de causalidad, en la ausencia de prueba de esta causalidad y en la calidad de privados de los documentos, pero jamás en la no aplicación de este artículo en lugar del aplicado.

Así dijo el doctor Rueda Uribe:

"Tales observaciones llevan a concluír que aunque los documentos en cuestión son meramente privados, su nueva confección —que es lo único demostrado— no generó el delito de falsedad, imponiéndose así, también por ese aspecto, la absolución del procesado.—Pero no abandono todavía el terreno de las hipótesis y me coloco en el supuesto de que la H. Corte logre descubrir la demostración sobre la existencia de los elementos del delito de falsedad en documentos privados que el legislador y los doctrinantes y la jurisprudencia exigen como necesarios y esenciales para que se confirme la tipificación de esa especie delictuosa del género de falsedad.—Colocado en ese supuesto, abogo ante ese alto Tribunal y sin timidez pero con respeto, *porque al escogitar la ley penal que correspondería al caso en estudio, se le aplique a mi defendido la norma contenida en el artículo 244 del estatuto penal...*". (Subrayas de la Corte).

No habiéndose, pues, acusado el fallo por ese concepto, resulta especioso el argumento del colaborador que convertiría a la Corte, si aceptase esa forzada interpretación de la demanda, en una correcta, casi en una creadora, de los motivos de impugnación.

Esto de un lado, pero de otro cabe considerar que hay una contradicción flagrante en el escrito del doctor Rueda Uribe al considerar como documentos privados los certificados que se han examinado y quererlos convertir en "análogos" a los documentos específicos de que trata la precitada norma penal (art. 244 C. P.), que son pú-

blicos de especie singular (pases, licencias, pasaportes, cédulas de ciudadanía o de identidad) que legalmente deban ser expedidos por autoridades nacionales o extranjeras.

Y finalmente, así sea por vía jurisprudencial, debe decirse que no es posible asimilar a esos documentos, destinados solamente a certificar que ciertas cualidades (aptitud para una determinada actividad, capacidad para viajar al exterior, adquisición de la ciudadanía, identificación) han sido demostradas por los medios propios, con unas certificaciones que tienden a probar la realización de hechos que engendran un derecho.

Por lo cual, no cabe acceder a lo pedido por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

En mérito de cuyas consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— oído el concepto del colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por la defensa de SEVERO MEDINA MORALES, y NIEGA, además, la solicitud de prescripción impetrada.

COPIESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE.

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.





PECULADO

Deficiencia y oscuridad que caracterizan la prueba de los hechos a que se contrae el proceso.—El cargo formulado de haberse incurrido, dentro de la sentencia acusada, en errónea apreciación de pruebas, se encuentra demostrado.—Prosperidad de la causal prevista en el ordinal 1º del art. 56 del Decreto 528 de 1964.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., diciembre seis de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado RICARDO MENDEZ MONTENEGRO contra la sentencia del 21 de mayo del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Girardot lo condena, como responsable del delito de peculado, en cuantía de $ 2.555.00, a la pena de dos años de prisión, lo mismo que a las correspondientes accesorias.

HECHOS Y ACTUACION

En el proceso se formula a Méndez Montenegro el cargo de haber incurrido en el delito de peculado sobre la base, según se pretende, de que como Tesorero Municipal de Tocaima se apropió entre junio de 1957 y febrero de 1958, de $ 5.501.61, correspondientes a los fondos recaudados por concepto del Impuesto de Pavimentación, y de $ 444.00 del Impuesto de Alcantarillado, haciendo suyos, de este modo, caudales públicos a su cuidado en cuantía total de $ 5.945.81.

El Juzgado Sexto Superior de Bogotá, en razón de aquella imputación, llamó a juicio, mediante auto del 17 de marzo de 1960, al procesado Méndez Montenegro, determinación que el Tribunal de la indicada ciudad confirmó en su proveído del 8 de octubre de 1962.

Más tarde, tramitado el juicio, el mismo expresado Juzgado, en sentencia del 5 de marzo del año pasado, absolvió al predicho Méndez Montenegro, fallo que el Tribunal Superior de Girardot, a donde pasó el negocio en fuerza de la nueva distribución judicial, revocó en el suyo del 21 de mayo de este año para en su lugar condenar al procesado como responsable del delito de peculado, no en la cuantía de los $ 5.945.81, deducida en el enjuiciamiento, sino en la de $ 2.555.00, a la pena de dos años de prisión y accesorias consiguientes.

LA DEMANDA

En la demanda se invoca la causal de casación prevista en el ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, a cuyo amparo sostiene que en la sentencia acusada se incurrió en error en la apreciación de las pruebas del expediente, atribuyendo, a unas, "un valor que no tienen", y dejando de considerar otras, lo que determinó el que allí se acogieran como plenamente acreditados tanto "el cuerpo del delito" como "la responsabilidad" del procesado, el cual, de esta suerte, contra las previsiones de los artículos 203 y 204 del C. de P. Penal, resultó condenado, en vez de haber sido absuelto, como era lo debido, si esas pruebas hubieran sido correctamente valoradas, error de apreciación que el recurrente, al fundamentar el cargo, deriva de los siguientes hechos:

a).—De haber considerado que los recibos que obran en autos llevan la firma del "Tesorero responsable", cuando esa afirmación es inexacta, "porque los que la misma sentencia designa con los números 4, 5, 6, 7, 8, 9, y 10, correspondientes a los señores Elías Rodríguez, Pedro Her-

nández, Edelmira de Bernal, Ursula de Enciso, Atanasio Sánchez, José M. Rodríguez y Parmenio Ospina, no fueron firmados por el 'Tesorero responsable'", hecho sobre el que cabe observar, además, que, "lo más curioso de esta situación, es que fueron estos dineros que el señor Méndez Montenegro no RECIBIO, precisamente los que no fueron contabilizados en los respectivos libros de tesorería".

b).—De no haber advertido las contradicciones que existen entre la prueba testimonial y la prueba literal, punto sobre el que el recurrente, en suma, consigna:

"... algunos testigos-contribuyentes, como el señor ELIAS RODRIGUEZ (fl. 44) afirma haber pagado al tesorero Méndez Montenegro el valor de sus impuestos, cuando la verdad es que no fue así, ya que, por ejemplo, el recibo número 32920 (fl. 18) no lleva la firma del 'tesorero responsable'. Lo mismo se puede decir del testigo-contribuyente señor PEDRO A. HERNANDEZ (fl. 45), quien dice haber pagado a Méndez Montenegro el valor de sus impuestos, cuando la verdad es que no fue así, ya que, por ejemplo, el recibo número 32911 (fl. 19) no lleva la firma del 'tesorero responsable'. Igual cosa se puede decir de la señora URSULA URQUIJO v. DE ENCISO, en cuanto al recibo que aparece visible a folio 21 del expediente. Y, finalmente, la señora EDELMIRA V. DE BERNAL (fl. 58), quien afirma haber pagado a Méndez sus impuestos, cuando la verdad es que no fue así, como se aprecia con el examen del recibo visible a folio 20".

El actor agrega que aquellas no advertidas contradicciones aparecen no sólo respecto del impuesto de pavimentación sino también del de alcantarillado, y a ese efecto dice:

"Los recibos visibles a folios 83, 84, 86 y 87 y cuyas cantidades PRECISAMENTE fueron las que no ingresaron a la Caja de la Tesorería de Tocaima, no están firmados por el 'Tesorero responsable', sino por otra persona, pese a que los propios contribuyentes declarantes, pretendan afirmar lo contrario, como sucede, por ejemplo, con la señora EMILIA CANO BARRIOS, quien afirma haber pagado personalmente a Méndez Montenegro, cuando la verdad es que no fue así, como límpidamente se verifica con el examen de los recibos visibles folios 86 y 87. Igual cosa se puede decir de la declaración del Sr. RUMUALDO LORDUY (fls. 91-92), quien afirma haber pagado a Méndez Montenegro, y el recibo que aparece en los autos, lleva la firma de otra persona (fl. 83)".

c).—De no haber advertido la verdadera causa de la situación fiscal observada por los Visitadores de la Contraloría y haberla radicado en el mero hecho de ser el procesado Tesorero titular, cuando "la señorita ELIZABETH DURAN (fl. 34 ss.), quien desempeñaba el cargo de Secretaria de la Tesorería, acepta haber firmado y desde luego haber RECIBIDO dinero proveniente de los impuestos municipales. Acepta igualmente haber firmado varios de los recibos de caja cuyos valores NO INGRESARON a la Caja de la Tesorería"; cuando 'el señor GUSTAVO GARZON (fl. 122), quien desempeñaba el cargo de CITADOR, también cumplía funciones propias del tesorero: recaudaba los impuestos y firmaba los recibos de caja correspondientes", y cuando "el señor JESUS HERRERA (Tesorero que sustituyó en su cargo al procesado) en declaración visible a folios 40 y siguientes, nos dice lo siguiente en cuanto al estado de la oficina:

"Lo único que puedo decir es que la Contabilidad y los libros que se llevaban en la Tesorería los encontré en desorden completo, pues no llevaban libro siquiera de Diario del movimiento de la Tesorería, y a mi me tocó abrir libros de Diarios para hacer los asientos y en esta forma entregué la Tesorería".

El demandante, recavando en estos hechos que señala, expresa:

"...en la Tesorería de Tocaima existía una situación especialísima: en primer término, no había un solo Tesorero, sino la módica cantidad de TRES, pues ya se ha visto que la Secretaria Contadora y el Citador de la Tesorería, recaudaban impuestos y firmaban los recibos correspondientes de caja. De otra parte, no se llevaban los libros necesarios para una correcta contabilización de los ingresos".

d).—De que esa situación, no advertida en el fallo acusado, se "viene a agravar fundamentalmente, si como aparece, "por el solo concepto del impuesto de PAVIMENTACION se recaudó la suma global de $ 19.185.96 en partidas que oscilan entre los $ 1.500.00 y los $ 50.00 en una Tesorería en donde había TRES TESOREROS Y NO SE LLEVABAN LIBROS DE CONTABILIDAD, ¿cómo no se iban a producir esas irregularidades, atribuíbles, lógica y necesariamente a DESORGANIZACION y no a

DOLO del funcionario? Una contabilidad en esa cuantía, llevada sin libros y por TRES tesoreros a la vez, ¿no podía crear esa situación?

"El mismo discurso se puede aplicar al impuesto del alcantarillado. Y si a eso se suman las demás funciones que debía cumplir el Tesorero, ¿cómo no se iba a producir esa situación?

"De modo que las pruebas analizadas por el Tribunal en la sentencia impugnada, no se convinaron como era lo lógico con la real situación que vivía la Tesorería de Tocaima. El Tribunal se limitó a hacer una enumeración de las Actas de los Visitadores Fiscales de la Contraloría, a sumar los recibos y a contabilizar los testimonios de los contribuyentes, pero sin vincular, las unas y los otros, a la realidad viviente de una oficina en plena desorganización. He ahí la falla de la sentencia.

"..... .....

'No hay que tener en cuenta, según estas tesis, ni la desorganización de la oficina, ni el hecho de que hubiera TRES TESOREROS, ni que no se llevaran libros de contabilidad, ni que por la cuantía de los recaudos y por lo exiguo de sus guarismos se hubiera podido incurrir en error, ni que un Tesorero de Tocaima, es de suponer no ser CONTADOR JURAMENTADO, ni nada por el estilo...".

e).—De que en la sentencia, no obstante reconocer, en uno de sus apartes, "que la pérdida de los caudales pudo haberse producido por causas diferentes a la conducta del inculpado", se "entiende que se da la PLENA PRUEBA del hecho y la PLENA PRUEBA de la responsabilidad, elementos que exige el artículo 203 para poder proferir sentencia condenatoria, por la sola y única circunstancia de que RICARDO MENDEZ MONTENEGRO, como titular de la Tesorería de Tocaima, firmó unos recibos, por concepto de impuestos, cuyos valores no fueron incluídos en sus cuentas y en los libros de contabilidad, que no se llevaban en la Tesorería. La firma de Méndez Montenegro en los recibos aducidos, significa su condena".

El actor se pregunta en seguida cómo se estableció la existencia de aquellos valores, y en el examen de esa cuestión sostiene que el Acta de Visita Fiscal, los testimonios de los contribuyentes y los recibos firmados por los mismos no pueden justipreciarse en forma separada, porque esos elementos de convicción versan sobre un solo hecho, el de "la inexistencia en las cuentas de la Tesorería de unas determinadas partidas", y comenta:

"He sostenido que los señores Visitadores de la Contraloría, al elaborar el Acta Fiscal, tuvieron, por necesidad contable y de lógica, que tener en cuenta los recibos y los testimonios, que luego se pretendió hacerlos valer nuevamente como indicios separados de responsabilidad, con lo cual se violó ostensiblemente el artículo 222 del C. de P. Penal".

Más adelante, el recurrente agrega:

"... no es posible afirmar... que por el hecho de que unas determinadas partidas no hubieran sido incluídas en unas cuentas, ello INDIQUE NECESARIAMENTE (plena prueba) que quien OMITIO tal cosa, fue porque o hizo USO INDEBIDO o se las APROPIO. Si ello fuera cierto, desde un punto de vista probatorio, estaríamos dándole a la famosa Acta de Visita Fiscal de la Contraloría, el valor de PRESUNCION DE DERECHO, lo cual es totalmente absurdo y ajeno a los principios que informan la teoría de la prueba en la legislación colombiana".

Estima el actor que hasta estos extremos no puede llegarse. Suyas son al respecto estas palabras:

"La mera afirmación, verificación o comprobación de la existencia del alcance o del glose, revelado o puesto en evidencia mediante un trámite fiscal o contable, no REEMPLAZA jamás con igual eficacia jurídica probatoria a la comprobación PLENA de los verbos que integran la conducta delictiva, que no son precisamente los de la existencia del alcance o de la glosa, sino los del APODERAMIENTO o USO INDEBIDO DOLOSO. No queda duda alguna que la mera verificación contable de un alcance o una glosa, no excluya la posibilidad de que tal hecho puede haberse producido por causas ajenas no imputables a la conducta del funcionario".

La argumentación reseñada constituye, en lo esencial, la base demostrativa de la tesis sostenida en la demanda, según la cual dentro del fallo acusado se incurrió en errónea valoración de las pruebas contenidas en el proceso, llegándose, de esa manera, a una condena contraria a las prescripciones de los artículos 203 y 204 del C. de P. Penal.

Con apoyo en el mismo ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, el recurrente

afirma que en la sentencia acusada se incurrió, "como consecuencia de la errada apreciación y de la falta de apreciación de las "pruebas", en violación del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, "que describe y sanciona el delito de 'peculado doloso por apropiación o uso indebido'".

EL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, con fundamento, en realidad, en las mismas razones en que descansa la sentencia impugnada, conceptúa que ésta debe mantenerse y solicita, por lo tanto, que se deseche el recurso.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

I.—En el Acta de Visita del 21 de noviembre de 1958, relativa al faltante de $ 5.501.81, por concepto del Impuesto de Pavimentación, aparece lo que a continuación se reproduce:

"... se procedió a llamar a los contribuyentes con el fin de establecer si en realidad de verdad se había contabilizado la totalidad de las contribuciones pagadas y se estableció que el Tesorero responsable no le dio ingreso a los siguientes comprobantes originales presentados por los Contribuyentes...".

Y en el Acta del 22 de diciembre, también de aquel año, concerniente al faltante de los $ 444.00 en el Impuesto de Alcantarillado, esto:

"... se procedió a notificar a todos los que aparecían como que hubieran cancelado el valor del impuesto y se constató que el Tesorero responsable no le había dado ingreso a los siguientes recibos o comprobantes de Caja que aparecieron en poder de los Contribuyentes...".

Esos "contribuyentes", llamados a declarar, manifestaron que, en realidad, habían entregado los dineros materia de los recibos.

Es claro, entonces, que las Actas de Visita, los recibos y los testimonios de los "contribuyentes" constituyen la prueba de un hecho, el ingreso de unos dineros no contabilizados, el cual, en ese carácter de único, no cabe ser variado, porque "el hecho tiene siempre igual valor, tanto si está probado por diez testigos como si está probado por dos, y es vicioso sofisma pretender multiplicar los indicios multiplicando las pruebas de un único hecho. El es siempre el mismo y es siempre único aunque esté probado por un ejército de testigos". (Carrara, Programa, Parte General, Vol. II, acápite 975).

II.—Los tenedores de los recibos del Impuesto de Pavimentación, no contabilizados, José Segura, Elías Rodríguez, Pedro Hernández, Edelmira Martínez de Bernal, Ursula de Enciso, Atanasio Sánchez y José Rodríguez declararon que el dinero lo habían entregado al Tesorero Méndez, el que, a su vez, les había expedido esos recibos (fls. 46 y 47, 44, 45 y 46, 58, 51, 48 y 59 y 60 del cuaderno principal).

La señorita Elizabeth Durán aseveró, en cambio, que a ella, en su condición de Secretaria-Contadora de la Tesorería, se le habían entregado esos dineros, así como los del comprobante de Parmenio Ospina, por lo que también había expedido los correspondientes recibos, "PUES ESTOS APARECEN CON LA FIRMA QUE USO Y ACOSTUMBRO". (fls. 34 y ss. del cuaderno principal).

Los recibos, incorporados al proceso, llevan, en efecto, la firma de la señorita Durán (fls. 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 del cuaderno principal).

Los tenedores de los recibos del Impuesto de Alcantarillado, no contabilizados, Rumualdo Lorduy, Anaís Castiblanco y Griseldo Barrios, que exhibió dos por conducto de su cónyuge Emilia Cano de Barrios, sostuvieron que el dinero lo habían entregado al Tesorero Méndez, el que también les había expedido esos recibos (fls. 91 y 92, 93 y 94 y 89 y 129).

Esas aserciones encuentran su rectificación en los propios recibos, igualmente agregados al expediente, los cuales fueron autorizados, no por el Tesorero Méndez, sino por la señorita Durán, cuya firma se observa en cada uno de ellos de manera ostensible (fls. 83, 84, 86 y 87 del cuaderno principal).

III.—La Secretaria-Contadora afirmó en su declaración que los dineros por ella recaudados y sobre los que expidió los correspondientes recibos, los cuales, como se deja consignado, alcanzaron a doce, los entregó al Tesorero Méndez, aserto respecto del que no aparece a lo largo del proceso nada que tienda a confirmarlo. En torno a este punto el Fiscal del Tribunal, dijo:

"No hay prueba de que esas sumas de dinero hubieran sido traspasadas al Tesorero, fuera de la declaración de la interesada, que por ser interesada, ofrece serios motivos de duda a esta Fiscalía".

Y el Tribunal, siguiendo el criterio inobjetable de su colaborador, no tuvo en cuenta, en los

fines de condenar a Méndez como responsable del delito de peculado, los recaudos de la señorita Durán.

IV.—En el Acta de Visita del 21 de noviembre se relaciona como no contabilizado un recibo, por concepto de Impuesto de Pavimentación, expedido a favor de Juan N. Cifuentes.

Ese recibo, aunque nada se hizo en la investigación para establecer quién lo expidió y cuál es la persona que lo firma, se atribuyó al procesado Méndez.

El recibo, según Cifuentes, lo expidió el Tesorero Méndez. Pero ya se estableció atrás que el testimonio de los tenedores de recibos de impuestos no ofrece, respecto del particular que importa, ninguna seguridad.

El Citador de la Tesorería, Gustavo Garzón, después, de advertir que la señorita Elizabeth Durán "expedía recibos de los impuestos que allí se pagaban y que, a su vez él realizaba esa tarea, "de acuerdo con los recibos que figuraban en la oficina", expresa que si en el momento del recaudo no se encontraba el Tesorero Méndez "se guardaba el dinero y al día siguiente se le hacía la correspondiente entrega". (fls. 122 y 122 vto. del cuad. principal).

Esta declaración de suyo plantea que, aún sobre la base de aceptar, sin discusión ni reservas, que la firma que aparece, autorizándolo, en el recibo de Cifuentes sea la del Tesorero Méndez, no es posible sostener, sin riesgo de incurrir en grave equivocación, que el mismo sujeto hubiera sido la persona a quien se entregó el dinero especificado en el comprobante.

El 16 de abril de 1958 Méndez fue reemplazado en su cargo de Tesorero por Jesús Herrera, persona que después de consignar que nada le consta "en relación con las irregularidades" en el cobro de los impuestos por parte de su antecesor y que encontró la oficina "en desorden completo", dice:

"... pues no llevaban libro siquiera de Diario del movimiento de Tesorería, y a mí me tocó abrir libros de Diarios para hacer los asientos y en esta forma entregué la Tesorería" (fls. 40 y 41 del cuaderno principal).

Esa falta de libros, como es obvio, vino a constituír un grave vacío en la tarea de determinar, con absoluta precisión y claridad, los recibos de impuesto que pudieron o no contabilizarse, cuestión que, desde luego, no puede perderse de vista respecto del recibo de Cifuentes.

La Alcaldía de Tocaima, mediante Decreto número 22 del 11 de abril de 1957, hizo el aforo del Impuesto de Pavimentación, "cuyo valor total asciende a la suma de $ 23.412.93". En ese aforo no figura Juan N. Cifuentes. El único de ese apellido que allí aparece lleva el nombre de NEPOMUCENO, sujeto del que no se sabe si pagó su impuesto, si lo está debiendo o si no se le contabilizó.

V.—En la misma Acta del 21 de noviembre se reseña, también como recibo no contabilizado, uno expedido a David Esguerra, el cual obra al folio 16 y lleva en su parte superior esta anotación manuscrita: "POR CARMEN Y EDGAR RIVERA - o RAIMUNDO RIVERA".

El predicho Esguerra, dentro de su respectivo testimonio, manifestó que el impuesto de aquel recibo lo cubrió por encargo de su sobrino Marco Tulio Esguerra y en relación con una casa que compraba a la sucesión de Raimundo Rivera, punto concreto sobre el que dice:

"Debo declarar que la casa que mi sobrino compraba en ese entonces era de propiedad de la sucesión de don Raimundo Rivera y este señor era el que figuraba como deudor del Impuesto de Pavimentación. El recibo fue expedido en mi nombre *pero en el mismo recibo se hizo la anotación de que correspondía a don Raimundo Rivera* (fls. 41 y 42 del cuaderno principal).

Y Marco Tulio Esguerra, dice:

"En el mes de julio del año pasado le compré una casa situada en la localidad de Tocaima, marcada con el número 2-80 de la carrera 9ª, a la señorita Carmen Rivera Alfonso y al menor Edgar Rivera Rivera. Encontrándonos en la Notaría de este lugar para la firma de la escritura de venta que me hacían, el señor Notario exigió el Paz y Salvo por concepto de Impuestos. Entonces la señorita Carmen me manifestó que estaba debiendo el Impuesto de Pavimentación, yo me hice cargo de pagar este Impuesto y estando con nosotros en la Notaría mi tío David Esguerra, le rogué que fuera a la Tesorería Municipal y me pagara los Impuestos que se estuvieran debiendo y me prestara la plata de lo que costara. Mi tío David Esguerra, me hizo el favor y luégo se presentó con el recibo por concepto de Impuesto de Pavimentación que ascendió a la

suma de $ 435.00 m/cte. Este recibo fue expedido por el Tesorero Municipal, señor Ricardo Méndez, y sin saber por qué circunstancia se lo expidieron a nombre de mi tío David Esguerra *pero en el mismo recibo el Tesorero hizo la anotación de que correspondía al Impuesto que debía la señorita Carmen y Edgar Rivera*" (fls. 42 y 43 del cuaderno principal).

Conforme a estos testimonios, resulta evidente que David Esguerra pagó el Impuesto como simple recomendado y que, por lo tanto, ese Impuesto no podía contabilizarse a nombre suyo sino de Raimundo Rivera, que era el que lo debía, o de sus herederos en trance de vender la casa vinculada al gravamen, que eran Carmen y Edgar Rivera.

VI.—En el Acta del 22 de diciembre, relativa al Impuesto de Alcantarillado, se relaciona, como recibo no contabilizado, uno expedido a Luis Martínez, el cual se atribuye a Méndez. En autos obra original (fl. 85 del cuaderno principal).

Ese recibo apenas ofrece, como a modo de firma responsable, unas cuantas rayas, imposible de identificar siquiera como letras iniciales de algún nombre y apellido, circunstancia que inhabilita, según de suyo es comprensible, para atribuírlo a Méndez, sujeto que, como está demostrado, no era el único, a pesar de su carácter de Tesorero, que recaudaba el dinero de los impuestos y expedía recibos con relación a ellos.

VII.—Esa incertidumbre, deficiencia y oscuridad que caracterizan la prueba de los hechos a que se contrae el proceso se hacen todavía más inquietantes, creando la absoluta perplejidad, si a cuanto se deja expuesto se agrega que entre junio de 1957 y febrero de 1958 las cuentas del Tesorero Méndez se fenecieron "sin cargo alguno" y que a los autos se incorporó copia de un fallo de fecha 5 de septiembre de 1959, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, donde se confirma la providencia del Juzgado Octavo Superior de la misma ciudad, mediante la cual se aplica en favor de aquél el artículo 153 del C. de P. Penal, precisamente en razón de no haber existido el alcance que, en cuantía de $ 3.512.82, se le dedujo a través de una Visita practicada el 13 de marzo de 1958.

VIII.—En suma, pues, el cargo formulado sobre la base de haberse incurrido, dentro de la sentencia acusada, en errónea apreciación de pruebas, se encuentra demostrado y entonces, como es lógico, debe prosperar la causal a cuyo amparo se hizo, vale decir, la prevista en el ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, causal que, desde luego, debe prosperar, a su turno, en relación con el cargo relativo a violación del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, puesto que los dos cargos se ofrecen en tal modo que acogido el primero tiene que acogerse el segundo.

IX.—De manera que, en conclusión, procede invalidar el fallo impugnado, determinación que, como lo dispone el ordinal 1º del artículo 58 del Decreto 528 de 1964, ya citado, obliga a dictar el que haya de reemplazarlo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA la sentencia acusada y en su lugar ABSUELVE al procesado RICARDO MENDEZ MONTENEGRO respecto del delito de peculado en virtud del cual se le llamó a juicio mediante autos del 17 de marzo de 1960 y 8 de octubre de 1962, proferidos, respectivamente, por el Juzgado Sexto Superior de Bogotá y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

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.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DELITOS DE VIOLENCIA CARNAL

Presunta violación de la ley sustantiva por aplicación indebida y por interpretación errónea.—Acertada aplicación de los artículos 33, 36 y 318 del C. P. y de los ords. 1º y 2º del 317 del mismo estatuto represivo.—Delitos cometidos en concurso material.—Peligrosidad y antecedentes de mala conducta en el delincuente.—Ineficacia de la impugnación, en el caso de autos, con base en la causal prevista en el ord. 1º del art. 56 del Decreto 528 de 1964.

La disposición legal prevista en el artículo 318 del estatuto represivo, aplicada en la sentencia, señala como mínimo la pena de tres años de presidio, mínimo que como es obvio, no podía imponerse, aún sobre la base de que el delito consumado en la menor no obrara en concurso con otros dos delitos de la misma índole, teniendo en cuenta que la violación se llevó a cabo en mujer virgen y con la colaboración de otra persona, circunstancia que configura las agravantes de los ordinales 1º y 2º del art. 317 del Código Penal, también actualizadas en el fallo impugnado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., diciembre seis de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado DANIEL BARBOSA o CAMARGO contra la sentencia del 1 de junio del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo condenó, como responsable al lado de ESPERANZA PANQUEVA, del delito de violencia carnal en Gloria Fanny Avila Ramírez, María Stella López Cediel y Gladys Moisés.

HECHOS Y ACTUACION

Con base en los datos del proceso se tiene que Daniel Barbosa, con la complicidad de su amante Esperanza Panqueva, sometió al acto carnal, colocándolas en estado de inconsciencia, mediante el procedimiento de hacerlas ingerir barbitúricos, a las jóvenes Gladys Moisés, María Stella López y Gloria Fanny Avila, hechos por los que, en su debida oportunidad, se llamó a juicio a los referidos partícipes dentro de cada uno de los procesos a que dieron lugar, los cuales se acumularon.

El Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá, a cuyo conocimiento quedaron los tres negocios al ser acumulados, mediante sentencia del 14 de mayo de este año, condenó a Barbosa, en el carácter de autor de los delitos, a la pena principal de tres años de prisión, y a la Panqueva, como cómplice necesario, a la de dos años, también de prisión, fallo que el Tribunal reformó en el suyo del 2 de junio para imponer, al primero, la pena de seis años de prisión y, a la segunda, la pena de treinta meses de prisión.

LA DEMANDA DE CASACION

En la demanda el recurrente invoca, por conducto de su apoderado, la causal de casación prevista en el ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, a cuyo amparo sostiene que la sentencia acusada "es violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida y por errónea interpretación" de los artículos 316, inciso 2º, 36, 38 y 33 del Código Penal, violación que "condujo a la imposición de una pena considerablemente superior a la correspondiente, razón por la cual la sentencia debe ser casada".

EL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, como conclusión del compendiado, aunque preciso estudio que hace de la demanda, solicita que se deseche el recurso.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

a).—En el auto de proceder respecto del delito de violencia carnal que Daniel Barbosa consumó en Gloria Fanny Avila, niña de apenas 11 años y cinco meses, se dejó consignado esto:

"... siendo menor de catorce años e impúber, fue sometida al acceso carnal y desflorada... en cuyo acto o actos fue infectada de la enfermedad venérea denominada blenorragia, lo cual, como es obvio, se le causó grave daño en su salud que, de suyo, agrava la infracción en los términos del artículo 318 del estatuto represivo".

Esta disposición legal, aplicada en la sentencia, señala como mínimo la pena de tres años de presidio, mínimo que, como es obvio, no podía imponerse, aún sobre la base de que el delito consumado en la menor Avila no obrara en concurso con otros delitos de la misma índole, teniendo en cuenta que la violación se llevó a cabo en mujer virgen y con la colaboración de otra persona, circunstancia que configura las agravantes de los ordinales 1º y 2º del artículo 317 del Código Penal, también actualizadas en el fallo impugnado.

b).—Los tres delitos de la condenación del procesado Barbosa obran en concurso material y entonces, como se hizo en el fallo acusado, tenía que aplicarse el artículo 33 del Código Penal, donde se autoriza un aumento de pena, sobre la que corresponda en sí mismo al que se haya tomado como básico para la determinación de la sanción, "hasta otro tanto", aumento que, desde luego, en su determinación concreta, queda a la discreción del juzgador.

c).—El procesado Barbosa registra antecedentes de mala conducta, factor en el que el fallo recava, enlazándolo con el concepto médico, donde se precisa que aquél es "un individuo de mucho peligro social", para intensificar la pena por este aspecto, ya que ella, acorde con lo dispuesto en el artículo 36 del Código Penal, debe aplicarse "según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del delincuente".

d).—Dentro de las condiciones expuestas, bien fácil se comprende que el cargo formulado contra el fallo de la impugnación carece de eficacia, lo que significa que la causal de casación a cuyo amparo se hizo no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado DANIEL BARBOSA o CAMARGO contra el fallo expresamente determinado en esta providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

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.



RECUSACION CONTRA MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR

La recusación dentro del proceso penal debe probarse.—La enemistad grave como causal de recusación.—La opinión expresada en el auto de detención o en una providencia de excarcelación, no implica un concepto de fondo sobre la apreciación definitiva de los elementos del delito.

1. Es sabido que en la recusación, atento el legislador a que en tal caso la indicación de la causal proviene de la parte que la alega, ha señalado que ella debe probarse. Es así como el segundo inciso del art. 76 del Código de Procedimiento Penal señala que "la recusación se propondrá por escrito, ante el Juez que conoce del asunto, acompañando las pruebas y exponiendo los motivos en que se funde".

2. Cabe indicar que la Corte, en providencias de 19 de junio de 1948 (G.J. t. LXIV, p. 568) y de 7 de actubre de 1952 (G. J. t. LXXIII, p. 481) dice: "La enemistad grave, como causal de recusación, debe ser mutua, y excepcionalmente unilateral de parte del Magistrado y no de parte del procesado. Las acusaciones, denuncias o quejas del recurrente contra el Magistrado no son prueba de la enemistad mutua, menos de la enemistad hacia el procesado".

3. La Corte, en diversas oportunidades, ha dicho que "la opinión que se expresa en el auto de detención no es definitiva, puede cambiar, puede perder su valor inicial por nuevos elementos de prueba que se alleguen al proceso, y puede revocarse; por tales razones, la opinión expresada en el auto de detención o en una providencia de excarcelación, no implica un concepto de fondo sobre la apreciación definitiva de los elementos del delito y, por consiguiente, no puede invocarse como causal de impedimento" (Auto de 12 de septiembre de 1947, G.J. t. LXIII, p. 801).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diciembre doce de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

El Tribunal Superior de Ibagué, mediante providencia del Magistrado, doctor Gonzalo Rodríguez, dispuso enviar a la Corte el proceso adelantado contra el doctor MAXIMILIANO OCHOA GIRALDO, acusado del delito de falsedad en documentos, a fin de que se resuelva lo pertinente en cuanto a la recusación que éste propuso contra los Magistrados Hernando Saavedra Robles y Manuel J. Solanilla Nieto, la que fue declarada sin fundamento.

En relación con este asunto, el doctor Fabio Silva Torres, apoderado del doctor Ochoa Giraldo, dice en memorial del cinco del corriente mes, lo siguiente:

"Obra en autos un memorial fechado el día ocho (8) de septiembre pasado, por el cual se pone de presente una serie de actuaciones y omisiones que, sin lugar a dudas, constituyen nulidades del proceso. Como la nulidad declarada genera la de toda la actuación posterior, estimo procedente dar aplicación a lo establecido en el artículo 200 del C. de P. P., antes de entrar a resolver la recusación propuesta contra los magistrados que hacen Sala para este proceso, en el Tribunal Superior de Ibagué. Por todo lo anterior, con el mayor comedimiento doy por reproducidas, aquí, las argumentaciones del escrito antes citado, a la vez que solicito de la H. Corte se sirva hacer la declaración correspondiente".

Pues bien:

Atendido que la Corte, dentro del incidente de recusación, no tiene facultad distinta de la de resolver sobre los fundamentos de la que ha sido propuesta, no puede acceder a la solicitud presentada por el señor apoderado del doctor Ochoa Giraldo.

Y en cuanto a la recusación referida, corresponde tomar en cuenta:

Primero: Los motivos que aduce el recusante:

a).—En escrito de 11 de agosto de 1966 dice:

"e)—El Magistrado Hernando Saavedra Robles, es hijo del señor Floro Saavedra.

"f).—El señor Floro Saavedra es actualmente propietario de la finca denominada 'California', inmueble éste sobre el cual versó el contrato inicial de compraventa que motivó la producción del instrumento negociable materia u objeto de investigación dentro del juicio en referencia.

"g).—El dominio y posesión del predio 'California' se encuentra *sub judice*, dentro del juicio ordinario que promovió el suscrito con sus hermanas, en contra de Luis Enrique Salazar y Josefina Escobar de Salazar. Como se dijo antes, el titular actual del predio es el padre del Magistrado Saavedra".

b).—En memorial de 19 de octubre último, anota:

"1).—El titular del predio 'California', en situación *sub judice* hoy, es nada menos que el mismo H. Magistrado doctor Saavedra Robles, con sus hermanos, en proindiviso.

"2).—El juicio ordinario promovido por el suscrito contra Josefina Salazar o Escobar de Salazar y su cónyuge, sobre resolución del contrato de compraventa de 'California', se encuentra sin definir en primera instancia; es el doctor Belisario Salazar su apoderado y, actualmente está en situación de suspenso. Juicio al que debería estar vinculado, hasta su solución, el H. Magistrado doctor Saavedra Robles.

"3).—El H. Magistrado Saavedra es colega del H. Magistrado doctor Salazar que, como está establecido, es pariente muy cercano de la señora Josefina de Salazar; es copartidario de él, circunstancia influyente en nuestro medio, en mucho; es factor, según los dichos, determinante de las desaveniencias entre los esposos Salazar, por cuestiones morales muy decantadas entre las gentes de esta ciudad, cuya probanza escapa a mis principios.

"Con respecto a los HH. Magistrados Vera y Saavedra, en general, en su contra concurren las siguientes causales:

"Suscribieron, entre otros, la providencia que aparece al f. 9 y ss. del Cd. Nº 6, por la cual se confirmó la que revocó una detención, por la cual, si no se detiene, menos se enjuicia.

"Suscribieron la providencia de 27 de julio pasado, enjuiciatoria, contrariando, sin razón, lo anteriormente suscrito.

"Suscribieron esa providencia y la del diez de agosto pasado, en las cuales se viola lo preceptuado en el artículo 163 del C. de P. Penal.

"Contra los HH. Magistrados aludidos me he quejado, en solicitud de cambio de radicación del proceso, a manera de denuncio criminal, con el doctor Grisales, en vista de los términos de la providencia en mención y del brusco virage en su orientación legal, de varios años.

"Con el doctor Grisales, los HH. Magistrados Saavedra y Vera, se abstuvieron de tramitar la recusación introducida en tiempo hábil, así como las solicitudes de nulidad y restitución de términos, cuya solución es de competencia de la Sala, por ser contra los mismos proveídos, incurriendo, presumiblemente, en violación del artículo 2º del Decreto número 2525 de 1963, que subroga el artículo 168 del Código Penal.

"Las causales, pues, de enemistad y de interés en el asunto, se encuentran configuradas y se establecen probatoriamente, en las pruebas que ya obran y en las que anexo ahora.

DOCUMENTOS:

"Primero.—Copias de las actas de nombramiento de jueces, por el H. Tribunal; establecen la relación de dependencia entre el Juez y Magistrado interino..." (alude al doctor Grisales, quien en la actualidad ha sido reemplazado por el doctor Gonzalo Rodríguez) ... "y el Magistrado interesado en este asunto, por razones familiares y eróticas.

"Segundo.—Certificado del Juez Promiscuo del Circuito, en donde se encuentra el ordinario en el que se presenta doña Josefina como demandada y Belisario como su apoderado; donde debiera aparecer el H. Magistrado Saavedra como naturalmente interesado.

"Tercero.—Certificado número 2263 de la Oficina de Catastro del Tolima, en el que figura el H. Magistrado Saavedra como condueño del predio 'California', de donde se deduce este asunto.

"Cuarto.—Copia del escrito dirigido al Gobierno Nacional en solicitud de cambio de radicación del proceso, por falta, precisamente, de garantías, habida consideración del atropello de

que fui víctima, con la enumeración de los presuntos delitos cometidos. Ello envuelve, naturalmente, una manifestación de enemistad".

Con el escrito de 11 de agosto de 1966, el doctor Maximiliano Ochoa trajo al informativo:

"Partida de matrimonio de Luis Enrique Salazar con María Josefina Escobar, expedida por el párroco de Ibagué (Catedral).

"Partida de bautismo de Belisario Salazar Salazar, también expedida en la Catedral.

Dice el memorialista que solicita "se tenga, como prueba, los términos del auto de proceder".

Segundo: Trámite de la recusación:

Antes de ser introducido el memorial de 11 de agosto de 1966 de que se ha hecho mención, en el proceso seguido contra el doctor MAXIMILIANO OCHOA GIRALDO, por falsedad en documentos, había tenido ocurrencia lo que pasa a relacionarse:

a).—Mediante ponencia del Magistrado de la Sala Penal de Ibagué, doctor José Gregorio Grisales, la correspondiente Sala de Decisión revocó el auto de sobreseimiento temporal proferido en favor del doctor Ochoa Giraldo por el Juzgado Promiscuo del Circuito y, en su lugar, dispuso llamarlo a juicio por el delito de falsedad en documentos y ordenar la detención preventiva del sindicado. (fs. 248 a 273 del Cd. 2).

Los hechos son sintetizados, en este proveído, así:

"El origen de este proceso es el siguiente: Entre Maximiliano, María Antonia y Griselda Ochoa Giraldo y 'Luis E. Salazar y Cía. Ltda.', se celebró un contrato de compraventa de la finca rural denominada 'California', situada en jurisdicción de este municipio de Ibagué. Los Ochoa Giraldo dieron a buena cuenta a la sociedad Salazar & Cía. Ltda., formada por Luis Enrique Salazar Molina y Josefina Escobar de Salazar, la suma de $ 30.000.00, suma que no ha sido devuelta a los presuntos compradores, ya que el contrato referido que se elevó a Escritura Pública de 1952, en la Notaría Segunda de Ibagué, no pudo inscribirse o registrarse en la respectiva Oficina de Instrumentos Públicos.

"Así las cosas, el doctor Maximiliano Ochoa instauró demanda ejecutiva ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta localidad contra la señora Josefina Escobar de Salazar, por la citada suma de treinta mil pesos ($ 30.000.00) moneda corriente, con base en una letra de cambio girada el 6 de septiembre de 1958 (f. 37 y ss., copias).

"Admitida la demanda, el Juzgado, en providencia de 11 de diciembre de 1958, decretó medidas preventivas, embargando como consecuencia bienes de propiedad de la ejecutada, contra quien igualmente se libró orden de pago por la vía ejecutiva, por la suma ya dicha (f. 40 v. y ss., copias).

"Dentro del correspondiente juicio ejecutivo, el Dr. Pedro Luis Alvarez Ocampo, obrando como apoderado de la ejecutada, tachó de falso el instrumento o sea la letra (f. 1), y tramitada la articulación del caso, se aportaron, entre otras pruebas, un dictamen grafológico donde los expertos, después de un estudio concienzudo, dicen que la firma de Josefina E. de Salazar que aparece en el instrumento negociable 'ofrece múltiples signos e indicios que nos permiten concluír que la firma incriminada no pudo ser producida por la señora Josefina E. de Salazar'. (fs. 12 a 20, copias).

"El Juzgado Civil, en auto de 17 de julio de 1961, resolvió el incidente de artículación declarando no probada la falsedad de la letra por $ 30.000.00; apelado que fue por el apoderado judicial de la demanda, este Tribunal también en proveído de 27 de octubre del mismo año, revocó la decisión del inferior, disponiendo que por la justicia penal ordinaria se investigara el delito de falsedad de dicha letra, tacha propuesta por la parte demandada en sus excepciones, para cuyo efecto ordenó compulsar copia de lo pertinente (fs. 21 a 25, copias).

"Con lo así ordenado, se inició la investigación penal, a la que se aportaron copias tomadas del juicio ejecutivo antes mencionado diversas pruebas practicadas en el curso del incidente sobre falsedad de la letra, de la demanda ordinaria anteriormente propuesta por el doctor Maximiliano Ochoa Giraldo y señoritas María Antonia y Griselda Ochoa Giraldo contra Luis Enrique Salazar y Josefina Escobar de Salazar y también contra la sociedad de responsabilidad limitada, formada por éstos, de la contestación de la demanda penal formulada por Ochoa Giraldo contra los citados esposos Salazar-Escobar, de los fallos de primera y segunda instancia recaídos en el proceso respectivo y de las declaraciones de los precitados esposos.

Notificado el auto de proceder, el señor apoderado de la parte civil solicitó reposición de tal providencia, así:

"1º—El enjuiciamiento se hizo solamente por falsedad, cuando ha debido hacerse por este delito y por el de tentativa de estafa...

"2º—En la parte resolutiva del auto comentado se llamó a juicio al sindicado Ochoa Giraldo 'como autor de falsedad en instrumento negociable, cometido el 6 de septiembre de 1958...', afirmación que no es cierta, porque la falsedad no se cometió el 6 de septiembre, sino el día en que el falsario hizo uso de la letra de cambio..., o sea a comienzos del mes de diciembre del mismo año...".

No por el Magistrado sustanciador, sino por el Secretario de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, se dio "traslado" a las demás partes del anterior recurso de reposición, así: "TRASLADO REPOSICION.—Ibagué, 5 de agosto de 1966.—Ayer venció el término de trece días hábiles para ejecutoria del auto de enjuiciamiento de fecha 27 de julio último, dentro del cual el apoderado de la parte civil presentó el memorial que antecede pidiendo reposición. Desde hoy y por dos días, se mantiene en la Secretaría la solicitud correspondiente a disposición de las demás partes, para los fines indicados en el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil. Contra el auto del 29 de julio, visible al folio 274, no se interpuso recurso alguno y, por lo mismo, quedó debidamente ejecutoriado.—Guzmán, Secretario".

Sin dar noticia alguna de este "auto" de la Secretaría, ni al Ministerio Público, ni al procesado que ya estaba encarcelado, ni a su defensor, mediante ponencia del Magistrado, doctor Grisales, el día diez de agosto próximo pasado resolvió el recurso, ordenando la práctica de algunas pruebas y negando la reposición solicitada, pero aclarando que "el llamamiento a juicio se hace es por el delito de falsedad en documentos, cometido en las circunstancias de que da cuenta la parte motiva de la providencia".

El día once del mismo mes de agosto, el doctor Ochoa Giraldo recusa "a los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión", entre los cuales, como es obvio, está el doctor Grisales. Luego, el día trece de agosto, interpone recurso de reposición contra el proveído de fecha diez, por cuanto estima que en éste se "reforma el enjuiciamiento, lo corrigen o lo aclaran", siendo estos puntos nuevos que dan lugar a que se tramite su pedimento. Este recurso lo reitera el día dieciséis del citado mes y el defensor del doctor Ochoa Giraldo coadyuva los pedimentos de su mandante. La Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué envió el proceso al Despacho del Magistrado sustanciador, doctor Grisales, quien, sin embargo de estar recusado, y en Sala Unitaria, niega lo solicitado por el doctor Ochoa Giraldo mediante providencia del día diecinueve de agosto, en la que se anota que el proveído del día diez del mismo mes no contiene puntos nuevos y se dice que "el proceso ha debido ser devuelto ya al Juzgado del conocimiento, en cumplimiento de lo ordenado en auto de veintisiete de julio de este año; pero, como ello no ha ocurrido, esta providencia debe limitarse a recordar a la Secretaría esta obligación, dejando agregados al expediente los memoriales presentados".

Devuelto el proceso al Juzgado Promiscuo del Circuito de Ibagué, se inició el trámite del juicio y se negó la petición de declaratoria de nulidad hecha por el doctor Fabio Silva Torres, nuevo defensor del doctor Ochoa Giraldo, providencia que fue apelada por aquél.

En virtud de este recurso, regresó al Tribunal Superior de Ibagué el negocio y, ante la reiteración de la recusación presentada por el sindicado desde el día once de agosto del corriente año, el nuevo Magistrado sustanciador, doctor Gonzalo Rodríguez, le dio trámite, con el siguiente resultado:

a).—El doctor Saavedra Robles dice:

"A.—Es cierto, soy copropietario de la hacienda denominada 'California', cuya compraventa, en tiempo atrás, dio lugar al juicio ordinario promovido por el doctor Maximiliano Ochoa, obrando en su propio nombre y en el de las señoritas María Antonia y Griselda Ochoa. Pero no es cierto, no acepto tener interés de ninguna índole puesto que, de acuerdo con principios suficientemente conocidos de derecho civil, en caso de que en el juicio entablado por el recusante, fueran vencidos los demandados esposos Salazar, solamente a ellos podría perjudicar el resultado de esa litis. En ningún caso a terceros adquirentes de buena fe. En fin, que ninguna consecuencia patrimonial me acarrearía el fallo de aquel juicio ordinario, ni veo el perjuicio o beneficio que pudiera derivarse de que la letra fuera o no falsa. El único interés que me movió fue el de la justicia.

"B.—Es cierto que el suscrito es colega de Magistratura del doctor Belisario Salazar, pariente cercano de los demandados en el juicio ordinario instaurado por el doctor Ochoa. Pero, rechazo enfáticamente que esta circunstancia me hubiera movido a firmar el proyecto formulado por el doctor José Gregorio Grisales, según el cual se dictó auto de proceder contra el doctor Maximiliano Ochoa Giraldo.

"Igualmente, rechazo por temeraria la insinuación de que por móviles políticos, hubiera podido suscribir la providencia que perjudicó al recurrente y rechazo otra vez, por ofensivas, las alusiones hechas en el memorial sobre la vida privada del colega doctor Belisario Salazar.

"C.—No está erigida como causal, carece de seriedad y fundamento, la recusación invocada en cuanto se alega que suscribí una providencia confirmatoria del auto que revocó la detención del procesado y que, más tarde, firmé aquella que lo llama a juicio...". pues.., "se adujeron nuevas tesis y se allegaron pruebas tan importantes como el concepto grafológico emitido por el doctor Uribe Prada...".

"D.—Por último, considero que en las providencias de 27 de julio y 10 de agosto del presente año, no se hicieron calificaciones ofensivas respecto del doctor Maximiliano Ochoa Giraldo".

El Magistrado, doctor Saavedra Robles, no acepta la recusación propuesta.

b).—El doctor Hernando Vera Vera, expresa:

A.—Que "jamás había oído hablar acerca de que al doctor Maximiliano Ochoa lo hubieran perseguido por sus creencias políticas. Y ahora no salgo de mi asombro ante las relaciones de causalidad que haya podido descubrir el acusado entre esas persecuciones y mis condiciones de juez, como para justificar tal recusación, por el simple hecho de que pudiéramos estar en diferentes bandos o partidos políticos...".

B.—Que en las providencias suscritas por él, en el proceso seguido contra el doctor Ochoa Giraldo, no existe ninguna palabra ofensiva.

C.—Que encontradas las exigencias para llamar a juicio al sindicado, doctor Ochoa Giraldo, ningún impedimento surgía del hecho de que, en otra situación probatoria, hubiera suscrito la revocatoria del auto de detención preventiva ordenada contra aquél.

D.—"Si por no haber tramitado antes de ahora las recusaciones, si que también la petición de nulidad o la restitución de términos, como en su oportunidad lo dijo el ponente, visto que todo eso se había presentado fuera de término y si mal no recuerdo, ya cuando el Tribunal carecía de jurisdicción y los otros motivos de esa laya, a que se refiere en sus recusaciones el doctor Ochoa Giraldo, me acusa o para mejor decir, nos acusa ante la justicia ordinaria, como nos lo tiene anunciado ya, por Prevaricato, Detención Arbitraria, Abuso de Autoridad, Asociación para delinquir y tal vez Asonada, esperamos confiados el fallo de nuestros jueces.

"Pero mientras tanto y por cuanto a lo que al suscrito Magistrado corresponde en esta oportunidad, es la declaratoria de que no acepta el fundamento de esas recusaciones, disponiendo el envío del caso a quien incumba decidir de su calificación".

Rechaza, como lo dice, el Magistrado Vera Vera, la recusación planteada.

Tercero: CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

El recusante presenta las siguientes pruebas:

1º—Certificación del Juez Promiscuo del Circuito de Ibagué, fechada el 8 de octubre del corriente año, que dice:

"1º—Que el juicio ordinario promovido por el doctor Maximiliano Ochoa y otros, contra 'Luis E. Salazar y Cía. Ltda.', se halla en suspenso.

"2º—Que Josefina Escobar de Salazar figura como demandada.

"3º—Que el juicio versa sobre resolución del contrato de compraventa de la hacienda de 'California', municipio de Ibagué, fracción Tolima.

"4º—Que el doctor Belisario Salazar figura como apoderado de los demandados.

"5º—Que el referido juicio se halla sin definir en primera instancia".

2º—Certificación de la Dirección Seccional de Catastro del Tolima, expedida el 22 de agosto de 1966, según la cual, "en el libro de Catastro Rural vigente, correspondiente al municipio de Ibagué, aparece la siguiente inscripción: Predio número 6985.—Saavedra Robles Hernando, Saavedra Robles Augusto, Saavedra Robles de García María Aída, Saavedra Robles de Polanco Marina.—Vereda 'Tolima', nombre 'California' (lotes 'La Julia', 'El Bosque' y 'California'), Area, 401

Ha., Avalúo: Quinientos mil pesos moneda corriente".

3ª—Copia de la solicitud de cambio de radicación del proceso que se sigue al recusante, doctor Ochoa Giraldo y del cual se hace referencia en este proveído, sobre la cual dio concepto desfavorable la Corte, petición en la que, entre otras cosas, se dice que "los HH. Magistrados podrían haber incurrido en Prevaricato, conforme al precepto del artículo 2º del Decreto 2525 de 1963; en detención arbitraria, según el artículo 295 del Código Penal; en abuso de autoridad, según la configuración del artículo 171 del mismo C. Penal. Delitos que se averiguarían en su oportunidad legal; y como pulula en el ambiente social general, ¿qué decir de la asociación para delinquir?".

Pues bien:

Es sabido que en la recusación, atento el legislador a que en tal caso la indicación de la causal proviene de la parte que la alega, ha señalado que ella debe probarse. Es así como el segundo inciso del artículo 76 del Código de Procedimiento Penal señala que "la recusación se propondrá por escrito, ante el juez que conoce del asunto, acompañando las pruebas y exponiendo los motivos en que se funde".

Pues bien:

Propone el doctor Ochoa Giraldo, con respecto a los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal de Ibagué, doctores Vera Vera y Saavedra Robles, los motivos de recusación previstos en los ordinales 1º y 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, que dicen, en su orden:

a).—"Tener el Juez, el Magistrado o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, interés en el proceso".

b).—"Existir enemistad grave o amistad íntima entre alguna de las partes o su apoderado o defensor y el Juez o Magistrado".

Ninguna de las dos causales antes transcritas resulta probada en este caso.

En efecto, en cuanto al Magistrado, doctor Vera Vera, ningún elemento de juicio de los que aduce el recusante permite aseverar que él, o alguno de sus parientes, tengan interés en el resultado de este proceso. Ni tampoco dan fundamento para aceptar que exista enemistad grave entre el doctor Ochoa Giraldo y el recusado. Sobre lo último, cabe indicar que la Corte, en providencias de 19 de junio de 1948 (G.J.t. LXIV, p. 568) y de 7 de octubre de 1952 (G.J.t.LXXIII, p. 481) dice: "La enemistad grave, como causal de recusación, debe ser mutua, y excepcionalmente unilateral de parte del Magistrado y no de parte del procesado. Las acusaciones, denuncias o quejas del recusante contra el Magistrado no son prueba de la enemistad mutua, menos de la enemistad hacia el procesado".

Y, con respecto al Magistrado, doctor Saavedra Robles, es cierto que es copropietario de la finca denominada "California", pero de ello no se desprende interés ninguno suyo o de sus parientes en el resultado de este proceso, pues la tacha de falsedad de la letra de cambio que sirvió de título ejecutivo dentro del juicio que sigue el doctor Ochoa Giraldo contra la señora Josefina Escobar de Salazar, únicamente a ésta interesa, según el resultado de este negocio penal. Y, asimismo, no se cuenta con prueba que permita aseverar que entre el Magistrado recusado y el doctor Ochoa Giraldo, exista grave enemistad. El que no se hubiera dado trámite, por el Magistrado sustanciador, doctor Grisales, a la recusación que el doctor Ochoa Giraldo propuso, el día once de agosto último, contra todos los magistrados de la Sala de Decisión que conocen de este asunto, y, en cambio, no obstante estar recusado, hubiera proferido el citado doctor Grisales la providencia de 19 de agosto del corriente año, por la cual, en Sala Unitaria, niega la reposición interpuesta por el acusado contra el auto de la Sala de Decisión, fechada el 10 del mismo mes de agosto, son cuestiones ajenas al Magistrado, doctor Saavedra Robles y, por tanto, no pueden tomarse como elementos de juicio para dar pie a esa supuesta enemistad suya para con el doctor Ochoa Giraldo. Asimismo, el hecho de que el Secretario de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, ante el recurso de reposición introducido por el señor apoderado de la parte civil, hubiera resuelto tomar las funciones de Magistrado sustanciador, para disponer el traslado pertinente a las demás partes y la circunstancia de que de su "proveído" no diera noticia alguna al procesado, ni a su defensor, también es cosa ajena al doctor Saavedra Robles y tampoco da base alguna para deducir esa supuesta enemistad de su parte para con el recusante.

No están demostrados, en consecuencia, los motivos de recusación que indica el doctor Ochoa Giraldo y así corresponde declararlo.

Y si bien no se ha señalado por el recusante la causal prevista en el ordinal 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la de "haber.. dado el Juez o Magistrado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso", en vista de que el doctor Ochoa Giraldo alude a que los doctores Vera Vera y Saavedra Robles, no obstante haber suscrito la providencia por la cual el Tribunal Superior de Ibagué, en este proceso, confirmó el proveído de primera instancia, por el cual fue revocada la orden de encarcelación preventiva del recusante, con lo cual, indirectamente, anota una actitud incongruente de los recusados, en cuanto también suscriben el auto de proceder posteriormente dictado en contra del doctor Ochoa Giraldo, corresponde recordar que la Corte, en diversas oportunidades, ha dicho que "la opinión que se expresa en el auto de detención no es definitiva, puede cambiar, puede perder su valor inicial por nuevos elementos de prueba que se alleguen al proceso, y puede revocarse; por tales razones, la opinión expresada en el auto de detención o una providencia de excarcelación, no implica un concepto de fondo sobre la apreciación definitiva de los elementos del delito y, por consiguiente, no puede invocarse como causal de impedimento" (Auto de 12 de septiembre de 1947, G.J.t.LXIII, p. 801, y otros).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, RESUELVE: 1º DECLARAR infundada la recusación de los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, doctores HERNANDO SAAVEDRA ROBLES y HERNANDO VERA VERA, propuesta por el sindicado en este proceso, doctor Maximiliano Ochoa Giraldo; y, 2º ABSTENERSE de resolver la solicitud presentada por el doctor Fabio Silva Torres, defensor del doctor Ochoa Giraldo, de la cual se hizo referencia en la parte motiva de este auto.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL SUPERIOR DE IBAGUE.

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 C., Secretario.

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

Cuándo se consuma el delito de asociación para delinquir.—Alcance del Decreto Nº 1290 de 1965 respecto de la competencia de la justicia penal militar para conocer de este delito.—Nulidad prevista en el ord. 1º del art. 441 del C. de J. P. M.

1.—Si para el delincuente que entra a formar parte de una sociedad para delinquir, constituída de antes, consuma la infracción en el instante mismo de su ingreso, es obvio que también cesen los efectos del delito en el momento mismo en que alguno de los miembros de la asociación, por su captura, deje de hacer parte de ella, pues cabe entender que queda en imposibilidad de colaborar con los otros miembros no aprehendidos, si es que tal sociedad continúa vigente. Lo mismo corresponde entender en cuanto al retiro voluntario de uno de los socios.

2.—El Decreto Legislativo Nº 1290, de 21 de mayo de 1965, atribuye competencia a la justicia penal militar para conocer del delito de asociación para delinquir y de otras infracciones. Pero, con la salvedad de los delitos de extorsión y secuestro, de esas infracciones continúan conociendo los Jueces ordinarios, si se trata de hechos cumplidos antes de la vigencia de dicho estatuto.

Solo con respecto a estas infracciones de extorsión y secuestro se dice en el inciso 2º del art. 3º del Decreto Legislativo Nº 1290 de 1965 que "los procesos penales en curso..." deben pasar a la jurisdicción penal castrense, en el estado en que se hallen.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., diciembre trece de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Agotado el trámite correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, de veintidós de abril último, por la cual se impuso al procesado EDELIO PASTRANA MONTOYA la pena principal de siete años y diez meses de presidio, como responsable del delito de asociación para delinquir, negocio del cual conoció en primera instancia el Comando de la Octava Brigada del Ejército, con sede en Armenia (Batallón de Ingenieros Nº 4 'Cisneros').

HECHOS:

En la sentencia acusada se hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"El 1º de febrero de 1964, las autoridades tuvieron conocimiento de que en el sector urbano de Armenia, o sea en la casa de la carrera 20 número 19-54, ocupada por Rafael Marín y señora, se encontraba una cuadrilla de antisociales. Agentes de la Policía, comandados por el Subteniente Alexis Nieto Torres, se dirigieron a la dirección indicada, pero los ocupantes de la casa, o sea Edelmira Molano Romero, Arlex de Jesús Betancourt Agudelo, Avelino Arteaga González y Edelio Pastrana Montoya, se resistieron a abrir la puerta, dando lugar a que los tres sujetos huyeran hacia las edificaciones vecinas. Se logró, no obstante, capturarlos, pero después emprendieron nuevamente la fuga y fueron recapturados Pastrana Montoya y Betancourt. En esa operación final fue dado de baja Avelino Arteaga".

DEMANDA DE CASACION Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO.

El doctor Oscar Gómez Santa, en representación del recurrente PASTRANA MONTOYA, invoca la causal cuarta de casación prevista en el artículo 56 del Decreto-Ley Nº 528 de 1964, pues afirma que la sentencia impugnada fue proferida en un juicio viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción.

Anota que el supuesto delito de asociación para delinquir no alcanzó a tener permanencia, si-

quiera, para la fecha de la expedición del Decreto Legislativo número 1290, de 21 de mayo de 1965, que atribuyó a la Jurisdicción Penal Militar el conocimiento de algunos delitos, entre los cuales se menciona el de asociación para delinquir y, por tanto, el conocimiento de los hechos corresponde a la jurisdicción penal común.

La Procuraduría Delegada de las Fuerzas Militares comparte las afirmaciones del demandante y, en consecuencia, solicita que se case el fallo recurrido.

CONSIDERA LA CORTE:

Es evidente que, de haber existido una asociación para delinquir formada por el recurrente PASTRANA MONTOYA y por las demás personas mencionadas en la relación de los hechos, ella quedó liquidada, en cuanto al sindicado recurrente, única persona condenada en el fallo impugnado.

Anota GIUSEPPE MAGGIORE en su "*Derecho penal*" (Editorial "Temis", Bogotá, 1955, t.III, pg. 453) que el delito de asociación para delinquir "se consuma en el momento mismo en que tres o más personas se asocian para cometer delitos, es decir, apenas se promueve, se constituye o se organiza la asociación, o apenas se entra a formar parte de ella. La consumación se prolonga hasta que la asociación se acabe (por disolución de la sociedad o por arresto de los asociados), porque, en efecto, se trata de un delito típicamente permanente".

Si para el delincuente que entra a formar parte de una sociedad de éstas, constituída de antes, consuma la infracción en el instante mismo de su ingreso, es obvio que también cesen los efectos del delito en el momento mismo en que algunos de los miembros de la asociación para delinquir, por su captura, deje de hacer parte activa de ella, pues cabe entender que queda en imposibilidad de colaborar con los otros miembros no aprehendidos, si es que tal sociedad continúa vigente. Y lo mismo corresponde entender en cuanto al retiro voluntario de uno de los socios.

Ahora bien:

El Decreto Legislativo número 1290, de 21 de mayo de 1965, atribuye competencia a la Justicia Penal Militar para conocer del delito de asociación para delinquir y de otras infracciones. Pero, con la salvedad de los delitos de extorsión y secuestro, de esas infracciones continúan conociendo los jueces ordinarios, si se trata de hechos cumplidos antes de la vigencia de dicho estatuto.

Sólo con respecto a estas infracciones de extorsión y secuestro se dice en el inciso 2º del artículo 3º del Decreto Legislativo número 1290 de 1965 que "los procesos penales en curso..." deben pasar a la jurisdicción penal castrense, en el estado en que se hallen.

No era, pues, competente la Justicia Penal Militar para juzgar al sindicado EDELIO PASTRANA MONTOYA por el delito de asociación para delinquir de que se le acusa y, por tanto, es nulo el proceso desde la providencia de 16 de agosto de 1965 (f. 322 del Cd. 1), por la cual se "comisiona al Auditor Auxiliar 38 de Guerra para que haga el estudio del proceso... y emita concepto sobre la convocatoria de Consejo de Guerra Verbal y proyecte las providencias a que haya lugar".

Se tiene, en consecuencia, la nulidad prevista en el ordinal 1º del artículo 441 del C. de J. Penal Militar (equivalente a la del ordinal 1º del artículo 198 del C. de P. P.): la incompetencia de jurisdicción.

Prospera, por tanto, la causal cuarta de casación invocada y corresponde disponer que se reponga el procedimiento por el Juzgado Superior de Armenia, a quien corresponde conocer de este negocio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior Militar, de que se ha hecho mérito, a fin de que se reponga lo actuado en este proceso a partir de la providencia de 16 de agosto de 1965, mencionada en la parte motiva y se juzgue al recurrente por el Juzgado Superior de Armenia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

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 C., Secretario.

FALSEDAD DE DOCUMENTOS PUBLICOS

La confesión del reo carece de eficacia penal, si ella no va precedida de la demostración del cuerpo del delito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., diciembre trece de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero).

VISTOS:

Tramitado debidamente el recurso de Casación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Fusagasugá contra la sentencia de esta Corporación calendada el treinta y uno (31) de mayo de este año mediante la cual confirmó la del Juez Promiscuo del Circuito respectivo que absolvió a José de Jesús Hernández Reina por el delito de falsedad en documentos públicos, procede la Corte a decidirlo, teniendo en cuenta:

I.—Manuel Moreno Cifuentes demandó, ante el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, la ejecución de una obligación a su favor, constante en una letra de cambio girada el veinte (20) de febrero de mil novecientos sesenta y tres (1963) con vencimiento el veinte (20) de febrero del año siguiente, por la cantidad líquida de quince mil pesos ($ 15.000.00). Como giradores aparecían José de Jesús Hernández y su cónyuge Ana María Tovar de Hernández. Al respaldo del instrumento aparece esta leyenda escrita a máquina: "Fusagasugá, febrero. Firmo la presente como fiadora solidaria y mancomunada para todos sus efectos legales ante la ley". Hay una post-firma que dice: "Romelia Hernández Reina". C.C. Nº 20.556.231 Fgga". Sobre ésta aparece firmado a mano: "Romelia Hernández R.". Se estipulan intereses al dos por ciento (2%) mensual.

II.—Citada la "fiadora" Hernández Reina, manifestó que no pagaba porque nada debía, toda vez que la firma no era suya y presentó denuncia por ese delito señalando como posible autor "a alguien de las personas interesadas en obtener su respaldo económico para obtener el préstamo de que da cuenta el instrumento negociable".

III.—Abierta la investigación se demostró, con las declaraciones de la presunta fiadora, la de la señora Ana María Tovar de Hernández, la del beneficiario de la letra, la de Alfonso Ramírez, la indagatoria del sindicado José de Jesús Hernández y el careo de éste con su hermana Romelia, lo siguiente:

José de Jesús Hernández debía a Alfonso Ramírez la suma, de plazo vencido, de quince mil pesos ($ 15.000.00). La señora Tovar de Hernández solicitó esa misma cantidad en préstamo a Manuel Moreno Cifuentes y le ofreció hipoteca sobre una casa, al parecer de propiedad de su marido. Pero luego la señora le expresó que en lugar de tal garantía, le ofrecía un fiador, la señorita Romelia Hernández, su cuñada. Por informaciones de Alfonso Ramírez sobre la solvencia y honorabilidad de la fiadora, aceptó.

IV.—Hernández manda, después, a su cónyuge a comprar el esqueleto de la letra, y luego la envía donde una persona conocedora de estos trámites para que ponga la leyenda mencionada, cumplido lo cual y después de tener el esqueleto en sus manos, se lo devuelve a ella con su firma y la de Romelia, puesta ésta por él.

V.—Provista de este instrumento en preparación, doña Ana María se dirige a Pasca, residencia del prestamista Moreno Cifuentes, le hace conocer el papel así firmado, lo completan y el antiguo acreedor recibe el dinero.

No habiéndose realizado el pago, sobreviene la ejecución mencionada.

VI.—Como consecuencia de lo probado y dando por existente la prueba requerida para ello,

se llama a juicio a Hernández por el delito investigado. También se sobresee definitivamente en favor de su cónyuge.

VII.—Fuera de algunos reparos a la prueba del cuerpo del delito pergeñados en el considerando primero, el juez *a-quo* dedica el segundo y tercero a demostrar, sobre la base de la actividad de la señora de Hernández y de algunas, que él cree, contradicciones, que José de Jesús no fue el autor de la firma supuesta de la fiadora Romelia Hernández Reina. Por ello, pronuncia fallo absolutorio.

VIII.—El Tribunal, por su parte, estructura así la sentencia recurrida por su Fiscal:

a) Después de relatar los hechos, copia tres considerandos del auto de vocación a juicio, el primero que admite la confesión del procesado, el segundo en donde dice que la confesión es indivisible en cuanto el indiciado Hernández sostiene que no obró con intención dañina pero que no lo es en cuanto el mismo Hernández afirma que obró con autorización de su hermana para suplantar su firma, y el tercero que sirvió para desechar el posible cargo de estafa.

b) Relata, luego, algunos incidentes procesales, entre ellos la audiencia que sirvió al acusado para repetir las cualificaciones de su confesada conducta.

c) Continúa diciendo que en el fallo de primer grado el juez expresó que estaba probada la existencia de la letra pero no la mutación de la verdad y que no se trajo ésta a los autos ni se practicó dictamen grafológico. Se abstiene de comentar a fondo estas aseveraciones del *a-quo*.

d) Después de este paso, el fallo recurrido relata, simplemente, que el de primera instancia ha sostenido que no hay demostración sobre la autoría de la firma supuesta de la fiadora Romelia Hernández, y pasa a escribir lo siguiente:

"De aceptarse por parte de la Sala el criterio jurídico fijado por el *a-quo* en la providencia que se revisa, en lo tocante a desestimar la confesión del denunciado José de Jesús Hernández y con el carácter de indivisible, fácilmente se podría llegar a la conclusión de que él sí fue el único responsable del ilícito incriminado y en la presente etapa responsable legalmente con el fundamento de las demás pruebas distintas a su confesión.

"Pero por la manera como se adelantó la investigación, se calificó el sumario y se adelantó la pertinente etapa probatoria en la causa, ciertamente fueron muchos los vacíos que no permitieron traer en respaldo de la sentencia definitiva la prueba plena y completa de la infracción.

"Y porque es lo cierto que la prueba estructural en la causa para poder examinar la responsabilidad que le quepa al señor José de Jesús Hernández, ha sido su confesión libre y espontánea y porque a ella ha de estarse en forma indivisible, en el caso de concluír que en este como en todos los delitos debe considerarse esencialmente el elemento doloso, ánimo dañino en el sujeto activo incriminado, para poder estarse cierto en la calificación de su conducta delictiva.

"Siendo muy disímiles las tesis de los doctrinantes en cuanto a la apreciación del elemento doloso en el delito de falsedad, como ilícito contra la fe pública, cabe trasladar aquí la tesis que para una de esas posiciones en el examen del delito de falsedad trae nuestro tratadista colombiano Luis E. Romero Soto en su obra LA FALSEDAD DOCUMENTAL, Editorial Temis, Bogotá, 1960, pág. 136:

"'Continuando el estudio de las teorías subjetivistas, bueno es exponer la de ANTOLISEI, para quien el autor de la falsedad debe tener, no sólo la conciencia de inmutar la verdad y la voluntad de conseguir este resultado, sino también la conciencia de causar un daño. Este daño no se limita al ocasionado a la fe pública, sino consiste esencialmente en poner en peligro 'los intereses específicamente salvaguardiados por los medios probatorios'. No dice este autor expresamente, que el falsario debe tener la intención de causar un daño, pero afirma que no es posible reducir el dolo a la mera violación del comportamiento, sino que debe comprender también la del resultado, de donde se deduce que la intención dolosa en la falsedad debe abarcar, no sólo la mutación de la verdad, sino ir hasta el propósito de causar un daño a un interés jurídicamente protegido, distinto de la fe pública. De esta concepción se deriva, según el mismo autor, la afirmación de que el dolo es excluído cuando el agente cree, erróneamente, que la falsedad por él cometida es inocua'".

"Cuarto.—Encuentra la Sala que el proceso no recaudó la prueba plena o completa de la infracción por la cual se enjuició al señor José de Jesús Hernández y que por consiguiente no cumpliéndose las exigencias del artículo 203 del C. de P. P., no es posible dictar en su contra sen-

tencia condenatoria. En tales condiciones habrá de procederse a confirmar la sentencia absolutoria proferida por el *a-quo*, aunque teniendo en fundamento una apreciación diferente tal como se dejó indicado".

En resolución, sin fundamentos de su propio raciocinio, el Tribunal asevera:

Que los vacíos investigativos no permitieron traer a los autos la prueba plena de la infracción;

Que la confesión es indivisible y que, por tanto, debe aceptarse la falta de dañino propósito, que parece considerar como elemento esencial del delito de falsedad, a juzgar por la cita que transcribe.

Que no acepta la tesis del Juzgado sobre la responsabilidad, ya que llega a la misma conclusión "teniendo en fundamento (sic) una apreciación diferente...".

IX.—El señor Fiscal, en su demanda, acusa la sentencia de violar indirectamente la ley penal —concretamente el artículo 233 del Código respectivo— por cuanto el fallador apreció erróneamente unas pruebas o dejó de apreciar otras.

Entrando a fondo, sostiene que está probado el cuerpo del delito y la responsabilidad de José de Jesús Hernández Reina como autor de una falsedad en instrumento negociable.

Para demostrar lo primero, escribe:

"El hecho de que no se agregara la letra de cambio al expediente, cuando su existencia fue comprobada con la diligencia de inspección ocular, y en cuanto a la suplantación de la firma de Romelia Hernández Reina, con la afirmación de la cónyuge del procesado, pero, principalmente con la confesión de éste, que corrobora a la denunciante, sirvió para que en ambas instancias se declarara sin comprobación el cuerpo del delito.

"La Fiscalía hace suyas las consideraciones incluídas en el auto encausatorio, en donde se dice con incuestionable acierto:

"'No obstante que a los autos no se trajo, mediante desglose del juicio ejecutivo que cursó en el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, la letra de cambio, su existencia, a igual que la mutación de la verdad en dicho instrumento negociable, se evidencia con la diligencia a que se hizo mérito en el resultado primero; el dicho de la señorita Romelia Hernández Reina, a quien se hizo aparecer como fiadora mancomunada y solidaria, sin haber dado su consentimiento, y la confesión del incriminado señor José de Jesús Hernández Reina, de haber puesto de su puño y letra la firma en dicho documento. De consiguiente, se halla plenamente comprobado el aspecto objetivo de la Falsedad'.

"Dice el artículo 272 del C. de P. P. que los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito.

"En esencia, el cuerpo del delito se refiere a todos los elementos que tiendan a demostrar la relación de un acto humano con una infracción de la ley penal, entiéndese por acto la parte positiva o negativa del mismo.

"La norma procedimental citada, permite hacer diversidad de enfoques sobre la estructura y comprobación del cuerpo del delito, según los elementos constitutivos de la infracción que señale la respectiva disposición penal.

"De manera que en veces la comprobación del cuerpo del delito requerirá, casi exclusivamente, un cúmulo de verificaciones puramente objetivas, y otras ideológicas, como sucede en los casos contemplados en los artículos 316 y 214, ordinal 3º del C. P.

"En efecto, el artículo 316 exige que para establecer legalmente el delito de violencia carnal, es necesario que se pruebe que hubo intromisión, más o menos del miembro viril en la cavidad vaginal. Faltando esa circunstancia, el delito tomará otra denominación, como abusos deshonestos.

"El ordinal 3º del artículo 214 exige el elemento a sabiendas para que se estructure el delito allí indicado contra la fe pública, y tal mandato debe relacionarse con el artículo 273 del C. de P. P., que pide la comprobación plena de dicha circunstancia para que haya cuerpo de delito.

"Con obligada frecuencia se ha citado a Irureta Goyena, quien estudia los dos conceptos del cuerpo del delito, el material y el ideológico.

"'Con sujeción al primer concepto, dice Goyena, que es el concepto *VULGAR* (subraya la Fiscalía), cuerpo del delito es una de estas dos cosas: o el instrumento con que se comete el delito, o el objeto resultante del delito. En sentido ideológico, cuerpo del delito es el delito mismo, visto a través de todos los episodios de su

realización externa. Con arreglo a este concepto, cuando se dice que está comprobado el cuerpo del delito, lo que quiere decirse es que está legalmente constatada la existencia del delito'.

"Es innegable que si el cuerpo del delito se conformara con las simples objetividades, con las realidades puramente externas, sin relación con una acción o con una comisión humana, habida consideración de que sólo los humanos pueden ser sujetos activos de violar las normas sustantivas penales, se llegaría al absurdo de encontrar un delito de homicidio, en el hecho de que un hombre resultó muerto por un fenómeno atmosférico, o la caída de un árbol sobre él.

"Lo contrario, y no menos distinto a toda sindéresis, resultaría de establecer el cuerpo del delito mediante el encadenamiento de inducciones y silogismos, lucubraciones y razonamientos apriorísticos, porque entonces podría ocurrir que resultaran delictuosas las simples intenciones sin la necesaria relación con los hechos.

"Nuestro sistema legal conjuga los dos sistemas, según el contenido del artículo 273 del C. de P. P.

"Con la confesión explícita y atendible del acusado, con la inspección ocular practicada al juicio ejecutivo —cuyo recaudo fue la letra cuestionada—, y con las demás pruebas que obran en el proceso, se tiene la convicción de la EXISTENCIA DEL DELITO. A esta convicción se llega ideológicamente, pero con base en la realidad derivada de la prueba que se recalcó, entre la cual debe relievarse la confesión de Hernández Reina y la inspección ocular sobre el juicio ejecutivo.

"El defensor de José de Jesús Hernández Reina procedió con más discreción que los jueces de las dos instancias. En efecto, circunscribió sus argumentos a que su patrocinado había obrado sin ánimo de causar ningún daño, lo cual era verificable con las modalidades de la infracción, con el pago que Hernández Reina hizo al tenedor de la letra y con la personalidad y carencia de antecedentes delictuosos del enjuiciado".

Para concluír que sí está probada la responsabilidad expresa:

Que existe la confesión libre y espontánea del sindicado; que ésta es divisible y que no puede aceptarse que el sindicado fuera autorizado por su hermana para suplantar su firma; porque está desmentido por la interesada y porque no le dio a ésta el aviso del caso ya que ella lo supo al ser notificada del mandamiento de pago; que esta misma indivisibilidad juega en cuanto a falta de animus nocendi.

Y como las pruebas así analizadas fueron desconocidas por el Tribunal por mala apreciación de ellas o por no tenerlas en cuenta, ello lo llevó a no aplicar, violando, el artículo citado.

SE CONSIDERA:

No habrá de analizarse la parte del cargo relativa a la responsabilidad del acusado por cuanto habiendo llegado a concluír que los elementos de prueba a que se refiere la demanda —y que son los únicos existentes— no demuestran la existencia del cuerpo del delito, ello sólo basta para que la impugnación no prospere, ya que sin esa base esencial no podría infirmarse el fallo para reemplazarlo por uno condenatorio.

Así las cosas, cabe observar:

No se trajo a los autos la letra ni siquiera la fotocopia que de ella dicen haber tomado los peritos que se limitaron a comprobar su existencia en el juicio ejecutivo y los detalles enunciados en el punto primero de este fallo.

La única prueba de la falsedad de esa firma, es decir, de la existencia material de la suplantación, consiste en la negativa que de ella hace la presunta fiadora, señorita Romelia Hernández Reina, pues no se hizo cotejo de firmas, y la confesión del procesado, que, de otro lado, puede ofrecer tachas, no sirve de prueba de la existencia misma de la falsedad.

A este respecto ha dicho la Corte:

"7º La confesión es, según Carrara, la afirmación que hace el reo en contra suya. Ella 'continúa siendo considerada como la prueba por excelencia; si no cuál la probatio probatissima, al menos como la más completa y segura, la que más tranquiliza la conciencia judicial y, al mismo tiempo, la conciencia popular', afirma Gorphe. Y agrega: 'En materia penal, integra únicamente un elemento de convicción; no dispensa al Ministerio Público de probar la existencia del delito y la de la culpabilidad, ni a los jueces de examinar el proceso. Tampoco escapa este medio de prueba a la apreciación crítica de los jueces'. 'La confesión del culpable, por sí sola, no resulta suficiente para colocar a la justi-

cia en estado de condenarlo', ya que 'se requiere, en todo caso, que la existencia de la infracción sea demostrada por otra causa'.

"8º El mismo maestro Carrara, al señalar las condiciones requeridas para que la confesión sea 'legítima', indica que ella debe ser judicial, espontánea, inequívoca, constante, inteligente y libre, 'debe recaer sobre cosas posibles' y 'debe ir precedida de la prueba de la parte material del delito, y esto aún en los delitos de hechos transeúnte y mucho más en los de hecho permanente'. Quiere decir lo anterior que la confesión del reo carece de eficacia penal, si ella no va precedida de la demostración del cuerpo del delito, que es lo indicado en el artículo 255 del C. de P. P.

"9º Consecuencia de lo anterior: si la confesión libre y espontánea del reo puede ser indicadora de responsabilidad o culpabilidad, ella carecerá de valor, si previamente no se ha demostrado el cuerpo del delito en sus aspectos objetivo y subjetivo".

En mérito de cuyos razonamientos, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso ameritado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

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.

FALLO DICTADO EN JUICIO VICIADO DE NULIDAD

La sentencia de primera instancia guardó silencio sobre el cargo de robo que le había sido formulado al procesado, en la resolución de convocatoria del consejo de guerra verbal.—Esta omisión viola, por no cumplirse una forma de juicio, un derecho individual.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., diciembre trece de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero).

VISTOS:

El procesado GONZALO ARANGO SOCOTA y su defensor y los procesados JORGE LOPEZ LOPEZ y MANUEL ANTONIO ROMERO TORO interpusieron recurso de casación contra la sentencia de veintisiete (27) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), proferida por el Tribunal Superior Militar.

El primero presentó demanda de casación oportunamente. No así los dos últimos que dejaron transcurrir el término del traslado sin hacer uso de él, por lo cual, en relación con ellos, deberá declararse desierto el recurso que se interpuso.

Procede, pues, la Corte a decidir el relativo a Arango Socotá.

LOS HECHOS

Se narran así en el fallo recurrido:

"La etapa instructiva cumplida en este expediente pudo establecer que cuando eran aproximadamente las 10:30 horas del lunes ocho de marzo de este año, a la residencia del médico doctor Guillermo Pardo Villalba, distinguida con el número 19-49 de la calle 63 de Bogotá, llegó el taxi de placas D.61930, afiliado a la Empresa 'Taxi Mío', en el que iban los sujetos Jorge López López, alias 'CABEZON', o 'EL CABEZON', Manuel Antonio Romero Toro, Luis Romero Toro y otro que no está suficientemente identificado en el proceso y quienes, contando con la complicidad de la mujer María de Jesús Gordillo, del servicio doméstico de la casa del doctor Pardo Villalba, lograron fácil entrada a la residencia, por el garaje de la misma, sitio hasta donde pudieron llevar el taxi por ellos utilizado.

"Uno de esos cuatro personajes permaneció dentro del vehículo, mientras que 'El Cabezón', revólver en mano, subió al segundo piso de la residencia y, encañonando a la señora Gloria Gómez de Pardo, la obligó a interrumpir una conversación telefónica que en esos momentos sostenía con doña Cecilia de Loboguerrero y la condujo al garaje de la casa donde el taxi había permanecido con su motor en marcha, haciéndola ocupar un puesto en el asiento delantero del mencionado vehículo y en medio de dos sujetos que intervenían en los hechos.

"Los otros dos también penetraron a la residencia, impusieron silencio y encerraron a la muchacha del servicio, Elba Buitrago, procedimiento que también emplearon con María de Jesús Gordillo, seguramente para guardar apariencias. Cumplida esta misión, los dos abordaron el taxi, al que también introdujeron un televisor 'Motorola', una brilladora y una aspiradora 'Electrolux', objetos que sustrajeron de la residencia.

"Actuando con toda presteza, el taxi fue sacado del garaje, uno de los acusados cerró las puertas del mismo y rápidamente se dirigieron hacia el sector sur-oriental de la ciudad, Barrio Perdomo, hasta el apartamento ocupado por Ariel González Parra y Ariel López López y su concubina Maruja o Francisca Medina, sitio prefijado para mantener privada de su libertad a la señora Gloria y donde permaneció, continuamente vigilada, hasta el miércoles siguiente, pues

en las horas de la mañana de dicho día fue trasladada, en el mismo taxi, a una casa-lote de la urbanización 'El Vergel', del Municipio de Fontibón.

"En este lugar, con las seguridades debidas, pero también con algunas consideraciones, estuvo recluída la señora Gloria hasta las horas de la madrugada del viernes doce del mes de marzo mencionado, cuando en el taxi 'ROXI', de placas número D-61351, manejado por Gonzalo Arango Socotá, se le sacó de su cautiverio, dejándola libre en las vecindades de la Ciudad Universitaria, donde ella tomó un vehículo de servicio público que la llevó de nuevo a su casa de habitación, siendo aproximadamente las 05:30 horas de ese viernes.

"Debe agregarse que, mientras la dama estuvo en poder de sus secuestradores, fue obligada a escribir dos cartas a su esposo y una tercera a su padre el General (R.) Alberto Gómez Arena, en la que se exigía crecida suma de dinero por su rescate, como también se hicieron algo así como diez llamadas telefónicas al doctor Pardo Villalba, esposo de doña Gloria, con iguales exigencias, mas razones y motivos completamente ignorados, determinaron un cambio en las pretensiones de los secuestradores, como que a última hora desistieron en su empeño de exigir dinero para solicitar, en cambio, que el doctor Pardo Villalba debía hacer publicaciones pidiéndole al Gobierno Nacional que no persiguiera más a los infelices y que rebajara los impuestos, compromiso que adquirió el doctor Pardo y que cumplió a cabalidad".

LA DEMANDA DE CASACION

Varias causales, divididas en diversos cargos, se alegan contra la sentencia. Mas acaece que una de ellas, consistente en haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad, que se presenta como principal, habrá de prosperar por razón del llamado "tercer cargo", lo que hace que la Corte no considere procedente estudiar los demás que se refieren a una sentencia que procesalmente debe desaparecer.

El cargo impetrado consiste en lo siguiente:

Gonzalo Arango Socotá fue detenido por los delitos de secuestro, extorsión y robo. Posteriormente, por Resolución número 0022 de cinco (5) de junio de mil novecientos sesenta y cinco (1965) (f. 11, C. 2º), se convocó Consejo de Guerra Verbal para juzgarlo por "Asociación para Delinquir, Secuestro y Robo".

Al Consejo de Guerra Verbal se le formularon cuestionarios por asociación para delinquir y secuestro (fs. 81 y 82 ibidem), pero no se le formuló por el delito de robo.

Este procedimiento está plenamente autorizado por la primera parte del artículo 578 del Código de Justicia Penal Militar concebida así:

"Si el Presidente del Consejo, oído el concepto del Asesor Jurídico, considera que alguno o algunos de los hechos investigados previamente o dentro del Consejo no han existido o que la ley no los considera como infracción penal, que alguno o algunos de los sindicados no lo han cometido, o que la acción penal no puede adelantarse o proseguirse, se abstendrá de formular cuestionarios sobre tales hechos o sobre tales sindicados".

Pero la misma norma, en su parte segunda, disciplina para la redacción de la sentencia, un sistema que consiste en que ella, en su parte motiva, expresa las razones de orden legal que se hayan tenido en cuenta para la abstención en la formulación de aquellos cuestionarios, y que en su parte resolutiva ordene la cesación del procedimiento seguido contra el sindicado del hecho a que se refiere esa abstención.

Esta es la síntesis del cargo, complementado por la Procuraduría de las Fuerzas Armadas, según cuyo concepto debe prosperar.

CONSIDERA LA CORTE:

La sentencia de segundo grado y que ha sido recurrida, confirmó, en cuanto hace al procesado Arango Socotá, la de primera instancia, sin reforma alguna en cuanto hace al silencio que esta última guardó sobre el cargo de robo que le había sido formulado al procesado en la Resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal.

Significa lo anterior que se trata de un fallo incompleto, puesto que deja subsistente el cargo de robo sobre el cual no es posible que se produzca una ejecutoria si no ha sido objeto de decisión jurisdiccional.

Y esta subsistencia podría implicar, en la práctica, e implica en derecho, una omisión que viola, por no cumplirse una forma de juicio, un derecho individual, puesto que en puridad legal,

Arango Socotá podría ser juzgado de nuevo por un hecho que, al omitirse el cuestionario respectivo, se pretendió descargar de su responsabilidad.

La Corte no quiere ni puede abusar de la extensión de la doctrina de las nulidades constitucionales. Pero donde halle, a través de omisión de forma del juicio —como la contemplada— que se afectan derechos esenciales de la persona humana, o que propician la base para su afectación, no puede menos de pronunciarse en favor de tales garantías individuales.

Se ha dictado, pues, un fallo en un juicio viciado de nulidad.

Por lo cual, 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 de veintisiete (27) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965) dictada por el Tribunal Superior Militar, y ordena reponer el procedimiento desde el fallo de primera instancia, inclusive, en adelante a fin de que se proceda como se indica en la parte motiva de este fallo.

DECLARASE DESIERTO el recurso de casación interpuesto por los procesados Jorge López López y Manuel Antonio Romero Toro contra la ameritada sentencia, y se condena en costas a los recurrentes.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Fancisco López Cruz, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

HOMICIDIO.—VALIDEZ O NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES CUMPLIDOS POR LOS JUECES DE HECHO.—NO PUEDE CONSIDERARSE COMO UNA CAUSAL DE NULIDAD LA FALTA DE NOTIFICACION PERSONAL A TODOS LOS JURADOS SORTEADOS.—INFUNDADA IMPUGNACION A LA SENTENCIA CON BASE EN LA CAUSAL CUARTA DE CASACION CONTEMPLADA EN EL NUM. 4º DEL ART. 56 DEL DECRETO Nº 0528 DE 1964.

1.—Los jueces y magistrados, para quedar investidos de la facultad de administrar justicia, están sujetos a la realización de una serie de "Actos-Condición", tales como el nombramiento, elección, confirmación, posesión, etc.; sin embargo, la irregular realización de cualquiera de estos actos o la nulidad misma del nombramiento, no acarrea la nulidad de lo actuado ni de las sentencias por ellos proferidas; y en consecuencia, no es dable confundir la investidura de la judicatura con la competencia a que se refieren los arts. 150 y 151 del C. J. en cuanto concierne a la naturaleza del negocio, o a la calidad de las partes o al lugar, o bien a la funcional determinada en las atribuciones señaladas a "cada autoridad judicial" por respectiva disposición legal.

En relación con los Jueces de hecho, si bien "participan de las funciones judiciales", en forma transitoria y ocasional (art. 1º C. J.), no puede decirse que tienen determinada competencia, sino que están investidos de una función como consecuencia de los actos condición realizados previamente, como sorteo, declaración de nombramiento, etc. etc. que tienen la cantidad de actos procesales, cuya validez o nulidad debe estimarse de acuerdo con las disposiciones expresas, para de allí deducir también la de los actos cumplidos por los Jueces de hecho, vale decir, sobre la eficacia o ineficacia del respectivo veredicto.

2.—Según el art. 39 del D. Nº 1358 de 1964, el mismo que regula el nuevo procedimiento para la designación o escogencia de los jurados, dice que una formalidad es esencial para la validez del acto, cuando así lo exija expresamente la respectiva norma legal; y la falta de notificación personal a todos los jurados sorteados no se ha exigido como indispensable para la validez del posterior juzgamiento del enjuiciado, luego debe concluirse que no puede considerarse como una causal de nulidad la falta de notificación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D.E., diciembre trece de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

VISTOS:

Debe resolver esta Sala de la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de AGUSTIN ARENAS MARTINEZ, contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil de 15 de julio de este año, que confirmó la de primera instancia proferida por el Juzgado Superior de la cabecera del citado Distrito, según la cual se condenó al enjuiciado Arenas Martínez a la pena principal de ocho años de presidio como responsable del homicidio en Rafael Hernández Hernández.

1º—*Hechos.*—Los hechos que sirvieron de base a este proceso, los sintetiza así el procurador primero delegado en lo penal:

"Asuntos pasionales y económicos distanciaban a Agustín Arenas Martínez de Rafael Hernández Hernández, quienes se encontraron en la carretera de San Gil Mogotes, en el punto 'El Boquerón' de la vereda de 'Cañaverales' y del Municipio de San Gil y tras un cambio de palabras, Agustín Arenas Martínez hincó violentamente su cuchillo en la región escapular derecha, por la espalda, atravesándolo y dejando mortalmente herido a Rafael Hernández H." (f. 20, C. Nº 3º).

2º—*Demanda de Casación.*—a) En la primera parte de la demanda, el apoderado expone los fundamentos de la causal de nulidad que alega con fundamento en estos hechos procesales:

"En firme el enjuiciamiento y pedido el sorteo de Jurados en la forma establecida por el artículo 19 del Decreto número 1358 de 1964, el 14 de abril del año (sic) en curso se verificó ante el H. Tribunal el sorteo correspondiente, teniéndose como resultado para integrantes del Tribunal Popular los siguientes nombres:

"*Jurados Principales:*

"Nº 47.—Gutiérrez Cancino Jaime.
"Nº 75.—Plata Mújica Pedro.
"Nº 39.—Garzón Alvaro.

"*Jurados Suplentes:*

"Nº 6.—Barrera Gómez Gabriel.
"Nº 40.—Gómez French Eulogio.
"Nº 31.—Flórez Angel de Jesús". (fs. 8 y 9 ib.).

Por auto de 2 de abril de 1965, el Juzgado del conocimiento ordenó tener como jurados a los ciudadanos sorteados, notificando personalmente a los principales como a los suplentes; el 28 de enero de 1966, se señaló el 4 de febrero a las ocho de la mañana, para dar principio a la audiencia pública, providencia que debía notificarse personalmente a todos los jurados, principales y suplentes, de acuerdo con el artículo 26 del D. Nº 1358 de 1964 y para los fines allí previstos.

"Según constancias procesales —dice el recurrente—, a las ocho de la mañana del 4 de febrero último, se presentaron en el Juzgado Superior, tan sólo los jurados *Gutiérrez Cancino, Garzón Alvaro, Gómez French Eulogio* y *Flórez Angel de Jesús,* dejando de asistir los jurados *Plata Mújica* y *Barrera Gómez,* quienes, según informe secretarial, '*no pudieron ser notificados oportunamente por ausencia*'.

"Es decir: en el breve espacio de cinco días, apenas el empleado citador notificó a cuatro de los seis jurados, y con la excusa baladí de una 'ausencia', informó que no se había podido hacer todas las notificaciones. En esas circunstancias, con un cuerpo de jurados mermado en su composición, sin ser notificados los seis jurados del día de la ausencia, ésta se verificó y se produjo un veredicto condenatorio.

"Con base en ese veredicto proferido por un cuerpo de jueces incompleto, se dictó sentencia de primera instancia, condenando a Arenas Martínez a ocho años de presidio, y se profirió sentencia de segunda instancia, sin aceptar la alegación de nulidad propuesta por mi distinguido predecesor, el doctor Alberto Rueda Amorocho, nulidad que hizo consistir en la falta de notificación personal a dos jurados, del auto que señalaba fecha para la audiencia". (f. 9 ib.).

b) Invocados estos hechos procesales, el recurrente considera que el proceso se halla viciado de nulidad; y al efecto, expone:

"Acuso la sentencia del H. Tribunal Superior de San Gil, de fecha 15 de julio de 1966, recurrida en casación, alegando la causal 4ª contemplada en el numeral 4º del artículo 56 del Decreto número 1358 de 1964 (*'cuando la sentencia se haya dictado en un juicio de nulidad'*), y la nulidad constitucional derivada de no haberse observado las formas propias del juicio (artículo 26 de la Constitución Nacional).

"Se han violado las siguientes disposiciones:

"Artículos 26, 27 y 29 del Decreto número 1358 de 1964". (f. 11 ib.).

c) El primer cargo consiste en lo que el recurrente denomina "incompetencia de jurisdicción", para lo cual expone:

"La ley previene como obligación del Juzgado *notificar personalmente a los jurados, tanto principales como suplentes* el auto que señala día y hora para la audiencia. Esa formalidad de la notificación personal es un trámite necesario, propio e indispensable, pues los jurados, todos los jurados, deben concurrir a la audiencia, y la posesión del cargo con la formalidad legal del jurado, es lo que les da facultad de juzgar al acusado". (f. 12 ib.).

Sostiene que el enjuiciamiento, veredicto y sentencia son tres actos íntimamente relacionados, y agrega:

"Los jurados participan de funciones judiciales y dictan su fallo en conciencia, fallo que es el fundamento de la sentencia del Juez de Derecho. En estos procesos, el juzgamiento es mixto, es decir, que participan Jueces de Conciencia y Jueces de Derecho: los primeros son designados por sorteo, se posesionan y juran cumplir con sus deberes, ante el Juez de Derecho, y éste es nombrado por el Tribunal Superior, y se posesiona ante el funcionario administrativo correspondiente.

"Si los jurados no son designados en la forma legal, o si no intervienen en la forma señalada por la ley, existe un vicio que invalida todo lo actuado, por carencia de facultad legal para proferir el veredicto, que bien puede llamarse *incompetencia de jurisdicción.*

"Ese vicio es una *desviación de la norma jurídica,* porque competencia es la *aptitud de un Tribunal para conocer de un pleito o causa.* Esa aptitud depende del nombramiento o designación en la forma legal, y de la intervención en el proceso en forma debida. Por consiguiente, es invá-

lida y viciosa la intervención de un jurado en forma contraria a la ley". (f. 12 ib.).

Expuestas estas razones básicas, pasa el recurrente a enumerar cada uno de los actos procesales en relación con los jurados, desde la elaboración de las listas, el sorteo, el reconocimiento como tales hecho por el juez, la notificación de esta providencia en forma personal y el señalamiento de fecha para efectuar la audiencia pública, para terminar con la indicación del modo como se reemplaza al principal que falta, pues si fuere por ausencia definitiva, se debe sustituírlo, según el mismo demandante, mediante un nuevo sorteo; pero si fuere que elude la notificación del último auto, sobre señalamiento de fecha, debe imponérsele la multa disciplinaria correspondiente; sin embargo, no determinó cuál debería ser el procedimiento o la manera de reemplazar al jurado a quien, por ausencia transitoria, no se ha podido notificarle la fecha de la audiencia para su concurrencia.

Previa la exposición de este sistema de la exclusiva invención del recurrente, termina así este primer cargo:

"Al no reemplazarse los jurados en la forma legal, se incurriría en nulidad de lo actuado, y una nulidad especialísima, sustantiva, pues no se trata de la simple violación contemplada en el numeral 3º del artículo 199 del C. de P. P., sino de una violación palmaria del nuevo sistema del Decreto 1358 de 1964". (f. 15 ib.).

c) El segundo cargo se refiere a la llamada nulidad constitucional, con fundamento en el artículo 26, pues considera que en este caso faltaron las formalidades propias del juicio, porque "la facultad de juzgar en conciencia corresponde, en primer lugar, a los principales, y sólo cuando uno de éstos, debidamente notificado del auto que señala la fecha para la audiencia falta a ésta, opera el reemplazo numérico". (f. 15, C. Nº 3º).

Luégo continúa:

"Una de esas formas es la asistencia de los tres principales y de los tres suplentes al acto, pero esa asistencia está condicionada a la notificación personal del auto que señaló fecha para la audiencia. Esa notificación es indispensable y su falta equivale a violación de las formas propias del juicio. El jurado, antes de jurar su cargo, es un tercero, y para poderle imponer las sanciones es necesario que haya sido notificado; y para que asista, debe ser notificado personalmente. Por consiguiente, no habiéndosele notificado el auto que señala fecha y hora para la audiencia, esa providencia no puede producir efectos legales, y lo actuado en esa audiencia es nulo". (f. 15 ib.).

Como se ve esta pretendida nulidad tiene su asidero en el mismo hecho procesal, o sea, la falta de notificación del auto que señaló fecha para la audiencia, a todos los ciudadanos sorteados, como principales o suplentes, para desempeñar la función de jueces de conciencia; pero en sana lógica, cabe anotar desde ahora, solamente puede deducirse que el jurado notificado con la dicha providencia no puede ser sancionado, mas no que el juicio quede viciado de nulidad alguna.

3º—El Procurador Primero Delegado en lo Penal considera infundada la causal de nulidad alegada en cada uno de sus dos cargos, según los argumentos que expone y que serán mencionados o expuestos al decidir sobre cada uno de los cargos, con el objeto de evitar innecesarias repeticiones.

4º—*Consideraciones de la Corte.*—De acuerdo con lo expuesto por el recurrente, la falta de notificación personal a dos jurados, uno principal y otro suplente, del auto sobre señalamiento de la fecha y hora de la audiencia, constituye la base para alegar la causal cuarta, primero, por "incompetencia de jurisdicción", según el decir del demandante; y segundo, por no haberse observado las formas propias del juicio, cargos que pasan a considerarse separadamente.

a) *Primer cargo.*—Los Jueces y Magistrados, para quedar investidos de la facultad de administrar justicia, están sujetos a la realización de una serie de "actos-condición", tales como el nombramiento o elección, confirmación, posesión, etc.; sin embargo, la irregular realización de cualquiera de estos actos o la nulidad misma del nombramiento, no acarrea la nulidad de lo actuado ni de las sentencias por ellos proferidas; y en consecuencia, no es dable confundir la investidura de la judicatura con la competencia a que se refieren los artículos 150 y 151 del C. J. en cuanto concierne a la naturaleza del negocio, o a la calidad de las partes o al lugar, o bien a la funcional determinada en las atribuciones señaladas a "cada autoridad judicial" por respectiva disposición legal.

b) En relación con los Jueces de Hecho, si bien "participan de las funciones judiciales",

en forma transitoria y ocasional (art. 1º C. J.), no puede decirse que tienen determinada *competencia,* sino que están investidos de una función como consecuencia de los actos condición realizados previamente, como sorteo, declaración de nombramiento, etc., etc., que tienen la calidad de actos procesales, cuya validez o nulidad debe estimarse de acuerdo con las disposiciones expresas, para de allí deducir también la de los actos cumplidos por los Jueces de Hecho, vale decir, sobre la eficacia o ineficacia del respectivo veredicto.

c) La única observación que se ha hecho sobre la designación de jurado en este proceso, se refiere a que no fueron notificados, personalmente, uno de los principales y uno de los suplentes del auto que señaló fecha y hora para la audiencia; pero esta omisión por parte de los empleados del Juzgado Superior de San Gil, no está considerada como causal de nulidad, porque para esto se requiere que la ley exija expresamente "para la validez de determinado acto", según lo previsto en el artículo 39 del mismo Decreto 1358 de 1964; ahora como la dicha notificación no está prevista como condición esencial para la validez del acto, debe concluírse que no puede declararse la nulidad de los actos procesales cumplidos con posterioridad a la fallida notificación.

d) Además, las certificaciones de los empleados subalternos del juzgado, encargados de hacer las notificaciones, hacen plena prueba respecto de su contenido, como enseña el artículo 632 del C. J. en armonía con el artículo 251 del C. de P. P., lo cual significa que está plenamente demostrado que no se pudo notificar a los dos miembros del jurado, uno principal y otro suplente, en virtud de hallarse ausentes del lugar; porque si así no fuera, significaría que el empleado respectivo habría cometido un delito de falsedad en documentos públicos al dar informes inexactos.

e) Sostiene el Procurador Primero Delegado que, cuando no concurre alguno o algunos de los jueces de hecho por falta de notificación del auto que señaló fecha y hora para la audiencia, el veredicto no es nulo según las siguientes razones que expone:

"De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 del citado decreto que dice: 'esta providencia se notificará también personalmente a los seis jurados, quienes por este solo hecho QUEDARON OBLIGADOS A PRESENTARSE EL DIA Y HORA DE LA AUDIENCIA', se está señalando clara, nítida y concretamente el fin perseguido por el Legislador: obtener la comparencia de los jurados sorteados en número suficiente para que las audiencias se realicen.

"Y este fin social de la ley se relieva y ratifica más aún con lo dispuesto en el artículo 27 que dice: 'Cuando al iniciarse la audiencia faltare alguno o algunos de los tres jurados principales, SERAN REEMPLAZADOS por el suplente o suplentes siguiendo el orden de extracción de las fichas. EL JURADO CON EL CUAL SE INICIE LA AUDIENCIA actuará hasta la terminación de ella'. Y lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 1358 de 1964, está diciendo en forma categórica que si alguno o algunos de los jurados principales no concurren a las audiencias, por cualquier causa, el jurado que habrá de decidir se integrará con los principales que asisten y los suplentes en el orden de extracción que concurran y que dicho jurado así formado actuará hasta la terminación de la audiencia.

"Y esta disposición legal determina la formación del jurado en caso de ausencia culposa, fortuita o voluntaria de algún o alguno de los jurados principales o suplentes y como en el caso *sub-judice* concurrieron dos principales y el segundo y tercer suplente, en orden a la extracción de las fichas, síguese que el jurado que juzgó a Agustín Arenas Martínez se constituyó conforme a la ley". (fs. 24 y 25, C. Nº 3º).

Por tanto el primer cargo resulta del todo infundado.

Segundo cargo.—El segundo cargo tiene el mismo fundamento de hecho, en cuanto concierne a la falta de la susodicha notificación, para deducir de allí una nulidad de las llamadas constitucionales conforme al artículo 26; pero como aquella omisión no es una formalidad propia e indispensable del juicio, ni menoscaba el derecho del procesado, síguese que también este cargo es infundado; porque, además, según el citado artículo 39 del Decreto número 1358 de 1964, el mismo que regula el nuevo procedimiento para la designación o escogencia de los jurados, dice que una formalidad es esencial para la validez del acto, cuando así lo exija expresamente la respectiva norma legal; y la falta de notificación personal a todos los jurados sorteados no se ha exigido como indispensable para la validez del posterior juzgamiento del enjuiciado, luego debe concluírse que no puede considerarse como

una causal de nulidad la falta de la dicha notificación.

Sobre este cargo, dice el Procurador Delegado:

"En estas condiciones, considero que no hubo VIOLACION ALGUNA DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO PENAL y que el derecho de defensa de Agustín Arenas Martínez permaneció intacto, siendo eficientemente atendido por un distinguido profesional, habiéndose practicado todas las pruebas por él solicitadas, sin que se pueda decir que se le desconoció la más leve, la más mínima garantía procesal, por lo cual el cargo debe desecharse. (f. 28, C. Nº 3º).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil el 15 de julio de este año, en el juicio contra Agustín Arenas Martínez por el delito de homicidio consumado en Rafael Hernández Hernández.

NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

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.

OTRAS SENTENCIAS DE CASACION DICTADAS POR LA SALA PENAL DE LA CORTE, EN EL CUARTO TRIMESTRE DE 1966, QUE NO SE PUBLICAN POR CARECER DE INTERES DOCTRINARIO:

Procesado	*Fecha*	*Magistrado*
Ramón Palomino Hernández	7/Diciembre/66	Dr. Montero Torres
Rafael Ruiz Cancino	9/Diciembre/66	Dr. Zambrano

SALA LABORAL

Extractos de jurisprudencia de esta Sala, a cargo del Relator de entonces, DR. EUSEBIO CABRALES PINEDA.

SUSPENSION DEL CONTRATO DE TRABAJO

Otorgamiento de becas por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.—Modalidad del contrato que sobre el particular se celebra entre el Instituto y el becario.—Suspensión de los contratos de trabajo.—Licencia o permiso temporal concedido por el patrono al trabajador (art. 51, ord. 4º del C.S. del T.).

La voluntad de los contratantes o aún la del solo empleado basta para impedir que la interrupción del trabajo subalterno sea considerada al efecto de una suspensión del contrato y para mantener convencionalmente la ficción de su continuidad, siempre que así se exprese o que se manifieste por actos positivos tales como los pagos del salario durante la ausencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., tres de octubre de mil novecientos sesenta y seis.

(Proyectó: doctor Mario Barrios Monroy, Auxiliar de Casación Laboral).

Ante el Juzgado Cuarto del Trabajo de Bogotá, por medio de apoderado, el doctor HERNANDO AFANADOR CABRERA demandó al INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES, representado por su gerente, con el objeto de que por dicho despacho se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"a) Que el contrato de trabajo celebrado entre el doctor Hernando Afanador Cabrera y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales el día primero de abril de mil novecientos cincuenta no se interrumpió cuando el trabajador viajó a México a fines de junio de 1956 en disfrute de la beca que el Instituto le otorgó por medio de la Resolución número 136 de 13 de junio de dicho año y que sólo dejó de tener vigencia a partir del 21 de octubre de 1958, cuando la gerencia del Instituto se negó a restituír al doctor Afanador a su trabajo normal a su regreso de México.

"b) Que la continuidad del vínculo jurídico laboral se debe a la circunstancia de que la beca le fue otorgada en su calidad de trabajador y la disfrutó como tal, para ser utilizado luégo el beneficiario en el servicio del Instituto, de acuerdo con el contrato celebrado entre el doctor Afanador y el Icetex, este último a nombre del Instituto Colombiano de Seguros Sociales en desarrollo del contrato celebrado entre las dos instituciones.

"c) Que, como consecuencia, el Instituto debe ser condenado a pagar al actor las sumas dejadas de remitir a México por concepto de la beca, sobre la base de CIENTO CINCUENTA DOLARES (US$ 150.00) mensuales y otros gastos autorizados en el contrato celebrado con el Icetex, además de las prestaciones pendientes por los servicios prestados, la indemnización por el rompimiento injusto del contrato de trabajo por el Instituto demandado, las indemnizaciones por mora en el pago de las deudas laborales y las costas del juicio, de acuerdo con el siguiente detalle:

1).—La suma de SEIS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($ 6.375.00) o

cuanto más se probare, por concepto de auxilio de cesantía. De esta suma se descontarán UN MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON SETENTA Y NUEVE CENTAVOS ($ 1.283.79), recibidos por el actor como liquidación parcial.

2).—La suma de UN MIL QUINIENTOS PESOS ($ 1.500.00) por concepto de la prima de servicios del segundo semestre de 1956, el año de 1957 y el primer semestre de 1958, o la suma que se probare por este concepto.

3).—La cantidad de UN MIL CIENTO VEINTICINCO PESOS ($ 1.125.00) o cuanto se probare, por concepto de vacaciones no disfrutadas.

4).—La suma de TRES MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($ 3.975.00), o cuanto más se probare, por concepto de indemnización por rompimiento injusto del contrato de trabajo.

5).—La cantidad de DOS MIL CIENTO (sic) DOLARES (US$ 2.100.00), por concepto de catorce mensualidades dejadas de pagar al actor por la beca que le fue otorgada.

6).—La suma de SEISCIENTOS DOLARES (US$ 600.00), o cuanto se probare por concepto de otros gastos autorizados al actor como becario del Instituto demandado, que no han sido cancelados.

7).—La suma equivalente a los salarios desde la fecha de la terminación del contrato de trabajo hasta cuando el Instituto demandado pague al actor las sumas adeudadas o consigne lo que considere, justamente, deber.

8).—El valor de las costas del juicio en caso de oposición".

En relación con lo que tiene que ver con la beca, expresa el actor como hechos los siguientes:

"PRIMERO.—Por medio de la Resolución número 136 de 13 de junio de 1956, el Instituto Colombiano de Seguros Sociales concedió al doctor Hernando Afanador Cabrera una beca para adelantar estudios de especialización en pediatría en el Hospital Infantil de Méjico.

"SEGUNDO.—De acuerdo con la misma Resolución, la beca tuvo una duración de veinticuatro meses y la cuantía señalada fue de CIENTO CINCUENTA DOLARES (US$ 150.00) mensuales.

"TERCERO.—El valor de la beca debería ser pagado al becario por conducto del Instituto de Especialización Técnica en el Exterior —Icetex—, de acuerdo con contrato suscrito entre éste y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

"CUARTO.—De acuerdo con contrato suscrito el día veintisiete de febrero de mil novecientos cincuenta y seis entre el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y el Icetex, éste se constituyó en intermediario entre el primero y sus becarios, para remitirles los valores respectivos, controlar la efectividad de los estudios, etc.

"QUINTO.—En el contrato referido en el hecho anterior, se convino en que el Icetex, sólo responde hasta por las sumas depositadas por el I.C.S.S. para el sostenimiento de las becas.

"SEXTO.—Con base en el contrato celebrado entre el I.C.S.S. y el Icetex, y en la Resolución de adjudicación de la beca al demandante citada en el hecho primero, se suscitó entre el Icetex y el doctor Hernando Afanador Cabrera el contrato de fecha quince (15) de junio de mil novecientos cincuenta y seis (1956), sobre condiciones de efectividad de la beca.

"SEPTIMO.—La beca fue otorgada al demandante por haber realizado un importante trabajo científico con destino a lograr este beneficio y en su condición de médico pediatra al servicio del Instituto demandado.

"OCTAVO.—El actor recibió la remuneración normal como médico pediatra del Instituto Colombiano de Seguros Sociales hasta el 20 de junio de 1956, cuando salió hacia Méjico a fin de ingresar al curso de pediatría del Hospital Infantil de Méjico.

"NOVENO.—El derecho a la beca tuvo vigencia a partir del mes de julio, inclusive, de mil novecientos cincuenta y seis.

"DECIMO.—En el contrato celebrado con el Icetex por el becario, el primero a nombre del Instituto demandado, además de la suma fija por concepto de la beca, se debía reconocer al becario lo correspondiente a gastos de matrícula y los demás derechos y gastos de enseñanza que cobrase la institución docente respectiva.

"UNDECIMO.—Desde el mes de julio de mil novecientos cincuenta y seis, el becario ingresó a los cursos de pediatría del Hospital Infantil de Méjico.

"DUODECIMO.—El Icetex sólo remitió al becario las sumas correspondientes a los diez (10)

primeros meses de estudios y no efectuó los envíos correspondientes a los catorce meses restantes de la beca, a partir de mayo de 1957.

"DECIMO-TERCERO.—A los requerimientos del becario hechos al Icetex, éste contestó que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales no había hecho el depósito a que estaba obligado para el pago de la beca en los meses no cubiertos.

"DECIMO-CUARTO.—Al becario no le fueron cubiertos los gastos de matrícula ni los demás derechos y gastos de enseñanza.

"DECIMO-QUINTO.—El Icetex informó al becario que el pago no se había efectuado por falta de situación de fondos de parte del I.C.S.S. demandado.

"DECIMO-SEXTO.—La suma correspondiente a gastos de regreso tampoco le fue enviada al becario al terminar sus estudios el último de julio de 1958 y sólo le fue pagada después de su regreso a Bogotá.

"DECIMO-OCTAVO.—No obstante la falta de pago de la beca y los gastos complementarios, el actor, en carta de 22 de noviembre de 1958, dirigida al Gerente General, ratificó su disposición a prestar los servicios al Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

"DECIMO-NOVENO.—A pesar de la disposición del actor a prestar dentro de las condiciones convenidas los servicios al I.C.S.S., no fue admitido a ellos.

"VIGESIMO.—Según la cláusula quinta del contrato celebrado entre el Icetex, a nombre del Instituto demandado, y el actor como becario de éste, debería prestar, a su regreso al país, servicios como médico al I.C.S.S., por el término de cuatro años.

Y en lo que hace relación con el contrato de trabajo, continúa exponiendo los siguientes hechos el actor:

"VIGESIMO-PRIMERO.—El contrato de trabajo suscrito entre el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y el actor no dejó de tener vigencia hasta cuando fue roto por el I.C.S.S. al no admitir a su servicio al becario, al regreso al país.

"VIGESIMO-SEGUNDO.—El actor ingresó al servicio del I.C.S.S. el 1º de abril de 1950, en contrato a término indefinido y una remuneración de DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS ($ 250.00) hora-mes.

"VIGESIMO-TERCERO.—El contrato se prorrogó tácitamente y el 1º de diciembre de 1954 se firmó una modificación del mismo.

"VIGESIMO-CUARTO.—De 1954 en adelante el actor devengó SETECIENTOS CINCUENTA PESOS ($ 750.00) mensuales, correspondientes a tres horas-mes de trabajo.

"VIGESIMO-QUINTO.—El contrato de trabajo del actor con el Instituto demandado continuó prorrogándose tácitamente a partir del vencimiento de los períodos presuntivos legales transcurridos después de la modificación de 1954.

"VIGESIMO-SEXTO.—Al demandante no se le ha cancelado el valor del auxilio de cesantía, con excepción de la suma que arrojó la liquidación parcial efectuada en diciembre de 1952.

"VIGESIMO-SEPTIMO.—Tampoco se ha cubierto al actor la indemnización correspondiente a las vacaciones de tres años, no disfrutadas.

"VIGESIMO-OCTAVO.—No se ha cancelado al actor el valor de la prima de servicios correspondiente al segundo semestre de 1956, al año de 1957 y al primer semestre de 1958.

"VIGESIMO-NOVENO.—El contrato celebrado entre el Icetex, a nombre del Instituto demandado, y el actor, no fue declarado administrativamente terminado por el I.C.S.S. conforme a la cláusula cuarta del mismo, ni en momento alguno se alegó el incumplimiento de las obligaciones del becario".

La anterior demanda fue contestada por el apoderado del Instituto Colombiano de Seguros Sociales en su oportunidad y en relación con los hechos expresó que se atenía "a lo que se pruebe", con excepción de los hechos 4º, 26 y 28, respecto de los cuales dijo en su orden: "No es cierto. El contrato a que se refiere este punto no fue aprobado por el Consejo Directivo del Instituto como era de rigor de acuerdo con los Estatutos del mismo (numeral e), artículo 6º, Decreto 4225 de 1948), luego no fue un acto del Instituto, ya que el representante de éste se excedió de los límites de sus facultades (artículo 640 C.C.). Es cierto en cuanto el demandante recibió la suma de $ 1.283.79 por concepto de Liquidación Parcial de Cesantía, y el Instituto no tiene obligación de pagar prima de servicios a sus trabajadores por no constituír empresa. Agotado el trámite de rigor, puso fin a la primera instancia el Juez del Conocimiento con sentencia por medio de la cual resuelve:

"1º—CONDENASE a la entidad demandada denominada INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES a pagar a su demandante, doctor HERNANDO AFANADOR CABRERA, de condiciones civiles conocidas de autos, tres días después de ejecutoriada esta providencia, las siguientes sumas por los conceptos que a continuación se expresan:

a).—CINCO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($ 5.375.00) moneda corriente, por cesantía. De esta suma dedúzcase la cantidad de $ 1.283.79, recibida por el actor como liquidación parcial;

b).—SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($ 687.50) moneda corriente por primas de servicios;

c).—SETECIENTOS CINCUENTA PESOS ($ 750.00) moneda corriente, por vacaciones;

d).—CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($ 4.894.50) m/cte., como indemnización por rompimiento unilateral del contrato o presuntivo;

e).—VEINTICINCO PESOS ($ 25.00) moneda corriente, diarios, como indemnización moratoria, desde el 30 de mayo de 1957 y hasta aquel en que se verifique el pago de las sumas adeudadas.

2º—ABSUELVASE a la entidad demandada denominada INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES de las demás peticiones que en su libelo de demanda le formulara el doctor Hernando Afanador Cabrera, por intermedio de apoderado.

3º—CONDENASE PARCIALMENTE EN COSTAS A LA ENTIDAD DEMANDADA. Tásense éstas en un 80%".

Contra la anterior providencia interpuso recurso de apelación la parte demandada, motivo por el cual subieron los autos al Tribunal Superior de Bogotá, cuya Sala Laboral decidió el recurso en sentencia cuya parte resolutiva dice:

"1º—MODIFICASE el ordinal a) del numeral 1º de la sentencia apelada en el sentido de condenar al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, representado por quien haga las veces de su Gerente, a pagar a Hernando Afanador Cabrera $ 3.382.87 por concepto de cesantía.

2º—REVOCANSE los ordinales b) y c) del mismo numeral 1º de la sentencia apelada, y en su lugar ABSUELVASE a la entidad demandada de pagar suma alguna al actor por dichos conceptos.

3º—MODIFICASE el ordinal d) del numeral 1º del fallo apelado y en su lugar CONDENASE a la entidad demandada a pagar al demandante la suma de $ 2.500.00 por concepto de lucro cesante.

4º—MODIFICASE el ordinal e) del mismo numeral 1º de la sentencia apelada y en su lugar condénase a la parte demandada a pagar al actor la suma de $ 6.425.00 por salarios caídos.

5º—CONFIRMASE el numeral segundo de la sentencia apelada.

6º—MODIFICASE el numeral tercero del fallo apelado en el sentido de condenar a la parte demandada a pagar el 50% de las costas de primera instancia.

7º—AUTORIZASE al I.C.S.S. para descontar de las condenas anteriores la suma de $ 2.984.00, que fueron consignados a favor del actor y recibidos por éste.

8º—SIN COSTAS en esta instancia".

Las dos partes interpusieron contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá recurso de casación, razón por la cual se procede por la Corte a estudiar las demandas correspondientes en su orden.

Señala el actor en los siguientes términos el alcance de la impugnación:

"ALCANCE DE LA IMPUGNACION.

"Pretendo, con los cargos que formularé adelante, que la sentencia acusada se case totalmente y, en lugar, se acoja el contenido de la sentencia de primera instancia con las condenas hechas por ella contra la institución demandada".

Y acto seguido procede a formular dos cargos, así:

"PRIMER CARGO.

'La sentencia acusada viola, por aplicación indebida, los artículos 51 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo y, como consecuencia de este quebrantamiento legal, viola, también por indebida aplicación, los artículos 64, 65, 249 y 306, y

por falta de aplicación los artículos 186 y 189 del C. S. del T.

"Las violaciones de los preceptos sustantivos anotados se cometieron al través de manifiestos errores de hecho en la apreciación de algunos medios probatorios que obran en los autos y de la falta de apreciación de un elemento de prueba de importancia decisiva para la definición del caso litigioso, como se demuestra en seguida".

Como mal apreciados cita el recurrente el Acuerdo 63 de 1955, expedido por el Gerente General del I.C.S.S. (fls. 82 a 83) y la Resolución número 136 de 1956, expedida por el Gerente General del I.C.S.S. (fl. 5), de los cuales dice el demandante, "se establece con toda claridad que el envío de profesionales por parte del I.C.S.S. para especializarse en el exterior se efectuaba en su condición de servidores del Instituto y con el objeto de aumentar la eficiencia en la prestación del servicio científico. Lo que establece una relación indisoluble —agrega— entre la condición de servidor vinculado por contrato de trabajo en el momento de concederse la beca y el disfrute de la misma y la condición con que debe continuar a la terminación de los estudios del becario".

Y como prueba no apreciada señala el contrato firmado entre el actor, Afanador Cabrera, y el Icetex como mandatario del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (fls. 6 y 7) "en el cual —dice el apoderado del actor— se establecen recíprocas obligaciones que, por parte del trabajador son tan rigurosas como las que consisten en la dedicación completa a los cursos de especialización, el sometimiento estricto a los honorarios y reglamentos de la institución docente, el envío de calificaciones, la consulta previa para variar cualquiera modalidad del estudio y el compromiso de regresar a la prestación de su servicio normal".

Y en su argumentación llega a sostener, contra lo afirmado por la sentencia recurrida, que mientras disfrutó de la beca el actor, tuvo calidad de empleado del I.C.S.S. ya que no puede estimarse suspendido el contrato como lo hace el Tribunal, y que por consiguiente, el tiempo estipulado como de duración de la beca debe computarse para todos los efectos de prestaciones sociales.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

Antes de entrar al fondo de la cuestión propuesta, consistente en saber si por el disfrute de la beca por parte del doctor Afanador Cabrera, el contrato de trabajo que a éste ligaba con el Instituto Colombiano de Seguros Sociales se suspendió o no, conviene transcribir las razones que llevaron al Tribunal a considerar que el contrato quedó suspendido y que por consiguiente, este lapso queda excluído para la liquidación de las prestaciones sociales causadas en favor del reclamante. Dice así, luego de examinar los diversos elementos de pruebas que obran en los autos y que son los mismos que señala el recurrente como mal apreciados:

"Ahora bien: Si se tienen en cuenta los elementos que tipifican el contrato de trabajo, se llega a la necesaria conclusión de que, el que existió entre las partes contendientes, estuvo suspendido durante el tiempo en que el demandante disfrutó de la beca de Méjico, pues el hecho de que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales se hubiera comprometido para con el Icetex, entidad intermediaria, a sufragar los gastos que demandara la beca otorgada al actor, no está indicando, o no quiere decir que las sumas dadas por ese concepto puedan ser asimiladas a salario, porque la evidencia es que el actor, durante los dos años en que duró la beca no pudo prestar servicio alguno al Instituto, ni menos estar sujeto, a órdenes, reglamentación y horario especial señalado por éste. La circunstancia de que se viera obligado a enviar las calificaciones es cuestión inherente a las becas, pues sabido es que toda persona que sea beneficiada para hacer estudios en el exterior, ya sea por cuenta del Icetex, o de cualquiera otra entidad, debe enviar los informes correspondientes a sus estudios. En consecuencia, en el caso *sub-iudice* el contrato de trabajo del actor estuvo suspendido desde el 21 de junio de 1956, ya que el último salario lo recibió el día anterior a la fecha indicada, hasta el 22 de noviembre de 1958, fecha esta última en la cual el demandante, después de varias gestiones personales se dirigió, por escrito, a la Gerencia del Instituto manifestándole su deseo de continuar prestándole los servicios, hecho éste que aparece demostrado con la confesión del Gerente de la sociedad demandada, folio 55. También está probado, con la misma confesión, que en los días 14, 15 y 21 de octubre del año nombrado, el doctor Afanador se puso a disposición del Instituto para reincorporarse al servicio médico después de terminado su curso de especialización en Méjico. Sin embargo, el Gerente remitió al demandante al Director del Servicio de Pediatría, doctor Vargas Rubiano, para que éste estudiara la conveniencia no de que continuara trabajan-

do, pero a la segunda visita, hecha por el doctor Afanador al Gerente del Instituto, para tratar lo referente sobre su reincorporación al servicio "el absolvente le manifestó que sus servicios no eran requeridos".

Como se ve, los hechos que el sentenciador no encuentra acreditados, respecto del lapso de dos años en que el becario estuvo en Méjico, y que para el recurrente aparecen de manifiesto en los autos, son la prestación personal de servicios al I.C.S.S., la subordinación a éste en cuanto al modo, tiempo y cantidad de trabajo, y el salario correspondiente.

Del primero (el más importante para el caso, pues permitiría presumir los otros dos) no hay prueba directa en los documentos que la acusación singulariza. Según el acuerdo orgánico de las becas del I.C.S.S. y su resolución reglamentaria, el objetivo del fondo de capacitación destinado a sufragarlas fue el de "procurar la permanente elevación del nivel científico de los profesionales al servicio de los seguros sociales", es decir, "la capacitación técnica y científica de sus colaboradores". De ahí que tales becas no pudieran adjudicarse sino entre "el personal científico al servicio del Instituto y de las Cajas Seccionales", por concurso o por designación de los directores, y que además se dispusiera: "Escogidos los beneficiarios, deberán firmar con el Instituto un contrato por medio del cual se obliguen, al regresar al país, a prestar sus servicios a la institución en el lugar que sea determinado por la Gerencia General y en su especialidad: en dicho contrato deberá fijarse una caución para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del beneficiario y se determinará la remuneración que recibirá por los servicios que preste a su regreso o se señalarán las bases para fijarla".

Las expresiones "profesionales al servicio de los seguros sociales" o "sus colaboradores" son notoriamente equívocas, pues tanto puede referirse al momento del otorgamiento de las becas y a la vinculación prometida para después del regreso de los becarios, como a la totalidad del tiempo, inclusive al del goce de las becas. El Tribunal las tomó en el primer sentido; el impugnante les asigna el segundo. Pero la caución exigida a los becarios para asegurarle al Instituto sus servicios futuros "al regresar al país", se ajusta más a la interpretación del Tribunal que a la de la acusación, sin llegar a ser inconciliable con esta última.

En el contrato de beca, donde debieron fijarse "las obligaciones del beneficiario" conforme a la disposición arriba transcrita, las partes tuvieron oportunidad de aclarar la calidad en que el actor viajaría a Méjico (como empleado, en comisión de estudios, o como empleado en uso de licencia y como estudiante con promesa de contrato de trabajo) y de definir lo ocurrido con la relación laboral anterior (terminación, suspensión o continuidad convencional). Tampoco lo hicieron de modo expreso, dejando abierto el campo a diversas suposiciones.

En efecto, las obligaciones asumidas por el beneficiario en ese contrato referentes al tiempo de su ausencia, son todas de tipo estudiantil o, como dice el Tribunal, "inherentes a las becas" en general: certificado de aptitud física y mental, comprobante de matrícula, dedicación a los cursos, sujeción al reglamento de la entidad docente, no cambiar de estudios, de plantel o de país sin previa autorización, envío de calificaciones, certificados de asistencia a los cursos y aprobación final de éstos. Por su parte el I.C.S.S., representado en dicho acto por el Icetex, no adquirió compromiso distinto del de remitirle al beneficiario los ciento cincuenta dólares mensuales durante veinticuatro meses "para atender a sus gastos de sostenimiento, más lo correspondiente a gastos de matrícula y los demás derechos y gastos de enseñanza que cobre la institución docente", agregando todavía: "El I.C.S.S. únicamente se hace responsable por lo establecido en las cláusulas de este contrato".

Lejos de disipar las dudas, los términos del contrato de beca las aumentan. Según el impugnante, las obligaciones consignadas por los contratantes en aquel documento no son "en realidad sino la estipulación de modalidades transitorias para su recíproca relación jurídica del trabajo, en las cuales se conserva una estricta subordinación jurídica del trabajador para con la entidad patronal". Sin embargo, no resulta evidente, con la evidencia requerida en los errores de hecho imputables a un fallo en casación, que los estudios de especialización profesional en el extranjero fueran una simple modalidad transitoria (con transitoriedad de dos años) del servicio que el actor venía prestando hasta entonces, dentro del país, a los pacientes afiliados al I.C.S.S.; ni menos que la nueva sujeción a la entidad docente mejicana fuera otra modalidad de la antigua subordinación al Instituto en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo en el ejercicio profesional.

Cuando el sentenciador declara que "el actor, durante los dos años en que duró la beca, no pudo prestar servicio alguno al Instituto", no está negando la dedicación del doctor Afanador Cabrera a sus cursos de especialización en dicho lapso ni su estricto cumplimiento de las obligaciones estudiantiles referidas; pero estima que esa labor en el extranjero beneficiaba directamente al becario y no al Instituto, lo cual es difícil refutar. Y cuando entiende que la sujeción a las autoridades, el horario, el pénsum y la disciplina del Hospital Infantil de México nada tuvieron que ver con la subordinación característica de los empleados del I.C.S.S. en el país, tampoco cabría decir que incurre en ostensible equivocación.

Mayores obstáculos se presentan para descubrir en los dólares destinados a costear el sostenimiento y la educación del becario la "retribución económica" que menciona el acusador y cuya calidad salarial no acepta el Tribunal. Porque el código de la materia clasifica las becas entre las prestaciones patronales especiales (arts. 259 y 286) y además, si el salario debe satisfacer las necesidades normales del trabajador y las de su familia (art. 145), la pura beca de estudios no podrá llenar esa finalidad.

El recurrente anota que en el acuerdo del I.C.S.S., transcrito por cierto en la motivación de la sentencia, se prevé la posibilidad de conceder al becario, además de las mesadas para su sostenimiento y especialización, "una parte del salario ordinario que ha venido devengando, con destino a su familia". Sin embargo, la circunstancia de que tal suma adicional está condicionada al número de hijos del becario y a que tanto ésta como su cónyuge carezcan de otros ingresos, y, sobre todo, la absoluta libertad de la Gerencia del Instituto para otorgarla, reducirla o eliminarla (como la eliminó para el actor) desdibujan su pretendida calidad retributiva del trabajo.

Se tiene, pues, que en la estimación de las pruebas invocadas por el acusador no incurrió el Tribunal en defectos notorios a causa de los cuales cometiera evidentes errores de hecho. Y al no encontrar subsistentes los elementos del contrato durante los dos años en que el doctor Afanador Cabrera estuvo ausente del país ni hallar acreditado que su anterior relación laboral se hubiera extinguido antes de viajar a Méjico, declaró apenas suspendido aquel contrato, conforme a los artículos 51 y 53 del C.S.T., suspensión que, en su sentir, aparece reforzada por el compromiso atinente a los nuevos servicios del actor al culminar sus estudios.

"El error de hecho —ha venido proclamando reiteradamente la Corte— sólo procede en casación cuando es ostensible la equivocación en que incurre el fallador, esto es, cuando la estimación que se hace de los elementos probatorios resulta contraria a la realidad de los hechos; pero en circunstancias de hecho dudosas, los Tribunales quedan en libertad de decidirse por el extremo que, a su juicio, consideren mejor demostrado". Y son bien dudosas las circunstancias del caso *sub-lite*, pues los indicios que suministran los documentos examinados sirven por igual para sustentar las más opuestas soluciones, a cualquiera de las cuales pudo llegar el sentenciador sin visible extravío.

Finalmente, para subrayar la supuesta violación de los artículos 51 y 53 del C.S.T., agrega el acusador que "ninguna de las causales que taxativamente contiene el primero concurre ahora, ni existe una estipulación entre las partes que en forma expresa elimine temporalmente el cumplimiento de las obligaciones recíprocas entre trabajador y patrono, para que pueda aplicarse el artículo 53 citado".

El planteamiento parece más propio de un ataque por violación directa de esos preceptos, pero también es susceptible de entenderse como la afirmación de otros errores de hecho. Siendo así, vale recordar que una de las causales de suspensión de los contratos de trabajo es la "licencia o permiso temporal concedido por el patrono al trabajador" (art. 51, ordinal 4º), sin que se exija ninguna solemnidad para solicitar o conceder tal licencia, ni siquiera la constancia escrita: basta que concurran las voluntades de ambos contratantes en un momento dado para interrumpir temporalmente el trabajo subordinado y el salario. Tampoco entonces habría habido palmario error al tomarse la solicitud de beca o la oposición al concurso requerido para obtenerla, como expresión de la voluntad del trabajador, y el otorgamiento de la misma como aquiescencia del patrono, aunque no existiera el contrato específico que, para mayor abundamiento, obra en los autos.

Además, el fenómeno jurídico denominado, con escasa fortuna, suspensión del contrato de trabajo puede acreditarse en juicio de dos maneras diferentes: o demostrándose una de las causales taxativamente señaladas en el artículo 51

del C.S.T., cuyo efecto es la suspensión; o a la inversa, comprobándose el hecho de la interrupción temporal del trabajo, la subordinación y el salario, en circunstancias que permita inferir alguna de aquellas causales. Este segundo camino, que fue el que transitó el Tribunal en el presente caso, es desde luego más propicio a equivocaciones; pero no cabe desecharlo en absoluto.

Con todo, conviene recalcar que la voluntad de los contratantes o aún la del solo empleador basta para impedir que la interrupción del trabajo subalterno sea considerada el efecto de una suspensión del contrato y para mantener convencionalmente la ficción de su continuidad, siempre que así se exprese o que se manifieste por actos positivos tales como los pagos del salario durante la ausencia.

En conclusión, no habiendo logrado el casacionista destruír los fundamentos de hecho de la sentencia acusada, el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO.

Lo formula el recurrente en los siguientes términos: "La sentencia que acuso viola, por errónea interpretación, los artículos 22 y 23 del C. S. del T., y como consecuencia de esta violación, incurrió también en la de los artículos 64, 249, 306, 186 y 189 del C. S. del T.". Agrega que fueron quebrantados "de paso los artículos 51 y 53 del mismo código".

Los argumentos que expone para sustentar este cargo son en el fondo los mismos en que apoyó el primero, como quiera que la "errónea interpretación" que atribuye al Tribunal en relación con los artículos que cita la hace consistir en que dicha Corporación no entiende como servicios al patrono los estudios del becario, ni como subordinación laboral el sometimiento al reglamento docente, ni como salario la beca. La refutación que de ellos se hizo al examinar el primer cargo basta para desechar el segundo.

El Instituto Colombiano de Seguros Sociales recurrió también en casación y su apoderado en relación con el alcance de la impugnación, dijo:

"Con la presente demanda pretendo que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, case parcialmente la sentencia impugnada, en cuanto por el numeral 3º de la parte resolutiva de dicha providencia se condenó al I.C.S.S. al pago de $ 2.500.00 por concepto de lucro cesante, revoque la condenación contenida en el ordinal d) del numeral primero de la parte resolutiva del fallo de primer grado, y en su lugar, absuelva de indemnización por ruptura del contrato al Instituto Colombiano de Seguros Sociales".

MOTIVOS DE CASACION.

"Invoco, dice el recurrente, la causal de casación contenida en el numeral primero del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, por ser el fallo violatorio de la ley sustantiva". Y a continuación procede a formular un solo cargo:

"La sentencia acusada violó por aplicación indebida a través de evidente error de hecho, los artículos 51, 53 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

"El error de hecho evidente en que incurrió el sentenciador, fue el creer que el doctor Hernando Afanador Cabrera fue despedido, cuando aparece clarísimamente en los autos que el mismo trabajador fue quien unilateralmente decidió no volver al trabajo.

"Las pruebas indebidamente apreciadas fueron: la copia de la Resolución número 136 de junio 13 de 1956, folio 5, la copia del contrato celebrado entre el Icetex y el demandante, folios 6 y 7, las cartas de folios 18 y 22, la demanda, folios 23 a 33, especialmente en los hechos 2º, 9º, 11º, 17º y 18º, y la absolución de posiciones, folios 53 y siguientes, especialmente los puntos 1º a 5º".

DEMOSTRACION DEL CARGO.

Afirma la parte demandada y recurrente que conforme a la Resolución número 136 de fecha 13 de junio de 1956, y de acuerdo con el hecho 2º de la demanda, al doctor Afanador Cabrera se le concedió licencia o permiso durante dos años para que adelantara estudios en Méjico. Que el contrato suscrito el 15 de junio de 1956 estipula una duración de 24 meses para los estudios que debía hacer en el exterior el demandante, y que la licencia empezó a tener operancia el 1º de julio de 1956, según se dice en los hechos 9º y 11º de la demanda. Que el doctor Afanador Cabrera concluyó sus estudios en Méjico el 31 de julio de 1958, según consta en carta que dirigió al Gerente del Instituto en la cual, además de solicitar el pago de los gastos de la beca, incluye la manifestación de que el trabajador se quedará en Méjico, en donde espera re-

cibir órdenes e instrucciones sobre los valores que reclama. Y agrega el recurrente: "... En esa carta no aparece manifestación alguna del deseo de continuar trabajando con el Instituto, y por el contrario, se expresa la intención de permanecer en Méjico, puesto que indica la dirección donde podrá escribírsele".

Dice que el doctor Afanador Cabrera solamente regresó a Colombia dos meses y medio después de haber terminado sus estudios, como él mismo informa en carta, y confiesa en los puntos 17 y 19 de su demanda y en su primera respuesta al pliego de posiciones. De donde concluye el apoderado del I.C.S.S. que fue el propio demandante quien tomó la decisión unilateral de no continuar prestando sus servicios "ya que el contrato de trabajo celebrado entre las partes había de tener lugar en Colombia".

De otro lado, según el recurrente, "no aparece en los autos prueba alguna de que el doctor Hernando Afanador Cabrera hubiera sido despedido por el Instituto, y por el contrario, la carta de 21 de agosto de 1958 es una clara demostración de que el trabajador no regresaba a trabajar al vencimiento de su licencia ni solicitaba que le fuera prorrogada, sino que por su propia iniciativa resolvía continuar en Méjico por tiempo indefinido y naturalmente la comunicación de estos hechos implicaba una renuncia del cargo". "Así lo entendió el mismo doctor Afanador Cabrera, puesto que al hacer las preguntas en posiciones confiesa que solicitó del Gerente incorporación al Instituto, que fue enviado donde el Médico Jefe y que éste le manifestó no necesitarse sus servicios. Si el doctor Afanador Cabrera no hubiera renunciado, habría obrado de distinta manera, pues simplemente habría regresado a su trabajo aunque lo hubiera hecho mucho tiempo después de vencida su licencia, pero habiendo renunciado por medio de la carta de 21 de agosto tenía que solicitar incorporación al Instituto como efectivamente lo hizo".

Y concluye así la acusación:

"Si el sentenciador no hubiera cometido el error anotado, habría aplicado correctamente los artículos 51, 53 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo, habría encontrado que el trabajador no regresó al término de la licencia, manifestó su deseo de no hacerlo, y al terminar el contrato por tal causa no había lugar al pago de la indemnización de que trata el inciso segundo del último de los artículos citados; sobre tales bases el sentenciador necesariamente habría absuelto al Instituto de la indemnización por incumplimiento del contrato".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Entre el Icetex, en representación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, según la autorización conferida en el convenio suscrito entre las dos entidades y el doctor Afanador Cabrera, se celebró un contrato en virtud del cual el primero se comprometió para con el segundo a remitirle durante veinticuatro meses y a partir de julio de 1956 "la suma de CIENTO CINCUENTA DOLARES (US$ 150.00) mensuales para atender a sus gastos de sostenimiento, más lo correspondiente a gastos de matrícula y los demás derechos de enseñanza que cobre la institución docente en la cual adelante sus estudios de especialización".

El doctor Afanador Cabrera viajó en dicho mes de julio de 1956 y el 31 de julio de 1958 concluyó los cursos que había seguido en cumplimiento de las obligaciones que contrajo en el contrato aludido; y en carta suscrita en Méjico le da cuenta al Gerente del I.C.S.S. que el Icetex "ha dejado de remitirme el valor correspondiente a varios meses, alegando el que el I.C.S.S. no le ha situado los dineros respectivos", hecho éste confirmado por la comunicación del Icetex fechada el 12 de septiembre de 1958 y dirigida al doctor Afanador Cabrera, en la que dice: "... Como el I.C.S.S. no ha depositado dinero alguno para atender a la financiación de los estudios de sus becarios en el exterior, nos ha sido físicamente imposible efectuar los giros ofrecidos en las cartas a que usted se refiere". Estos hechos los tiene por establecidos el Tribunal y no los discute el I.C.S.S.

La carta del becario, que el recurrente estima como mal apreciada por el sentenciador, tiene por objeto hacerle saber al I.C.S.S. que no le habían sido girados los dineros necesarios y convenidos para el adelanto de sus estudios, y concluye: "... Al poner en su conocimiento los puntos anteriores (el incumplimiento en la situación de fondos) me propongo esperar sus gratas órdenes e instrucciones y queda como su Atto. y S. S.". De aquí no aparece evidente que el demandante estuviera renunciando al cargo en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Porque también puede entenderse que el autor de los términos de dicha carta no podía regresar mientras no se le hicieran los giros respectivos, y en

espera de ellos y de instrucciones, permanecería en Méjico. En otras palabras, para el Tribunal, la no presentación oportuna del doctor Afanador Cabrera se debió exclusivamente al incumplimiento del I.C.S.S. en la apropiación de los fondos con destino a la beca que se le adjudicó, de donde no cabe deducir, como el recurrente, que el contrato terminó por decisión unilateral del trabajador, ni mucho menos que esto resulte de manifiesto en los autos.

El Instituto recurrente no ataca la estimación del Tribunal acerca de que durante la permanencia del actor en Méjico, el contrato de trabajo que lo ligaba con el I.C.S.S. quedó suspendido; por el contrario, insiste en que se le concedió licencia con todas las consecuencias que contempla el artículo 53 del C. S. del T., razón por la cual, al expirar el término de esa licencia, el becario debía volver al trabajo, conforme al precepto citado; fuera de que en el contrato suscrito por el Icetex se comprometió a trabajar por un término de cuatro años, a su regreso, en cualquier lugar o dependencia que le fuera señalado por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Pero este mismo planteamiento en casación conlleva igualmente la aceptación de que el I.C.S.S. estaba obligado a conservarle el puesto a su empleado durante la licencia y a admitirlo al vencimiento de la misma, conforme al artículo 53 citado.

Si, para el sentenciador, la culpa de la demora del empleado en reasumir sus funciones no fue suya sino de la entidad empleadora, y si al procurar reanudar sus servicios el I.C.S.S. los rechazó, el hecho del despido quedó configurado y no el de la renuncia del trabajador.

Por no resultar manifiesto el pretendido error de hecho, también poco aparece que hubieran sido aplicados indebidamente por el Tribunal los artículos 51, 53 y 65 del C. S. del T.

El cargo no prospera.

En mérito de lo anteriormente 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 el fallo recurrido por las partes.

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.

PENSION DE JUBILACION

Reiterada jurisprudencia de la Corte sobre la expresión "por causa o con ocasión del trabajo" empleada por el art. 199 del C. S. L.—Disyuntiva entre las nociones "por causa" y "con ocasión del trabajo".—Jurisprudencia de la Corte sobre el llamado accidente "in itinere".—Relación de causalidad o de ocasionalidad con el trabajador.—Responsabilidad de la Compañía en el riesgo creado siempre que el riesgo tenga una relación indudable de causalidad o de ocasionalidad con lo que el trabajador deba hacer.—Responsabilidad objetiva del riesgo.

El hecho puede tener una relación de causalidad con el trabajo o, en otro sentido, puede tenerla de ocasionalidad. La relación de causabilidad implica el fenómeno de la generación en la actividad específica laboral misma. Es entonces una relación de generación directa inmediata. La de ocasionalidad no conlleva la generación del siniestro en la actividad laboral específica que realiza el trabajador, sino una relación de oportunidad o de circunstancias o eventos que suponen un vínculo indirecto, mediato entre el hecho y la labor que el trabajador cumple y que es específica dentro de su compromiso laboral. Pero si en el primer concepto, la responsabilidad patronal es más fácilmente concretable por ser mayor la objetividad con que se establece el riesgo creado, dentro del segundo esa objetividad puede diluirse y llega a veces hasta desaparecer en el medio de la conducta subjetiva del trabajador, que ya eliminaría la responsabilidad patronal objetiva por el riesgo creado que anima fundamentalmente, con leves atenuaciones, nuestro sistema legal laboral en materia de riesgos profesionales. Por esta razón, el nexo de ocasionalidad, del hecho con el trabajo tiene que mantener una relación de circunstancias y oportunidad tal con la actividad laboral, que no de margen a que el elemento constituido por la conducta subjetiva del trabajador pueda neutralizar la operancia del riesgo creado laboral y aún sustituirla por la del riesgo externo, nacido de factores completamente ajenos al trabajo mismo, y sin nexos necesarios con él, porque aquí ya no opera nuestra disposición protectora.

Los anteriores planteamientos tienen ilustración en un sencillo ejemplo: El trabajador lesionado por una sierra que opera como actividad de su trabajo convenido, ha sufrido un accidente generado en el trabajo específico mismo y es éste la causa del accidente. El mismo trabajador que se lesiona al resbalar y caer frente a su máquina cuando intentaba iniciar su actividad o que cuando la desarrollaba es herido por una partícula metálica que se desprende de una máquina que acciona otro compañero, no ha sido víctima de un hecho generado en la manipulación de la sierra que maneja, y entonces el accidente no ha sido causado por la labor específica que cumple. Pero, en cambio, las circunstancias de tiempo y lugar, es decir, la oportunidad o el evento en que el trabajador haya estado desempeñando su trabajo, o disponiéndose a ejecutarlo, con vínculo indudable que hace patente la objetividad del riesgo creado, determinan la ocasionalidad del hecho en relación con el trabajo. No existe en este último caso la posibilidad de que factores extraños al trabajo, por razón de una acción subjetiva del trabajador, puedan eliminar la relación circunstancial entre el trabajo y el hecho accidental. Y entonces aunque no se trate de lesión causada por la actividad laboral misma, la ocasionalidad que contempla nuestra norma legal conlleva la responsabilidad objetiva del patrono. Igual situación ha definido la jurisprudencia en el caso del accidente "in itinere", cuando el trabajador es transportado en vehículo de la empresa a su lugar de trabajo o regresa de éste en las mismas condiciones y sin que el trabajador asuma conducta distinta de la de acogerse normalmente a este transporte. Hay tal relación de oportunidad, de motivación y de circunstancias de modo y aún de tiempo, que el trabajador no ha creado por si mismo, entre el trabajo y el riesgo, que mientras se halle en esa situación, no hay posibilidad de que el trabajador, por su actividad subjetiva, pueda ponerse al alcance de riesgos distintos a los que, de suceder, tienen un vínculo objetivo con su trabajo.

Pero, en cambio, si ya el trabajador está en condiciones de colocarse, y se coloca por su iniciativa, en medio, oportunidad o circunstancias que no permitan establecer indudablemente una relación directa con el trabajo, ya el riesgo creado laboral se desvanece, porque de la objetividad que los ca-

racteriza para efectos de la responsabilidad, habría que pasar al examen de factores subjetivos relacionados con el propósito o la intención del trabajador, y a debatir si situaciones extrañas al trabajo, a su ambiente, al modo de su ejecución, no destruyen los efectos del riesgo creado laboral. Lo que resulta ya extraño a la naturaleza de este riesgo.

Por esta razón, la jurisprudencia ha descartado la calificación de accidente de trabajo al ocurrido "in itinere" cuando el trabajador puede elegir los medios para concurrir al trabajo y la oportunidad para utilizarlos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., cuatro de octubre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

El Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, —Sala de Casación Laboral— decidió en segunda instancia el juicio ordinario de ALFONSO BALLESTAS GONZALEZ contra LABORATORIOS UNDRA, S. A., mediante sentencia fechada el veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el actor en juicio, dentro del término y con el lleno de las demás formalidades legales. En el plazo señalado por la Ley, el recurrente formuló la respectiva demanda de casación y la parte opositora su oposición.

El recurrente aspira en el alcance de la impugnación, a que la sentencia del Tribunal sea casada totalmente y a que, como consecuencia, la Corte, convertida en Tribunal de Instancia, confirme en todas sus partes el fallo de primera instancia.

LA ACUSACION

Se fundamenta ésta en la causal primera del artículo 87 del C. de P. L. y se concreta con el CARGO UNICO, en los siguientes términos:

"La sentencia acusada viola indirectamente los artículos 199 y 204, numerales 1º y 2º, literal a) del C. S. del T. en concordancia con el artículo 50 del C. P. L., que se dejaron de aplicar debiendo hacerlo. La violación se produjo a consecuencia de error evidente de hecho por equivocada apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras que más adelante se reseñarán".

"El error de hecho consiste en no dar por demostrado, estándolo plenamente, que el accidente que sufrió el demandante el 19 de mayo de 1962 y que lo ha incapacitado para trabajar, ocurrió con ocasión del trabajo. Debido a este error de hecho, el juzgador de segunda instancia revocó la sentencia del *a-quo* y absolvió a la sociedad demandada de las condenas hechas por concepto de asistencia médica, quirúrgica, etc. y pago de salarios hasta por seis meses mientras durara la incapacidad temporal, violando así indirectamente los artículos 199 y 204 que definen el accidente de trabajo y consagran las prestaciones consecuenciales a ese infortunio laboral".

El acusador concreta luégo el señalamiento de los elementos probatorios en relación con los cuales el *ad-quem* habría incurrido en error de hecho al mal apreciarlos o dejar de hacerlo, así:

"Las pruebas erróneamente apreciadas son las siguientes: a) denuncia o documento visible a folios 58 y 58 v. de los autos; b) documental del folio 31; c) posiciones absueltas por el representante legal de la sociedad demandada (fls. 20 a 23); y d) posiciones absueltas por el demandante Alfonso Ballestas González (fls. 26 a 30). Las pruebas dejadas de apreciar son las siguientes: f) la confesión contenida en la contestación de la demanda (fl. 8); g) el contrato de trabajo visible a folios 54 y 55; y h) los testimonios de los testigos Hugo Melo, Enrique Valencia y Samuel Syro. (fls. 33, 35 y 62 a 65").

En el desarrollo de la demostración de los errores de hecho que anota, el recurrente expresa que los elementos de prueba que indica demuestran que el señor Ballestas González, trabajador de la Sociedad Laboratorios Undra S. A. en el cargo de supervisor, fue enviado por la Empresa desde Barranquilla, sede del trabajo, a Bogotá, con el objeto de asistir a la convención anual de supervisores de zona, y que en esta ciudad, en las circunstancias que se establecen en los autos, fue atacado y herido el día 19 de mayo de 1962, antes de concurrir a una reunión de los convencionistas señalada para las ocho de la mañana de ese día. Y dice, en síntesis, que no obstante haberse tenido que trasladar de su sede a Bogotá a cumplir las órdenes de la Compañía, el *ad-quem* no encuentra la directa conexión que haya entre el accidente y el trabajo. Expresa en una parte de su argumentación: "En esta última localidad (Bogotá) le ocurrió un accidente en sitio y momento que hacen inferir que se aprestaba a dirigirse a asistir a conferencia que se dictaba en dicha convención. Fue la empresa la que determinó el riesgo del traslado sin el

cual no habría ocurrido el accidente. Y éste sucedió precisamente cuando el trabajador estaba cumpliendo sus labores de supervisor de zona que asistía a la convención anual de supervisores que había organizado la Compañía. La conexión entre el insuceso laboral y las funciones que el trabajador cumplía es directa, y demuestra la ocasionalidad laboral del accidente".

Hace, finalmente, referencia el acusador al salvamento de voto de uno de los magistrados del Tribunal, quien estima que el accidente sufrido por Ballestas González ocurrió con ocasión del trabajo, por las razones que anota el recurrente.

LA OPOSICION.

Por su parte, el apoderado de la Compañía, en un extenso escrito de oposición, después de formular objeciones de carácter técnico a la demanda por no haber demostrado la existencia de los errores de hecho que señala en la apreciación de las pruebas, con la singularización de cada una de ellas, hace varias consideraciones sobre la no conexión del hecho imprevisto y repentino de que fue víctima el señor Ballestas González con el trabajo mismo, y objeta los fundamentos del fallo del *a-quo* que condenó a la Compañía, obrando extra petita, al suministro de asistencia médica y complementaria, además del subsidio por incapacidad laboral durante seis meses, cuando lo pedido fue la indemnización por incapacidad permanente. El opositor estima que el *a-quo*, al no encontrar establecida la incapacidad permanente, ha debido absolver a la empresa demandada.

Se estudia el cargo:

El señor Alfonso Ballestas demandó en juicio ordinario laboral a la Compañía LABORATORIOS UNDRA S. A. con el propósito de obtener su condena al pago del "valor de la indemnización correspondiente a la incapacidad permanente, que sufre el demandante por causa del accidente de trabajo, sufrido al servicio de la empresa demandada". El juez *a-quo*, en fallo extra petita, y por no encontrarse fijada la incapacidad permanente sino la temporal, condenó a la Compañía demandada al suministro de la asistencia médica y complementaria y al subsidio por incapacidad temporal hasta por seis meses.

El Tribunal de segunda instancia, en virtud de apelación de la parte demandada, revocó la sentencia de primer grado por considerar inexistente el accidente laboral.

Tanto el Tribunal como el juez *a-quo*, dan por establecidos con los elementos probatorios que obran en los autos, inclusive con la confesión del representante legal de la entidad demandada, los siguientes hechos básicos: a) Que el actor Alfonso Ballestas González fue trabajador de la Sociedad LABORATORIOS UNDRA S. A., como supervisor de zona; b) Que en tal carácter fue destacado por la Empresa de su sede en Barranquilla a Bogotá para asistir a una convención anual de los supervisores de zona de la Compañía; c) Que el 19 de mayo de 1962, antes de asistir a una conferencia que se realizaría a las ocho de la mañana para los convencionistas, y cuando entró a un establecimiento comercial para adquirir unos cigarrillos, según su propia manifestación del actor —pues no existe otra prueba al respecto— fue agredido por desconocidos y herido gravemente con arma corto-punzante; d) Que cuando la Compañía se enteró del insuceso, ordenó y pagó la atención médica, quirúrgica, hospitalaria, etc., que fue necesaria.

Tales hechos se demuestran con los elementos de prueba que el recurrente en casación señala en su demanda unos como mal apreciados y otros como no estimados por el *ad-quem*, y sobre ellos no hay diferencia fundamental entre las partes, aunque las circunstancias y la hora exacta de la agresión de que fue víctima el señor Ballestas González sólo están contenidas en la propia declaración del actor.

El fallador de segunda instancia ha encontrado demostrados con los elementos de prueba a que se hace referencia, los mismos hechos señalados por el recurrente y los mismos admitidos por el juez de primera instancia. Los msmos también que acepta esencialmente la empresa demandada en el juicio. Pero mientras el actor y el *a-quo* hallan establecida al través de tales hechos y de las circunstancias en que se produjeron, la existencia de un accidente de trabajo, configurado en la agresión armada de que desconocidos hicieron víctima al señor Ballestas González, el *ad-quem*, lo mismo que la Compañía, no encuentran que el infausto suceso puede calificarse como un accidente de trabajo.

Al respecto, el Tribunal estudia el punto en la motivación de su sentencia con las siguientes consideraciones principales:

"De los pormenores sobre la forma como fue agredido el señor Ballestas y el momento mismo

de la ocurrencia del atraco de los antisociales sólo existe el relato dado por el propio demandante, ya que fue imposible recibir el testimonio de quien lo acompañaba esa mañana, señor Luis A. Pinilla. Es incuestionable sí que sufrió heridas de gravedad que motivaron su inmediata reclusión en un hospital de esta ciudad (Fl. 31), heridas que dieron origen a una investigación de carácter penal en el Juzgado Veintidós de Instrucción Criminal y cuyos autores hasta el momento se desconocen.

"Por la misma confesión del demandante se sabe que la agresión de que fue víctima ocurrió poco antes de la hora en que debía comenzar la reunión de supervisores en las oficinas de los Laboratorios Undra en esta ciudad.

"El representante legal de la firma demandada, señor Cottfried Neuhaus, en absolución de posiciones aceptó que el trabajador demandante en cumplimiento de orden impartida por la misma empresa se trasladó sin novedad de Barranquilla a esta ciudad y aquí el patrono le alojó en un hotel mientras duraba la Convención de Supervisores. Que enterada la empresa de las heridas sufridas por el trabajador inmediatamente lo hizo internar en la Clínica Marly. Aclaró que el atraco ocurrió fuera de las horas de reunión y que por tanto no consideraba que hubiera lugar a indemnización alguna.

"En la decisión del *a-quo* hay una cuestión fundamental que fue omitida y es la de que para que el accidente sea indemnizable es imperioso, conforme al mandato del artículo 199 del C. S. del T., "que el suceso imprevisto sobrevenga *por causa o con ocasión del trabajo*" (subraya la Sala), en otras palabras no basta que quien es víctima del imprevisto sea un trabajador sino que es necesario que en el momento de ocurrir exista un nexo etiológico, objetivo, entre su labor y el imprevisto y así es incuestionable que si la labor no había tenido comienzo, como quiera que la reunión apenas sí debía iniciarse a las ocho de la mañana, las heridas recibidas por el demandante a manos de atracadores, cuando se hallaba en la calle, fueron causadas con prescindencia absoluta de los factores o elementos de trabajo. No puede siquiera pensarse en que de parte del patrono exista obligación de indemnizar por la ocurrencia del denominado por los tratadistas "accidente in intinere" ya que éste sólo es indemnizable cuando ocurre, pongamos el caso cuando se viaja por cuenta y riesgo del patrono, vale decir, en un vehículo de su propiedad y con ocasión del trabajo".

"Lo sustancial del fallo de primer grado radica en la confusión del hecho probado en autos y que dejó lesiones en la integridad física del trabajador con disminución de su capacidad de trabajo y el concepto que de accidente laboral aporta el artículo 199 del C. S. del T.".

"No, el mejor entendimiento del precepto citado, en la jurisprudencia colombiana, radica en examinar las circunstancias específicas del insuceso y si éste tiene relación directa, es concausal, enmarca dentro de la causa u ocasión del trabajo. Cuando esta norma habla de causa, fundamentalmente se confunde con el trabajo mismo y el término ocasión cabe dentro del genérico de causa, como que la ocasión pueden ser las mismas circunstancias que rodean al hecho-accidente en conexión con el trabajo o labor a realizar".

Al simple examen de los elementos probatorios que el impugnador indica como equivocadamente apreciados o no estimados por el *ad-quem*, se ve que ellos demuestran los mismos hechos de que se ha hecho atrás mención, y respecto de los cuales no hay desacuerdo alguno entre las partes y entre los dos fallos de instancia. No existió ningún error porque el *ad-quem* hubiese dado a los hechos establecidos con las pruebas, características circunstanciales distintas de las que aquellas demuestran, ni omitido considerar hechos que se establecen con elementos probatorios existentes en el juicio. Lo ocurrido es, en forma distinta, que a unos hechos sobre cuya comprobación y existencia no hay ninguna diferencia ni disputa dentro del juicio, el Tribunal ha considerado que no son aplicables las consecuencias de unos preceptos sustanciales de las leyes laborales, los relativos al accidente de trabajo, por no configurarse al través de tales hechos las características de éste. Así, no se trata de que el fallador haya dejado de aplicar la ley sustancial por fallas en la apreciación de los elementos probatorios, sino de que según su criterio sobre el alcance mismo, sobre las proyecciones de tal ley, el fenómeno de facto configurado concretamente en el juicio no cabe dentro de los elementos que definen la hipótesis legal.

Lo anterior sería suficiente para desestimar el cargo, ya que no están configurados los errores de hecho que el acusador anota como determinantes del quebrantamiento legal. Pero conviene aprovechar el caso para hacer lo que no es sino reiteración de la jurisprudencia de la Corte sobre el alcance de la expresión "por causa o

con ocasión del trabajo" que emplea el artículo 199 del C. S. del T. dentro de los elementos de la definición del accidente laboral.

Como se ve por lo comentado y transcrito en consideraciones precedentes, mientras el juez *a-quo* da una amplísima proyección al concepto de la ocasionalidad para establecer la relación entre el hecho imprevisto y repentino que lesiona al trabajador y la actividad laboral de éste, llegando a afirmar que al "encontrarse el trabajador cumpliendo órdenes fuera de su base, todos los riesgos en el cumplimiento de la comisión deben ser por cuenta de la empresa", el Tribunal de segunda instancia, aunque presenta situaciones ya tan definidas por la jurisprudencia como la del llamado accidente "in itinere", parece llegar en algunas expresiones a englobar dentro de un mismo campo conceptual las nociones de "por causa" del trabajo y "con ocasión del trabajo". Ya lo ha dicho la Corte, como acertadamente lo anota el magistrado del Tribunal que salva su voto en la sentencia acusada, que se trata de dos nociones que operan en forma disyuntiva. De tal manera que el hecho puede tener una relación de causalidad con el trabajo o, en otro sentido, puede tenerla de ocasionalidad. La relación de causalidad implica el fenómeno de la generación en la actividad específica laboral misma. Es entonces una relación de generación directa inmediata. La de ocasionalidad no conlleva la generación del siniestro en la actividad laboral específica que realiza el trabajador, sino una relación de oportunidad o de circunstancias o eventos que suponen un vínculo indirecto, mediato entre el hecho y la labor que el trabajador cumple y que es específica dentro de su compromiso laboral. Pero si en el primer concepto, la responsabilidad patronal es más fácilmente concretable por ser mayor la objetividad con que se establece el riesgo creado, dentro del segundo esa objetividad puede diluírse y llevarse a veces hasta desaparecer en el medio de la conducta subjetiva del trabajador, que ya eliminaría la responsabilidad patronal objetiva por el riesgo creado que anima fundamentalmente, con leves atenuaciones, nuestro sistema legal laboral en materia de riesgos profesionales. Por esta razón, el nexo de ocasionalidad del hecho con el trabajo tiene que mantener una relación de circunstancias y oportunidad tal con la actividad laboral que no dé margen a que el elemento constituído por la conducta subjetiva del trabajador pueda neutralizar la operancia del riesgo creado laboral y aún sustituírla por la del riesgo externo, nacido de factores completamente ajenos al trabajo mismo, y sin nexos necesarios con él, porque aquí ya no opera nuestra disposición protectora.

Los anteriores planteamientos tienen ilustración en un sencillo ejemplo: El trabajador lesionado por una sierra que opera como actividad de su trabajo convenido, ha sufrido un accidente generado en el trabajo específico mismo y es éste la causa del accidente. El mismo trabajador que se lesiona al resbalar y caer frente a su máquina cuando intentaba iniciar su actividad o que cuando la desarrollaba es herido por una partícula metálica que se desprende de una máquina que acciona otro compañero, no ha sido víctima de un hecho generado en la manipulación de la sierra que maneja, y entonces el accidente no ha sido causado por la labor específica que cumple. Pero, en cambio, las circunstancias de tiempo y lugar, es decir, la oportunidad o el evento de que el trabajador haya estado desempeñando su trabajo, o disponiéndose a ejecutarlo, con vínculo indudable que hace patente la objetividad del riesgo creado, determinan la ocasionalidad del hecho en relación con el trabajo. No existe en este último caso la posibilidad de que factores extraños al trabajo, por razón de una acción subjetiva del trabajador, puedan eliminar la relación circunstancial entre el trabajo y el hecho accidental. Y entonces, aunque no se trate de lesión causada por la actividad laboral misma, la ocasionalidad que contempla nuestra norma legal conlleva la responsabilidad objetiva del patrono. Igual situación ha definido la jurisprudencia en el caso del accidente "in itinere", cuando el trabajador es transportado en vehículos de la empresa a su lugar de trabajo o regresa de éste en las mismas condiciones y sin que el trabajador asuma conducta distinta de la de acogerse normalmente a este transporte. Hay tal relación de oportunidad, de motivación y de circunstancias de modo y aún de tiempo, que el trabajador no ha creado por sí mismo, entre el trabajo y el riesgo, que mientras se halle en esa situación, no hay posibilidad de que el trabajador, por su actividad subjetiva, pueda ponerse al alcance de riesgos distintos a los que, de suceder, tienen un vínculo objetivo con su trabajo.

Pero, en cambio, si ya el trabajador está en condiciones de colocarse, y se coloca por su iniciativa, en medio, oportunidad o circunstancias que no permitan establecer indudablemente una relación directa con el trabajo, ya el riesgo creado laboral se desvanece, porque de la objetivi-

dad que lo caracteriza para efectos de la responsabilidad, habría que pasar al examen de factores subjetivos relacionados con el propósito o la intención del trabajador, y a debatir situaciones extrañas al trabajo, a su ambiente, al modo de su ejecución, no destruyen los efectos del riesgo creado laboral. Lo que resulta ya extraño a la naturaleza de este riesgo.

Por esta razón, la jurisprudencia ha descartado la calificación de accidente de trabajo al ocurrido "in itinere" cuando el trabajador puede elegir los medios para concurrir al trabajo y la oportunidad para utilizarlos. Algo similar hay que concluír respecto de situaciones como la contemplada en este juicio. Es cierto que el trabajador se hallaba en Bogotá, trasladado de su sede en Barranquilla por disposición de la empresa para asistir a una reunión anual de revisores de zona. Y esto, desde luego, mantenía su vinculación con la Compañía y determinaba para ésta la responsabilidad por el riesgo creado, pero siempre que el riesgo tuviese una relación indudable de causalidad u ocasionalidad con lo que el trabajador debía hacer en Bogotá, que era asistir a las reuniones de la Convención de Revisores. Pero si el trabajador decidía, por ejemplo, no asistir a las deliberaciones y se dedicaba a otras actividades ajenas a las de su compromiso, en las cuales, en un momento desafortunado, era víctima de un accidente, no podría establecerse relación circunstancial entre éste y el trabajo mismo que debía ejecutar. En forma menos sencilla pero igualmente definida, si el trabajador, antes de concurrir a una reunión, salió de su hotel y entró a un establecimiento público a realizar una compra, y allí fue víctima de una grave agresión hecho de los cuales sólo da cuenta el mismo interesado—, el predominio de los riesgos externos sobre los vinculados en alguna forma al trabajo, y los propósitos subjetivos que pudieron obrar u obraron en los actos y movimientos del trabajador, no sujetos específicamente a su obligación laboral, eliminan la responsabilidad objetiva del riesgo creado y no permiten aplicar al caso el criterio de que el hecho imprevisto y repentino haya ocurrido "con ocasión del trabajo".

Entonces, aunque el Tribunal *ad-quem* ha incurrido en la motivación de la sentencia en algunas imprecisiones conceptuales, la conclusión está ajustada al alcance y sentido de la norma legal.

En mérito de lo dicho, 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 DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INDEMNIZACION POR MUERTE EN ACCIDENTE DE TRABAJO.—HONORARIOS PROFESIONALES.

Interpretación del art. 59 del Decreto 528 de 1964.—Del interés para recurrir.—La condena en costas no puede computarse para completar el interés para recurrir.—Reiterada doctrina de la Corte sobre esta materia.

La norma reguladora respectiva (art. 59 del Decreto 528 de 1964)no habla de interés en la litis, sino de interés para recurrir, lo que no puede dejar de tenerse en cuenta para aceptar el recurso o rehusar su admisión.

No obstante si se considera que la cuantía que la citada regla (art. 59 del Decreto 528 de 1964) determina debe representar, como ya se dijo, el interés que la parte tenga "para recurrir", se entiende fácilmente que debe reducirse o contraerse a lo que puede ser materia del recurso, o sea, a lo revisable por la Corte como Tribunal de casación, no de instancia, y las costas procesales, no lo son. Reiterada e invariable ha sido la doctrina de esta Sala en el sentido de que lo decidido por el fallador de instancia respecto a costas no puede ser materia del recurso, y si no lo es, mal puede ser computado para completar el interés que permita intentarlo. Y todavía menos si se trata de honorarios profesionales aún no determinados por el Tribunal de instancia, pues en tales circunstancias se carece de todo fundamento para dar por establecido que con ellos se completa la cuantía fijada en la ley; poco importa para el efecto cuáles sean las tarifas acordadas por las corporaciones o asociaciones de abogados, pues que, por una parte, esas tarifas suelen no coincidir con los honorarios que señalan los jueces en consideración a factores que dependen del caso concreto y de circunstancias propias de cada juicio, y por otra, no es a aquellas asociaciones o corporaciones, sino a los jueces, a quienes la ley encomienda tasar las agencias en derecho en consideración a los factores a que se acaba de aludir.

Juicio ordinario laboral de Elisa Ochoa v. de Franco c|. Federación Nacional de Cafeteros (Tribunal de Medellín).

NO SE ADMITE EL RECURSO DE CASACION. La condena en costas no puede computarse para completar el interés para recurrir.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., seis de octubre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

La señora ELISA OCHOA DE FRANCO demandó ante los jueces laborales de Medellín a la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS para el pago "a los beneficiarios forzosos del doctor Jesús María Franco Henao, de la diferencia entre el valor ya cubierto por concepto de indemnización por muerte en accidente de trabajo y el que conforme a la ley ha debido ser liquidado".

La sentencia de primer grado declaró probada la excepción de pago, absolviendo por tanto a la entidad demandada, providencia que fue revocada por la de segunda instancia, en la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó a la Federación de Cafeteros a pagar a la demandante y a su hijo adoptivo, William Franco, "la cantidad de veintiséis mil ciento veintiún pesos con ochenta centavos ($ 26.121.80), la mitad para cada uno de ellos, por concepto de indemnización por muerte en accidente de trabajo", más las costas del juicio en ambas instancias.

Interpuesto por la entidad demandada recurso de casación contra esta última resolución, la corporación falladora lo concedió en atención a las consideraciones siguientes:

"La Sala ha tenido en cuenta que el interés a que alude el artículo 59 del Decreto número 528 de 1964 lo integran no sólo la suma de dinero concretada en la parte resolutiva del fallo

recurrido, sino también el valor de las costas allí mismo impuestas a cargo de la parte demandada. Y como según la tarifa del Colegio de Abogados de esta ciudad, para juicios ordinarios de la cuantía del presente se tienen convenidos como honorarios un 30%, es de rigor concluír que se llenan las exigencias de la mentada disposición, esto es, que el interés de la parte aquí interesada en el recurso es superior a $ 30.000.00".

El recurrente, por su parte, dice en el memorial con que interpuso el recurso, que "el hecho de que la sentencia condena a una suma menor (que la indicada en el libelo o determinada al través de la demanda y la respectiva respuesta) no afecta la cuantía", porque si ésta "se determinase por el valor del fallo, se presentaría en muchos casos el hecho de que el negocio se tramitase por un procedimiento que no es el propio".

Sobre este tema ha dicho ya la Corte en numerosas ocasiones, al fijar el alcance de la reforma introducida por el Decreto 528 de 1964 a la cuantía para que el recurso de casación pueda concederse:

"La disposición que regía anteriormente (artículo 86 del CPL, tal como fue modificado por el 9º del Decreto 1762 de 1956, para efectos del recurso de casación laboral no sólo fijaba una cuantía inferior a cuatro mil pesos ($ 4.000.00) sino que la refería al respectivo juicio ordinario, o sea al monto de la acción no al interés para recurrir (...). El nuevo sistema plantea situaciones 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 cómputos 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 caso ahora llegado a la consideración de esta Sala, habiendo el fallo condenado al opositor a pagar la cantidad de veintiséis mil ciento veintiún pesos ochenta centavos, es esta la cifra que representa el interés de dicha parte para ir a casación, pues que tal interés se concreta exclusivamente a obtener la revocación de esa condena; nada distinto de la absolución es lo que la parte vencida persigue con el recurso de este caso, y el interés, esto es, el provecho que al través del recurso puede ella alcanzar no excede, en cuanto a lo que puede ser materia de él, del monto de aquella condena. La norma reguladora respectiva no habla de interés en la litis, sino de interés para *recurrir*, lo que no puede dejar de tenerse en cuenta para aceptar el recurso o rehusar su admisión.

El Tribunal sentenciador ha entendido, sin embargo, que si para la fijación de aquel interés se computa no solamente el valor de la condena, sino también las costas, la cuantía correspondiente exceda en este caso de los treinta mil pesos establecidos en el artículo 59 del Decreto 528 de 1964.

No obstante, si se considera que la cuantía que la citada regla, artículo 59, Decreto 528 de 1964, determina debe representar, como ya se dijo, el interés que la parte tenga "para recurrir", se entiende fácilmente que debe reducirse o contraerse a lo que puede ser materia del recurso, o sea, a lo revisable por la Corte como Tribunal de casación, no de instancia, y las costas procesales no lo son. Reiterada e invariable ha sido la doctrina de esta Sala en el sentido de que lo decidido por el fallador de instancia respecto a costas no puede ser materia del recurso, y si no lo es, mal puede ser computado para completar el interés que permite intentarlo. Y todavía menos si se trata de honorarios profesionales aún no determinados por el Tribunal de instancia, pues en tales circunstancias se carece de todo fundamento para dar por establecido que con ellos se completa la cuantía fijada en la ley; poco importa para el efecto cuáles sean las tarifas acordadas por las corporaciones o asociaciones de abogados, pues que, por una parte, esas tarifas suelen no coincidir con los honorarios que señalan los jueces en consideración a factores que dependen del caso concreto y de circunstancias propias de cada juicio, y por otra, no es a aquellas asociaciones o corporaciones, sino a los jueces, a quienes la ley encomienda tasar las agencias en derecho en consideración a los factores a que se acaba de aludir.

Por lo cual NO SE ADMITE el recurso de casa-

ción interpuesto por la parte demandada contra el fallo de segunda instancia (Decreto 528 de 1964, artículos 59 y 64).

COPIESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



PENSION DE JUBILACION

El derecho a la pensión de jubilación se configura aún en el caso de que el tiempo trabajado corresponda a diferentes contratos de trabajo y con soluciones de continuidad entre su ejecución.—Alcance del concepto laboral de "empresa" para los efectos de localizar el sujeto de la obligación en la demanda sobre pago de pensión jubilatoria.—Sustitución patronal.

1.—Las consideraciones que hace el Tribunal para llegar a la conclusión de que el servicio mediante distintos contratos de trabajo y con discontinuidad por esta razón, no determina respecto de la pensión de jubilación que se consagra en la disposición que entra a regir cuando el trabajador se halla prestando dicho servicio, "situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores", pecan sin duda de parquedad. Pero tal conclusión está de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de esta Sala, que a su vez acogió fundamentalmente la del antiguo Tribunal Supremo del Trabajo. La operancia de la disposición contenida en el artículo 16 del C.S. del T. en materia de situaciones a las cuales no puede aplicarse la ley nueva laboral no obstante el principio de su vigencia inmediata, toca en materia de pensiones jubilatorias con el concepto de la discontinuidad en el servicio aplicable a esta prestación específica, porque tanto la disposición de la ley 6ª de 1945 (literal c) del art. 14) como la del C. S. del T. consagra la pensión por el servicio continuo o discontinuo durante veinte años, para el caso general. Y la norma del último (art. 260) manda tomar en cuenta el tiempo trabajado tanto con posterioridad como con anterioridad a la vigencia de la misma. Entonces se requiere definir si para efectos de la pensión de jubilación la discontinuidad en los servicios, que no obsta para que el derecho llegue a configurarse cuando concurra la condición del tiempo trabajado, opera o no cuando se trata de servicios prestados en virtud de diferentes contratos de trabajo y con soluciones de continuidad entre su ejecución. Ya se dijo que esta Sala acogió en términos esenciales la Jurisprudencia del antiguo Tribunal del Trabajo sobre este punto (sentencia del 23 de abril de 1952 y sentencia de 31 de octubre de 1957). El criterio señalado desde entonces no ha sido modificado por esta Sala, y no se encuentra razón para enmendarlo, sino, por el contrario, para ratificarlo en esta oportunidad. Se ha definido en esta sostenida jurisprudencia que por la naturaleza misma de la prestación, que atiende al desgaste ocasionado por el servicio prestado a una empresa durante veinte años o más y que determina que al cumplirse una edad límite (hoy 55 años en el varón y 50 en la mujer) el trabajador se supone incapacitado para continuar trabajando, el factor tiempo que genera el derecho no está sujeto a que el servicio se haya prestado o no con discontinuidad por interrupciones del trabajo originadas en distintos contratos laborales, porque tales interrupciones con este último carácter si bien pudieran definir o consumar situaciones relativas a otras prestaciones o derechos, que se definen con la determinación del contrato, no podían hacerle con la expectativa de pensión, que se consolida en derecho sólo cuando concurren los factores tiempo y edad que consagra la ley. Si el trabajador está al servicio de la empresa cuando rige la norma sobre pensión y concurren estos factores, así el tiempo sumado corresponda a distintos períodos de trabajo discontinuo dentro de diferentes contratos que al finalizar, determinaron la consumación de derechos como el de primas de servicio, vacaciones, auxilio de cesantía, ese tiempo genera el derecho a la pensión, sin que se contraríe el mandato del artículo 16 del C. S. del T.

2.—Según lo reiterado por esta Sala, lo que se exige para el nacimiento del derecho a la pensión jubilatoria del trabajador es el servicio por el tiempo legal "a una misma empresa" con el capital requerido, no importa que la unidad de explotación económica —como en el caso presente— haya pasado de la propiedad de una persona natural o jurídica a otra y que existan sucesivos traspasos. El patrono (que es la persona natural o jurídica) a cuyo servicio esté el trabajador cuando cumpla los requisitos de edad y tiempo de trabajo que genera el derecho a la pensión tiene la obligación de reconocerlo y hacerse cargo del pago correspondiente. En estas condiciones, no tiene ninguna influencia sobre esta conclusión la circunstancia de que no exista unidad entre las diversas personas jurídicas que han explotado sucesivamente un mismo negocio y que subsistan y coexistan algunas de ellas. Y aunque en algunos casos pueda producir-

se el fenómeno de la sustitución patronal porque los servicios de un trabajador se mantengan dentro de un mismo contrato de trabajo, no terminado por el cambio de propietarios o explotadores de una misma empresa es lo cierto que este fenómeno jurídico laboral no entra en la generalización del derecho a la pensión, ni tampoco en su exclusión cuando la sustitución no se presenta por la no unidad del contrato de trabajo. Lo determinante, como ya se vio, es la unidad de explotación económica mantenida durante los servicios continuos o discontínuos del trabajador, con cambio de patrono o sin él, e igualmente, el mantenimiento de las mismas varias unidades pertenecientes a una persona natural o jurídica (que es el patrono), así cambie esta persona como propietarias de ellas. Establecida la identidad en la unidad de explotación económica o en las varias unidades dependientes de un mismo propietario o explotador, se encuentra el objeto sobre el cual opera el factor servicio para que el derecho del trabajador tenga la causa eficiente. Lo demás consiste solamente, una vez cumplidas las condiciones legales, en localizar el sujeto de la obligación, ese sí necesariamente persona natural o jurídica, que será quien explote el negocio cuando al trabajador se le consolide el derecho y sea el momento de reconocerlo y pagarlo, o lo explote cuando llegue esta última oportunidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., ocho de octubre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil y Laboral de Decisión, resolvió en sentencia de segunda instancia el juicio ordinario de THOMAS P. SANCHEZ o BICENTO THOMAS PLANTIJN contra "COMPAÑIA FRUTERA DE SEVILLA". Esta sentencia fue recurrida en casación por la parte demandada, y su apoderado formuló en oportunidad la correspondiente demanda, a la cual se opuso el actor en el juicio.

LA DEMANDA.

El demandante en casación aspira, en el alcance fijado a la impugnación, a que la sentencia recurrida se case totalmente y a que la Corte, como Tribunal de instancia, revoque la de primer grado y absuelva a la compañía demandada de todos los cargos de la demanda, o, en subsidio, que se confirme la sentencia de primera instancia.

Se apoya la impugnación en la causal primera de casación del artículo 87 del C. de P. L. y se concreta en tres cargos, que se estudian y deciden, en su orden, así:

Primer cargo.

Por medio de él se acusa la sentencia impugnada de violar de manera directa el artículo 16 del C. S. del T. en relación con el 260 ibidem, por interpretación errónea. La demostración del cargo se desarrolla conforme a la siguiente argumentación:

"Independientemente de las cuestiones de hecho; el sentenciador entiende el artículo 16 del Código en el sentido de que basta que un trabajador haya estado trabajando en una empresa cuando entró a regir la Ley 6ª de 1945 para que sus normas sobre jubilación se apliquen a los contratos de trabajo que habían fenecido y habían sido definitivamente liquidados ANTES (subraya la demanda) de la expedición de dicho estatuto. Ese entendimiento es evidentemente erróneo, pues la norma excluye de manera expresa las situaciones "definidas o consumadas conforme a leyes anteriores", y es evidente también que los contratos de trabajo extinguidos y liquidados conforme a la Ley 10 de 1934, con el pago de la respectiva cesantía —como el de autos— crearon esas situaciones "definidas o consumadas" que no pueden ser afectadas por la nueva ley sin violar la propia Constitución Nacional".

El opositor hace referencia a sentencias de esta Sala en las cuales se ha tratado lo relativo al concepto de la "discontinuidad" en los servicios para efectos de la pensión jubilatoria, y concluye con la afirmación de que "la discontinuidad tiene importancia para la cesantía, mas no para la jubilación".

Se estudia el cargo.

Sobre este aspecto de las "situaciones definidas" con anterioridad a la Ley 6ª de 1945 que presenta el impugnador, el *ad-quem* expresó en su fallo (fl. 249): "El actor estaba vinculado a la empresa demandada desde que entró a regir la Ley 6ª de 1945 (febrero 19) por ello lo amparan las disposiciones sobre jubilación" porque las normas sobre trabajo por ser de orden público, producen efectos generales inmediatos, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que están vigentes o en curso en el

momento en que dichas normas empiecen a regir..." (art. 16 del C. S. del T.) Cuando entró a regir dicha ley no había adquirido todavía el derecho a la jubilación el demandante y que no tenía tiempo de servicio ni edad y por eso no afectaban situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores: la jubilación vino a nacer después".

Las consideraciones que hace el Tribunal para llegar a la conclusión de que el servicio mediante distintos contratos de trabajo y con discontinuidad por esta razón, no determina respecto de la pensión de jubilación que se consagra en la disposición que entra a regir cuando el trabajador se halla prestando dicho servicio, "situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores", pecan sin duda de parquedad. Pero tal conclusión está de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de esta Sala, que a su vez acogió fundamentalmente la del antiguo Tribunal Supremo del Trabajo. La operancia de la disposición contenida en el artículo 16 del C. S. del T. en materia de situaciones a las cuales no puede aplicarse la ley nueva laboral no obstante el principio de su vigencia inmediata, toca en materia de pensiones jubilatorias con el concepto de la discontinuidad en el servicio aplicable a esta prestación específica, porque tanto la disposición de la Ley 6ª de 1945 (literal c) del artículo 14 como la del C. S. del T. consagran la pensión por el servicio continuo o discontinuo durante veinte años, para el caso general. Y la norma del último (art. 260) manda tomar en cuenta el tiempo trabajado tanto con posterioridad como con anterioridad a la vigencia de la misma. Entonces se requiere definir si para efectos de la pensión de jubilación la discontinuidad en los servicios, que no obsta para que el derecho llegue a configurarse cuando concurra la condición de tiempo trabajado, opera o no cuando se trata de servicios prestados en virtud de diferentes contratos de trabajo y con soluciones de continuidad entre su ejecución. Ya se dijo que esta Sala acogió en términos esenciales la jurisprudencia del antiguo Tribunal Supremo del Trabajo sobre este punto, asentada a raíz de la decisión de un recurso de casación en que fueron partes precisamente la Compañía Frutera de Sevilla y un ex-trabajador suyo, el señor Gustavo Sumoza C. (sentencia de 23 de abril de 1952), y la acogió también para fallar un recurso de casación en que fueron partes la misma Compañía y el extrabajador Catalino Pachano (sentencia de treinta y uno de octubre de mil novecientos cincuenta y siete). El criterio señalado desde entonces no ha sido modificado por esta Sala, y no se encuentra razón para enmendarlo, sino, por el contrario, para ratificarlo en esta oportunidad. Se ha definido en esta sostenida jurisprudencia que por la naturaleza misma de la prestación, que atiende al desgaste ocasionado por el servicio prestado a una empresa durante veinte años o más y que determina que al cumplirse una edad límite (hoy 55 años en varón y 50 en la mujer) el trabajador se supone incapacitado para continuar trabajando, el factor tiempo que genera el derecho no está sujeto a que el servicio se haya prestado o no con discontinuidad por interrupciones del trabajo originadas en distintos contratos laborales porque tales interrupciones con este último carácter si bien pudieron definir o consumar situaciones relativas a otras prestaciones o derechos, que se definen con la terminación del contrato, no podían hacerle con la expectativa de pensión, que se consolida en derecho sólo cuando concurren los factores tiempo y edad que consagra la ley. Si el trabajador está al servicio de la empresa cuando rige la norma sobre pensión y concurren estos factores, así el tiempo sumado corresponda a distintos períodos de trabajo discontinuo dentro de diferentes contratos que al finalizar, determinaron la consumación de derechos como el de primas de servicios, vacaciones, auxilio de cesantía, ese tiempo genera el derecho a la pensión, sin que se contraríe el mandato del artículo 16 del C. S. del T.

Por esto, el *ad-quem* no ha incurrido en la errónea interpretación que el cargo le imputa, y éste, en consecuencia, no prospera.

Segundo cargo.

Se formula como "violación indirecta, por aplicación indebida del artículo 260 del C. S. del T., a consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador por equivocada apreciación de las declaraciones de Abelardo Barrial (f. 131), Anselmo Otero (f. 132), Simeón Flórez (fl. 140), de las posiciones absueltas por el gerente de la sociedad demandada (fl. 72 a 75) y del acta de inspección ocular (fl. 79 a 80) y (104 a 125)".

El recurrente concreta los siguientes errores: "a). Dar por demostrado, sin estarlo, que las tres sociedades mencionadas explotaron sucesivamente una misma empresa; b). Dar por demostrado, sin estarlo, que el total del tiempo de servicios fue de 27 años y 3 meses; c). Dar por de-

mostrado, sin estarlo, que el último promedio de salario mensual fue de $ 236.51, y d). No dar por demostrado, estándolo, que el actor prestó sus servicios a la demandada por lo menos hasta el 31 de agosto de 1957".

La demostración de estos errores se presenta así:

"Basta releer las cuatro declaraciones que el sentenciador trata de resumir en su fallo, para ver cómo no son ni responsivas ni exactas, en cuanto a la pretendida unidad del negocio que explotan las tres sociedades. La declaración del gerente en posiciones es aún más explícita sobre la ninguna interrelación de esas tres sociedades, que COEXITEN, que están jurídicamente vivas las tres, y que por lo tanto no admite ninguna declaración de unidad, salvo mediante el procedimiento administrativo que el código señala. Y el indicio derivado de la conservación de las planillas por mi mandante, es a todas luces demasiado leve para llevar a la drástica declaración unitaria.

"Basta igualmente sumar los lapsos de días que aparecen en las planillas examinadas en la inspección ocular, para ver cómo la suma del tiempo que hizo el sentenciador es gravemente equivocada. Equivocación que, como es obvio, se refleja en el promedio de salarios arbitrariamente tomado para proferir la condena concreta.

"Por último, llega el error hasta condenar al pago de la pensión "a partir del 28 de enero de 1957", cuando en la demanda se afirma que el actor trabajó hasta "noviembre de 1957", confesión judicial que se dejó de apreciar (con lo cual adicionó las pruebas singularizadas en el cargo), y cuando en el acta de inspección ocular se observa que el actor aparece devengando salarios y trabajando todo el año de 1957, por lo menos hasta agosto".

Por su parte el opositor presenta el siguiente argumento en favor de la tesis de la sustitución patronal como base para determinar el derecho del trabajador a la pensión jubilatoria:

"Tanto el *a-quo* como el *ad-quem*, en sus sentencias llegaron a la conclusión, necesariamente, por las múltiples pruebas que obran en el expediente que el fenómeno de la sustitución de patronos se operó en forma completa y absoluta cuando la primera compañía vendió o cedió sus intereses a la Magdalena Fruit Company y ésta a su vez a la Frutera de Sevilla. Esto lo confiesa el gerente de la demandada en las posiciones... Conclusión: el contrato de trabajo del actor fue uno solo porque las sustituciones no operan legalmente la terminación de los contratos de trabajo de los servidores de estas compañías". Luego el opositor expresa que se hallan demostrados la unidad de empresa, el salario y el tiempo servido, este último sólo hasta enero de 1957, y que en consecuencia carecen de fundamento los argumentos para demostrar los presuntos errores del sentenciador sobre los tres aspectos anotados.

Se estudia el cargo:

En la parte motiva del fallo acusado, el *ad-quem* analiza en la forma siguiente el punto relacionado con la llamada "unidad de empresa": "De las declaraciones de testigos anteriores y de las posiciones del señor gerente se llega a la conclusión de que la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla han tenido el mismo negocio, el mismo personal de empleados; que el cambio solamente ha sido de nombre o razón social; que ha continuado el mismo género de negocios y la misma actividad comercial; que se han traspasado sus bienes e intereses; que han estado dedicadas al cultivo, compra y exportación de bananos; y que las mercancías importadas las han vendido a sus trabajadores y también al público en general. Y todo esto queda confirmado con la conservación de las planillas de los trabajadores de las empresas United Fruit Company y Magdalena Fruit Company por parte de la empresa demandada, según obligación que le impone el artículo 264 del Código Sustantivo del Trabajo o sea que la empresa obligada al pago de jubilación debe conservar en sus archivos las mencionadas planillas".

"No ha sufrido variación esencial el giro de las actividades o negocios de estas empresas; se han sustituído las tres sociedades de una manera normal explotando la empresa del mismo modo que lo hizo la primera (United Fruit Company), por lo cual puede decirse que hay comunidad de la relación de trabajo".

"Las operaciones que se dejan expuestas dejan ver que la Compañía Frutera de Sevilla está obligada a pagar las prestaciones sociales a los trabajadores de la United Fruit Company y la Magdalena Fruit Company en lo que respecta a jubilación".

El acusador considera que la conclusión de que las tres compañías (United Fruit Company,

Magdalena Fruit Company y Compañía Frutera de Sevilla) explotaron sucesivamente una misma empresa, es errada, y que el error se originó en la equivocada apreciación de las declaraciones de los testigos Barrial, Otero, Rojas y Flórez, así como de la absolución de posiciones del gerente de la Compañía demandada en el juicio y el indicio constituído por la conservación de las planillas por esta última Compañía, en donde figuran los servicios del actor en juicio prestados a ésta y a la "United" y la "Magdalena". Dice que los testimonios no son responsivos sobre el punto de la identidad de empresa y que de lo expresado por el gerente puede deducirse la ninguna "interrelación de las tres sociedades, que coexisten, que están jurídicamente vivas las tres, y que por lo tanto no admiten ninguna declaración de unidad, salvo mediante el procedimiento administrativo que el Código señala".

En los testimonios de los declarantes que menciona el impugnador, se halla lo siguiente:

Abelardo Barrial (fls. 131 y 132), quien fue trabajador de la United Fruit Company de 1926 a 1932, dice que "ella (la United) se dedicaba a la exportación de banano; después, sin estar trabajando allí, conocí a la Magdalena Fruit Company y después a la Frutera de Sevilla, en los mismos negocios y con el mismo personal" y agrega: "Yo no tengo ningún conocimiento legal sobre ese asunto (unidad de empresa) solamente que he visto que son los mismos empleados que he conocido desde que fue la United Fruit Company; y también en todas las actividades de la Compañía ha quedado lo mismo". El testigo Anselmo Otero (fl. 133) apenas dice sobre el punto: "Yo creo que debe ser la misma compañía, porque esa compañía no se ha trasladado a ninguna parte, sólo ha cambiado de nombre". Simeón Rojas (fl. 135), quien dice haber servido como bracero de los muelles a las tres compañías, declara: "Yo conocí primero a la United Fruit Company, después a la Magdalena Fruit Company y por último a la Compañía Frutera de Sevilla; éstas son una misma empresa; una a otra se han traspasado sus bienes e intereses; ellas han continuado con el mismo giro de negocios, las mismas cosas y los mismos empleados. Yo como trabajador que he sido de la compañía he visto que tienen el mismo negocio las tres, y yo he trabajado también con las tres en las mismas condiciones, en la misma actividad". Finalmente, Manuel Flórez (fls. 140 y 141), quien declara haber servido a las nombradas tres compañías desde 1912 hasta 1952, dice: "Considero que sí es la misma empresa, porque en la misma oficina de la compañía se contabilizaban los mismos empleados, las cuentas de las tres compañías mencionadas, enviaba "a Bostón esos mismos reportes de las tres compañías, con el mismo personal; en cuanto al giro del negocio el mismo, el banano, la ganadería". Y al preguntársele si las tres compañías exportaban el banano conjunta o sucesivamente, contestó: "Conjuntamente nunca, pero la Magdalena Fruit Company continuaba embarcando después de la United Fruit Company, y la Compañía Frutera de Sevilla continuaba sus embarques después de la United Fruit Company, esto es, la una iba reemplazando a la otra en la exportación del banano". Después explica que en el período de 1940 a 1945 no hubo exportación de banano y que no sabe si los cultivos en sus fincas de la Zona Bananera se mantuvieron o no.

Los anteriores testimonios, dentro de la simplicidad y en ocasiones impropiedad conceptual derivadas de la condición misma de los deponentes, establecen nítidamente el fenómeno objetivo y sencillo de que la "United Fruit Company", la "Magdalena Fruit Company" y la "Compañía Frutera de Sevilla" se vincularon en forma sucesiva, con la sola circunstancia especial de la suspensión en la exportación de banano durante algunos años, a una misma unidad de explotación económica, en sus actividades esenciales por lo menos. Y si a esta demostración se agrega lo expresado por el señor gerente de la Compañía Frutera de Sevilla en la absolución de posiciones, en el sentido de que "es cierto que la Magdalena Fruit Company compró bienes de la United Fruit Company en 1934 y que la Frutera de Sevilla compró bienes a la Magdalena Fruit Company, en 1947, y cada una de estas tres compañías se dedicaban al cultivo, la compra y la exportación de bananos y en menor escala la ganadería" (respuesta 11, fl. 75) y la conservación en las oficinas de la Compañía Frutera de Sevilla de los archivos de las tres compañías, como cumplimiento del mandato del artículo 264 del C. S. del T., no hay duda de que las sociedades nombradas estuvieron sucesivamente vinculadas en una misma unidad de explotación económica, que conforme a la definición del artículo 149 del C. S. del T. en su inciso primero corresponde al concepto laboral de empresa. En esta conclusión, pues, el Tribunal no ha incurrido en ningún error derivado de la equivocada apreciación de los elementos probatorios que se ha examinado.

Ahora bien. Según lo reiterado por esta Sala, lo que se exige para el nacimiento del derecho a la pensión jubilatoria del trabajador es el servicio por el tiempo legal "a una misma empresa" con el capital requerido, no importa que la unidad de explotación económica —como en el caso presente— haya pasado de la propiedad de una persona natural o jurídica a otra y que existan sucesivos traspasos. El patrono (que es la persona natural o jurídica) a cuyo servicio esté el trabajador cuando cumpla los requisitos de edad y tiempo de trabajo que generan el derecho a la pensión tiene la obligación de reconocerlo y hacerse cargo del pago correspondiente. En estas condiciones, no tiene ninguna influencia sobre esta conclusión la circunstancia de que no exista unidad entre las diversas personas jurídicas que han explotado sucesivamente un mismo negocio, y que subsistan y coexistan algunas de ellas. Y aunque en algunos casos pueda producirse el fenómeno de la sustitución patronal porque los servicios de un trabajador se mantengan dentro de un mismo contrato de trabajo, no terminado por el cambio de propietarios y explotadores de una misma empresa, es lo cierto que este fenómeno jurídico laboral no entra en la generación del derecho a la pensión, ni tampoco en su exclusión cuando la sustitución no se presenta por la no unidad del contrato de trabajo. Lo determinante, como ya se vio, es la unidad de explotación económica mantenida durante los servicios continuos o discontinuos del trabajador, con cambio de patrono o sin él, e igualmente, el mantenimiento de las mismas varias unidades pertenecientes a una persona natural o jurídica (que es el patrono), así cambie esta persona como propietaria de ellas. Establecida la identidad en la unidad de explotación económica o en las varias unidades dependientes de un mismo propietario o explotador, se encuentra el objeto sobre el cual opera el factor servicio para que el derecho del trabajador tenga la causa eficiente. Lo demás consiste solamente, una vez cumplidas las condiciones legales, en localizar el sujeto de la obligación, ese sí necesariamente persona natural o jurídica, que será quien explote el negocio cuando al trabajador se le consolide el derecho y sea el momento de reconocerlo y pagarlo, o lo explote cuando llegue esta última oportunidad.

Así, pues, en el caso estudiado la identidad en la unidad de explotación económica a que atendieron las tres compañías está claramente establecida, y el sujeto de la obligación, la Compañía Frutera de Sevilla, demandada en el juicio, igualmente se halla localizado sin lugar a dudas. El ataque de la sentencia del *ad-quem* por este aspecto no tiene fundamento.

El error señalado en el literal b) del cargo sobre tiempo admitido por el *ad-quem* tanto como por el *a-quo*, como servido por el actor en el juicio, lo encuentra el acusador en que al sumar el tiempo servido por el trabajador de acuerdo con las planillas halladas en la inspección ocular (fls. 79 a 80 y 104 a 125), no se llega a los veintisiete años y tres meses que se indican a los fallos de instancia, sino a un número de años inferior.

Efectivamente, la única prueba completa sobre tiempo servido por el ex-trabajador es la constituída por la inspección ocular, la cual sólo puede complementarse con la comunicación tácitamente reconocida que obra al fl. 9 del cuaderno principal. De estas pruebas se deriva, haciendo una suma de meses, días y horas, un tiempo total servido de veintiún años, nueve meses y cuatro días. Aparece así demostrado el error que se anota. Pero de todas maneras el tiempo para la jubilación está establecido y este error no conduce entonces a la violación de las normas que se estiman quebrantadas en la acusación.

En lo relativo a la fecha de terminación del último contrato de trabajo, el *ad-quem* tomó en cuenta aquella en que presumiblemente por la respuesta de la compañía que se ve al folio 9, el ex-trabajador formuló su petición. Como en tal documento se hace referencia a la solicitud y está fechado en enero, el fallador presume que ésta se elevó en dicho mes y que entonces ya el peticionario no se encontraba al servicio de la compañía. Pero ocurre que tanto en las planillas que se tuvieron presentes en la inspección ocular como en la demanda misma, figura una fecha de retiro muy posterior. Así, según la diligencia de inspección ocular (fl. 125), el trabajador recibió salarios hasta el mes de agosto, inclusive, de 1957, y según la demanda, hecho 5º (fl. 3), hasta el mes de noviembre de ese año. Ante estos elementos probatorios, hay un evidente error en la presunción del *ad-quem* sobre la fecha de retiro, porque la solicitud de pensión bien pudo formularse sin que éste se hubiese cumplido, y en cambio, está la propia confesión contenida en la demanda sobre este punto, a la cual hay que darle su pleno valor, porque en el curso del juicio el actor no intentó ninguna rectificación a este aserto. Debe, pues, partirse, pa-

ra el pago de la pensión del impugnador, desde el mes de diciembre inclusive, de mil novecientos cincuenta y siete, y así habrá de disponerse en fallo de instancia, al prosperar el cargo en este aspecto.

Sobre la fecha de terminación del contrato de trabajo así establecida, y descontando el excedente de veinte años al tiempo total servido, se tiene que el derecho a la pensión se consolidó el veintiséis de enero de mil novecientos cincuenta y seis y el salario base para la liquidación debe ser el promedio de lo devengado entre enero 27 de 1955 y enero 26 de 1957. Tal salario se halla en la diligencia de inspección ocular y resulta de doscientos setenta y ocho pesos con cincuenta y ocho centavos ($ 278.58). Con base en él, la pensión resultaría de doscientos ocho pesos con noventa y tres centavos ($ 208.93). Esta suma, como se ve, es muy superior a la de la condena del *ad-quem*. Pero como el trabajador no interpuso recurso de casación, no puede mejorar su situación jurídica y habrá de mantenerse la cuantía fijada por el Tribunal, con la sola modificación de la fecha desde la cual debe ser pagada la pensión. Está, pues, demostrado el error relativo a la cuantía del salario admitida por el *ad-quem*, pero por lo dicho, tal error no puede producir efecto en quiebra del fallo acusado.

De conformidad con lo visto, el cargo sólo prospera en lo relativo a la fecha de iniciación de pago, y en fallo de instancia se dispondrá de acuerdo con esta circunstancia.

Tercer cargo.

A través de este cargo, que se formula como subsidiario del segundo, se acusa la sentencia de violar en forma indirecta, por aplicación indebida, los artículos 260 y 262 del C. S. del T., "como consecuencia de evidente error de hecho consistente en no dar por demostrado, estándolo, que el actor trabajó para la demandada y devengó salarios de ella desde el 1º de enero de 1957 hasta el 31 de agosto o hasta noviembre del mismo año, y que la demanda se presentó el 1º de noviembre de 1958, error proveniente de una apreciación equivocada del acta de inspección ocular de fs. 79 a 80 y 104 a 125, y de la propia demanda inicial, y de falta de apreciación de la nota de presentación de dicha demanda, así como de la errónea apreciación del documento de f. 9".

El recurrente estima que, como consecuencia de este error, la compañía demandada fue condenada a pagar pensión vitalicia de jubilación a partir del 27 de enero de 1957.

Se estudia el cargo.

No sólo la formulación subsidiaria del cargo, sino la circunstancia de que el punto ya fue resuelto al decidir el cargo anterior, que en el aspecto de la fecha de iniciación del pago de la pensión prosperó, relevan a la Sala del estudio detenido de la acusación que él contiene.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA.

Ya se vio al estudiar el segundo cargo que los errores probatorios que se indican en los literales b), c) y d) del mismo se hallan demostrados, pero sólo el error consiste en la aceptación por el *ad-quem* de una fecha de terminación del contrato de trabajo no demostrada y la no consideración de la confesada por el actor en el juicio, da lugar al quebrantamiento de las normas sustantivas contenidas en los artículos 260 y 262 del C. S. del T., este último aún vigente para el caso. Dado que el trabajador solicitó el reconocimiento de la pensión jubilatoria en enero de 1957 y sólo se retiró del servicio de la compañía en noviembre, la pensión debe reconocerse y pagarse a partir del mes de diciembre, inclusive, de ese año, cuando ya el trabajador quedó fuera del servicio, y así habrá de disponerse, con lo cual se modificará en este aspecto el fallo del *a-quo*.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, en cuanto condenó a la Compañía Frutera de Sevilla al pago de pensión jubilatoria a favor de THOMAS SANCHEZ o BICENTO THOMAS PLANTIJN a partir del veintiocho (28) de enero de mil novecientos cincuenta y siete (1957) y, actuando como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

El punto 1º del fallo de primera instancia quedará así:

CONDENASE a la "COMPAÑIA FRUTERA DE SEVILLA", representada por el señor J. R. Strange, a pagar al señor THOMAS SANCHEZ

o BICENTO THOMAS PANTIJN, una pensión de jubilación de CIENTO SETENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS ($ 177.78) MENSUALES, a partir del primero (1º) de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957). NO SE CASA en lo demás la sentencia recurrida.

Sin costas en el recurso.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONDENA POR COSTAS

Aplicación del art. 537 ibidem del Código Judicial relativo al pago de costas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., octubre diez de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo).

En el juicio incoado por LUIS ALBERTO TORRES R. contra la "EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, D. E.", el apoderado judicial de ésta solicita aclaración del fallo proferido por la Corte en 30 de agosto de 1966, "en cuanto se refiere a las costas a que allí se condena a la Empresa que he venido apoderando en el juicio de la referencia".

Para el efecto, cita y transcribe los artículos 576 del Código Judicial y 3º del Decreto número 3.300 de 1954, acompañando un ejemplar autenticado del Acuerdo número 105 de 1955 para acreditar el carácter de establecimiento público descentralizado, de origen municipal, que tiene la referida empresa, por lo cual —sostiene— no puede ser condenada en costas de acuerdo con las normas en cuestión.

Para resolver, se considera:

Según el artículo 482 del C. J., aplicable a los juicios del trabajo en razón del artículo 145 del C. P. L., "la sentencia no es revocable ni reformable por el mismo juez o Tribunal que la ha pronunciado aunque "pueden aclararse los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda".

En el presente caso no encuentra la Sala que el concepto o frase referente a las "costas a cargo de la entidad recurrente" sea susceptible de un entendimiento distinto del de que las costas regladas por el Capítulo II del Título XVI del C. J., en relación con el artículo 537 ibidem, deben ser pagadas por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D.E., "entidad administrativa autónoma, con personería jurídica independiente y patrimonio propio. . ., establecimiento público separado del Distrito e independiente de éste" (Acuerdo 105 de 1955, art. 49º), y no por el Distrito Especial de Bogotá, persona distinta que no fue parte en el proceso.

Por lo tanto, es improcedente la aclaración solicitada.

NOTIFIQUESE, COPIESE E INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL.*

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INDEMNIZACION POR MORA

La aplicación del art. 65 del C. S. del T. es de carácter indemnizatoria y por lo tanto, si no se reclama en la demanda resultaría "extra-petita" y de acuerdo con el art. 50 del C.P.L. la facultad de proferir condenaciones de esta naturaleza es privativa del juez de primera instancia, ejercida por el ad-quem resultaría abusiva e ilegal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., octubre once de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo).

En el memorial que antecede, el apoderado de ALEJANDRO NEIRA MARTINEZ en el juicio ordinario laboral adelantado por éste contra la MADIGAN HYLAND SOUTH AMERICAN CORPORATION pide reposición de la providencia en que la Sala, decidiendo el respectivo recurso de hecho, declaró bien denegado el de casación interpuesto por el mismo apoderado contra la sentencia de segunda instancia.

Nada hay que agregar a lo expuesto en aquella providencia sobre la cuantía concreta de la acción intentada, pues el propio recurrente ya no insiste enfáticamente en que la indemnización por mora en el pago haya sido objeto de una súplica expresa dentro del libelo inicial del juicio. Más bien él trata ahora de reforzar sus argumentos anteriores referentes a la aplicación oficiosa e ineludible del artículo 65 del C. S. T. pues —sostiene— "siendo una disposición de carácter penal, que consagra una verdadera pena o sanción, es además de orden público, por lo que... no se requiere que alguna de las partes en litigio pida expresamente su aplicación".

Sin desconocer el aspecto en cierta manera punitivo de la norma invocada, tampoco puede olvidarse que el legislador la califica de indemnizatoria, y su aplicación, de todos modos, cuando no se haya reclamado en la demanda, resultará "extra-petita". Ahora bien, conforme al artículo 50 del C. P. L., la facultad de proferir condenaciones de esa clase es privativa "del juez de primera instancia", de donde su hipotético ejercicio por el *ad-quem* sería abusivo e ilegal. Sobre tal supuesto no puede edificarse el cálculo numérico a que aspira el recurrente.

En consecuencia, no se accede a la reposición solicitada.

NOTIFIQUESE, COPIESE E INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL.*

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TECNICA DE CASACION

Contrate en prueba.—Características según art. 80 C.S. del T.—Incompatibilidad en el planteamiento del cargo principal, por aplicación indebida y subsidiario por infracción directa del artículo 64 del C.S. del T.—La ausencia en período de prueba del trabajador, sin justa causa comprobada es causa suficiente, para poner fin al contrato.—El abandono del puesto constituye manifestación unilateral de cancelación del convenio que no requiere ninguna modificación adicional del patrono.

Conforme al artículo 80 del C.S. del T. la característica esencial del contrato en período de prueba es la posibilidad de su terminación intempestiva, súbita, "sin previo aviso", a voluntad de cualquiera de las partes, precisamente porque el objeto de esa "etapa inicial", de puro ensayo o experimentación preliminar, es del conocimiento recíproco de los contratantes en relación con la labor futura, para que decidan a sabiendas si desatan el vínculo o lo anudan en firme (artículo 76 ibidem). Tanto que la fragilidad típica del contrato en prueba explica su omisión por el legislador al enumerar los eventos legales de resiliación (art. 61 literal g) y permite exceptuarlo del ordenamiento general prescrito en el artículo 66 del Código para situaciones ya consolidadas.

Además, el contrato en prueba es, aunque provisorio, "por tiempo determinado" (artículos 77, 78 y 79); de donde su prórroga, o más exactamente su reanudación en firme, queda gobernada por el artículo 49 del estatuto, que la condiciona al hecho de la continuación de los "servicios al patrono, con su consentimiento expreso o tácito", como se reiteró por estipulación explícita en el contrato de autos y lo arguyen los falladores de instancia, sin réplica del recurrente.

Cuando el trabajador en período de prueba se ausenta del servicio desde antes de la fecha en que haya de vencerse dicho período, sin justa causa comprobada, y prolonga su ausencia hasta varios días después, aquel solo hecho basta para ponerle fin al contrato; porque el abandono del puesto constituye también una manifestación de la voluntad unilateral de cancelar el convenio, cuya eficacia extintiva dentro del plazo de prueba no requiere la conformidad del patrono ni ninguna notificación adicional.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., octubre catorce de mil novecientos sesenta y seis.

(Proyectó: doctor Eduardo Ronderos Tejada, Auxiliar de Casación Laboral).

MANUEL VICENTE ALVAREZ DE CASTRO demandó a la entidad "IMPORTACIONES VETERINARIAS LIMITADA", a fin de que, mediante juicio ordinario laboral, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"a) Que la sociedad demandada terminó el contrato de trabajo, que la vinculaba con mi mandante, el día 26 de mayo del año en curso;

"b) Que dicha terminación, ilegal e injusta, obliga a la sociedad demandada a indemnizar a mi mandante los perjuicios que con tal terminación se le ocasionaron;

"c) Que la sociedad demandada adeuda a mi mandante, desde la fecha de la terminación de su contrato de trabajo, las siguientes cantidades de dinero:

"1.—Por concepto de 2/3 de salario en el día 25 de mayo/59	35.54
"2.—Por concepto de salario durante el día 26 de mayo/59	53.33
"3.—Por concepto de auxilio de cesantía en los días 25 y 26 de mayo de 1959	8.88
"4.—Por concepto de lucro cesante, el salario comprendido entre el 27 de mayo de 1959 y el 23 de septiembre de este mismo año, fecha de vencimiento del plazo presuntivo del contrato de trabajo ilegalmente roto	6.292.94

"5.—Por concepto de daño emergente, el valor de la prima de ser-

vicios que mi mandante habría recibido, de no ocurrir la ruptura ilegal de su contrato 800.00

"6.—Por concepto de daño emergente, el valor del auxilio de cesantía por el lapso comprendido entre el 27 de mayo y el 23 de septiembre de 1959, ambos inclusive, que mi mandante habría recibido de no mediar la ruptura aludida 523.92

7.—Las demás sumas que el señor juez considere, de acuerdo con los hechos demostrados en el juicio, que la sociedad demandada pueda adeudar a mi mandante.

"d) Que la sociedad demandada debe ser condenada, como en efecto pido que lo sea, a pagar a mi mandante las sumas reclamadas".

Como hechos de la demanda determinó los siguientes:

"1º Entre la sociedad "IMPORTACIONES VETERINARIAS LIMITADA" y MANUEL VICENTE ALVAREZ CASTRO se celebró un contrato de trabajo con fecha 24 de marzo del año en curso (1959).

"2º El salario pactado fue la cantidad de UN MIL SEISCIENTOS PESOS mensuales.

"3º El lapso inicial de dos meses se pactó como período de prueba.

"4º El período de prueba, así pactado, venció el día 23 de mayo de 1959.

"5º Mi mandante fue despedido, en forma ilegal, alegando vencimiento del período de prueba, mediante comunicación de la sociedad "IMPORTACIONES VETERINARIAS LTDA.", recibida por él el día 26 de mayo de 1959.

"6º Mi mandante dejó de asistir a su trabajo por encontrarse enfermo, de lo cual dio oportuno aviso a la sociedad "IMPORTACIONES VETERINARIAS LTDA.", durante los días 21, 22, 23, 24 y 25 de mayo de 1959.

"7º Los socios de la sociedad "IMPORTACIONES VETERINARIAS LTDA.", por conducto de uno de ellos, habían expresado a mi mandante, con fecha 19 de mayo de 1959, que le ratificaban su confianza y que continuaría en el desempeño de su cargo con posterioridad al vencimiento de su período de prueba.

"8º El día 24 de mayo de 1959 quedó en firme el contrato de trabajo, por el término presuntivo legal que se inició el 24 de marzo de 1959.

"9º El día 26 de mayo de 1959, fecha en la cual se enteró mi mandante de que se le despedía y en la que, por lo tanto, quedó despedido, estaba en plena vigencia el contrato de trabajo.

"10º Mi mandante ha sufrido, con el despido ilegal de que fue víctima, perjuicios materiales y morales.

"11º La sociedad "IMPORTACIONES VETERINARIAS LTDA." liquidó a mi mandante, por auxilio de cesantía, la suma de $ 273.11, que mi mandante recibió y que equivalen, sobre la base del salario de mi mandante, al auxilio de cesantía por dos meses y *un día* de servicios.

"12º La sociedad "IMPORTACIONES VETERINARIAS LIMITADA" no ha pagado a mi mandante, hasta la hecha, el valor del auxilio monetario por incapacidad producida por enfermedad no profesional, correspondiente al día 25 de mayo de 1959.

"13º La sociedad "IMPORTACIONES VETERINARIAS LIMITADA" no ha pagado a mi mandante, hasta la fecha, el valor de su salario por el día 26 de mayo de 1959, fecha en la cual fue despedido.

"14º La sociedad "IMPORTACIONES VETERINARIAS LIMITADA" no ha pagado a mi mandante, hasta la fecha, el valor del auxilio de cesantía a que tiene derecho por los días 25 y 26 de mayo de 1959".

La demandada negó todos los hechos de la demanda y propuso excepciones.

El Juez Primero Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia que absolvió a la parte demandada de todas las peticiones contenidas en la demanda.

La parte vencida apeló del fallo anterior, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Casación Laboral, resolvió el recurso, confirmando en todas sus partes la sentencia de primer grado.

Contra la decisión del Tribunal, Manuel Vicente Alvarez ha interpuesto el recurso de casación sustentándolo en dos cargos que se estudiarán conjuntamente.

El alcance de la impugnación lo fija el demandante en los siguientes términos:

"Pretendo que la Honorable Corte Suprema de Justicia case parcialmente la sentencia recurrida en cuanto, por su numeral 1º, absolvió a Importaciones Veterinarias Limitada de pagar a mi mandante la suma de $ 6.292.94 por concepto de lucro cesante, y que, en su lugar, convertida en Tribunal de instancia, revoque la de primer grado en cuanto, por su numeral 1º, absolvió igualmente a la parte demandada de pagar al actor la misma suma por el mismo concepto y la condene a pagar a éste la cantidad de $ 6.292.94, a título de lucro cesante".

PRIMER CARGO.

El fallo impugnado violó, por aplicación indebida, el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 76 ibidem, 3º del Decreto 617 de 1954 (que modificó el 80 del Código Sustantivo del Trabajo), 61 literal g) del Código Sustantivo del Trabajo, 1º del Decreto 616 de 1954 (que sustituyó al 48 del Código Sustantivo del Trabajo) y 62 y 63 de este último Estatuto.

Para demostrar el cargo manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

Son hechos indiscutidos en el juicio: Que las partes celebraron contrato escrito de trabajo, en el cual se pactó un sueldo mensual de $ 1.600.00 y un período de prueba de dos meses; que tal período de prueba vencía el 23 de mayo de 1959; que el 22 de mayo la demandada elaboró una carta diciendo al actor que, en vista de que su período de prueba vencía el 24 del mismo mes, le comunica que ha resuelto dar por terminado su contrato de trabajo; que ese mismo día la demandada efectuó la liquidación de prestaciones y salarios del actual demandante, hasta el 24 de mayo, inclusive; que la intención de la Compañía demandada fue que el actor no continuara a su servicio una vez finalizado el período de prueba; que el actor, por razones no esclarecidas en el juicio, dejó de concurrir a su trabajo desde el 21 de mayo, fecha en que la Compañía no pudo localizarlo; que por las anteriores razones la Compañía no dio a conocer al actor el contenido de la carta de fecha 22 de mayo antedicha, ni en ese día ni en los días 23, 24 y 25 subsiguientes; que el día 26 de mayo la Compañía entregó al actor la carta de despido y el cheque correspondiente a la liquidación ya efectuada de sus salarios y prestaciones sociales.

Concluye el impugnador así:

"Sobre estos hechos, que, se repite, no se discuten, el sentenciador, para fundar su decisión absolutoria del lucro cesante, construyó una teoría, no totalmente explícita, que se puede sintetizar así:

"No obstante que la Compañía demandada creyó, en forma equivocada, que el período de prueba vencía el 24 de mayo de 1959, y no el 23 inmediatamente anterior, y no obstante, también, que la decisión unilateral de terminar el contrato de trabajo sólo se le hizo conocer al actor el día 26 de mayo subsiguiente, como: a) "La empresa tuvo la intención de que vencido el período de prueba el demandante no continuara laborando" a su servicio; y b) El actor "no volvió a concurrir al trabajo, desde el 21 del mes en que se terminaba el período de prueba y sin demostrar la causal que tuvo para no asistir a la oficina", el despido de éste se produjo por aquélla dentro del período de prueba de su contrato de trabajo y, de consiguiente, de conformidad con el artículo 3º del Decreto 617 de 1954, es decir, en forma legal.

"Por donde bien se ve que dejó de aplicar, por no considerarlos pertinentes, el literal g) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 1º del Decreto 616 de 1954, los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo y, fundamentalmente, el artículo 64 *ibidem*, que es el que consagra el derecho sustantivo laboral reclamado por el actor.

"Mas la teoría del sentenciador que se ha dejado expuesta, no consulta las reglas de la hermenéutica jurídica. En efecto, de los hechos no discutidos del juicio lo único que realmente se desprende es que el despido del actor lo produjo la sociedad demandada después de haber finalizado el período de prueba del contrato de trabajo que la ligaba con éste. Porque, de una parte, la intención de despedir no se puede equiparar al despido, que sólo se realiza y produce efectos cuando se le hace conocer al trabajador la decisión unilateral del patrono, y, de otra, porque la imposibilidad de notificar el despido al trabajador dentro de determinado lapso, por causas imputables o no al mismo, carece de virtud para retrotraer a dicho lapso la manifestación de una decisión unilateral verificada con posterioridad a su vencimiento.

"En consecuencia, como el despido del actor no se produjo en conformidad con el artículo 3º

del Decreto 617 de 1954, el sentenciador ha debido examinar tal despido a la luz del literal g) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo y de las normas concordantes a que este literal remite. De haberlo hecho así, habría concluído, indefectiblemente, en que la terminación unilateral del contrato de trabajo del actor se hizo en forma ilegal, ya que, de acuerdo con el artículo 76 del Estatuto referido, dicho contrato había rebasado ya su etapa inicial y se regía por sus normas generales. Y habría aplicado el inciso 2º del artículo 64 del mismo Código y condenado a la Compañía demandada a pagar al actor la cantidad de $ 6.292.94, a título de lucro cesante".

La empresa formuló oportunamente su oposición.

Se considera:

El planteamiento del cargo principal, por aplicación indebida del artículo 64 del C. S. T. (al igual que el del subsidiario, por infracción directa del mismo precepto), no es compatible con el método utilizado por el recurrente para sustentar la impugnación, pues enfrenta una supuesta "teoría, no totalmente explícita", del Tribunal a otras que el casacionista reputa más acordes con "la hermenéutica jurídica", lo cual es propio de los ataques por interpretación errónea de las normas legales.

"La infracción directa, la aplicación indebida y la errónea interpretación —tiene dicho la jurisprudencia laboral son formas de violación legal que responden a diversos conceptos. Por la infracción directa sufre impacto abierto el texto claro de una ley que, al decidir, no se le tiene en cuenta; por la aplicación indebida puede aplicarse la ley a un hecho probado pero no regulado por ella o que no ha ocurrido; a la errada interpretación se llega por el equivocado concepto que se tenga de la ley al ser susceptible de diversas interpretaciones, independientemente de toda cuestión de hecho". (G. del T., T. VIII, pg. 335, sent. de 3 de julio de 1952).

En el caso *sub-lite*, el sentenciador no ignora la existencia del artículo 64 citado, sobre indemnización del lucro cesante a cargo del patrono que rompe ilegalmente el contrato de trabajo, ni se rebela abiertamente contra su ordenamiento; sino que lo declara inaplicable porque estima legal la extinción del contrato en período de prueba entre Manuel Vicente Alvarez de Castro e "Importaciones Veterinarias Limitada", de acuerdo con la interpretación que hace de los artículos 49, 76, 77, 78, 79 y 80 y con los hechos acreditados en el proceso.

Bastaría la aludida incongruencia en la formulación de los reparos, para desestimarlos. Pero conviene a los fines de la unificación jurisprudencial suponer el cargo por interpretación errónea y estudiar más a fondo el fenómeno.

Son tres los argumentos capitales de la providencia impugnada:

1º—"Con fecha 22 de mayo del presente año, el gerente de la demandada dio por terminado el contrato por terminación del período de prueba mediante comunicación visible a folio 17.

2º—"Se afirma en la demanda que el contrato de trabajo terminaba el 23 de mayo del presente año y que la sociedad le liquidó la cantidad de $ 273.11 por cesantía que corresponde a 2 meses y 1 día. Por lo tanto los efectos del contrato en período de prueba se convirtió en uno regulado por las normas generales del contrato de trabajo.

"..... .....

"Si bien es verdad que de conformidad con la documental de fol. 17 fechada el 22 de mayo de 1959, la sociedad demandada le manifiesta al demandante que su período de prueba se cumplía el 24 de los mismos mes y año, no obstante que vencía era el 23, lo evidente es que la voluntad del patrono fue la de que terminada la prueba, no estaba resuelto a que el contrato de trabajo continuara con Alvarez de Castro. Tan cierto es que la empresa tuvo la intención de que vencido el período de prueba el demandante no continuara laborando, que la carta de que se da cuenta fue expedida desde el 22. Además el hecho de que se le hubieran liquidado prestaciones y le hubieran pagado el valor de los salarios comprendidos hasta el 24, tiene su explicación si se considera que ese día fue domingo y que en virtud de que el demandante alcanzó a trabajar el miércoles de la misma semana la empresa resolvió reconocérsela en su totalidad.

3º—"Además debe tenerse en cuenta que Alvarez no volvió a concurrir al trabajo, desde el 21 del mes en que se terminaba el período de prueba y sin demostrar la causal que tuvo para no asistir a la oficina. Por tanto mal podían causarse salarios en esos días y mucho menos prestaciones el 25 y el 26, porque, se repite, está

probado que la voluntad del patrono fue la de terminar la relación contractual, al vencimiento del término de prueba".

Obsérvese que al expresar lo anterior, el Tribunal estaba motivando la confirmación o prohijamiento de un fallo donde el *a-quo* había dicho:

"El contrato celebrado entre las partes estipuló claramente que si cumplidos los dos meses del período de prueba el trabajador continuare prestando servicios a la sociedad, la duración y otras modalidades del contrato se entenderían regidas por las normas legales. Es indudable que el trabajador no continuó prestando servicios a la empresa, con el expreso o tácito consentimiento de ésta, puesto que el día 26 de mayo, cuando concurrió nuevamente a las oficinas, fue notificado del despido y recibió el monto de los salarios y prestaciones adeudadas. Como el demandante no ha probado que su inasistencia al lugar del trabajo se debió efectivamente a enfermedad, es forzoso concluír que incumplió su obligación de asistir y prestar servicios, y que por ello la falta de notificación oportuna del despido se debió a su propia culpa, que imposibilitó a la empresa para cumplir debidamente ese requisito.

"....

"Fuera que el trabajador hubiese estado efectivamente incapacitado, o que culposamente hubiese dejado de asistir al lugar de trabajo y de cumplir sus obligaciones, no puede decirse que el trabajador prestó servicios durante los días 24 y 25 de mayo de 1959, y como el contrato estipuló que si vencido el período de prueba el trabajador continuare prestando servicios, el contrato se entendería regulado por las normas legales, es claro que no puede entenderse que el contrato con término presuntivo de duración, se inició el día 24 de mayo, ya que, se repite, no hubo prestación de servicios a partir de la fecha de expiración del período de prueba. Y ello es así aunque en la liquidación y pago de salarios y prestaciones sociales se hubiese incluído lo correspondiente al día 24 de mayo, siendo así que los dos meses del período de prueba vencían al terminar el día 23 de mayo".

Del razonamiento completo, así integrado, no resulta la tesis que el recurrente le atribuye al sentenciador, según la cual se puede equiparar al despido la simple intención de despedir cuando no se comunique al trabajador por culpa de éste, y la ausencia injustificada del asalariado prolonga hasta su regreso el período de prueba, aún sobrepasando el límite de duración legal. Más bien lo que al parecer sostiene el Tribunal, pese a ciertas impropiedades del estilo, es que el contrato de trabajo en prueba se extingue al vencimiento del respectivo período si la labor no se reanuda ni un solo momento después con la aquiescencia del patrono, inclusive en caso de que haya habido la intención de despedir al trabajador sin podérsele comunicar oportunamente por culpa suya.

Y esta teoría jurídica es menos vulnerable que la supuesta por el acusador. Pues conforme al artículo 80 del C. S. T. la característica esencial del contrato en período de prueba es la posibilidad de su terminación intempestiva, súbita, "sin previo aviso", a voluntad de cualquiera de las partes, precisamente porque el objeto de esa "etapa inicial", de puro ensayo o experimentación preliminar, es el conocimiento recíproco de los contratantes en relación con la labor futura, para que decidan a sabiendas si desatan el vínculo o lo anudan en firme (art. 76 ibidem). Tanto que la fragilidad típica del contrato en prueba explica su omisión por el legislador al aumentar los eventos legales de resiliación (art. 61, literal g) y permite exceptuarlo del ordenamiento general prescrito en el artículo 66 del Código para situaciones ya consolidadas, aunque no lo haya entendido así el Tribunal.

Además, el contrato en prueba es, aunque provisorio, "por tiempo determinado" (arts. 77, 78 y 79); de donde su prórroga, o más exactamente su reanudación en firme, queda gobernada por el artículo 49 del estatuto, que la condiciona al hecho de la continuación de los "servicios al patrono, con su consentimiento expreso o tácito", como se reiteró por estipulación explícita en el contrato de autos y lo arguyen los falladores de instancia, sin réplica del recurrente.

Por último, cuando el trabajador en período de prueba se ausenta del servicio desde antes de la fecha en que haya de vencerse dicho período, sin justa causa comprobada, y prolonga su ausencia hasta varios días después, aquel solo hecho basta para ponerle fin al contrato; porque el abandono del puesto constituye también una manifestación de la voluntad unilateral de cancelar el convenio, cuya eficacia extintiva dentro del plazo de prueba no requiere la conformidad del patrono ni ninguna notificación adicional.

Todos los caminos conducen, pues, a la misma conclusión del Tribunal: en la extinción del contrato de trabajo que ligó a los contendientes no hubo ninguna ilegalidad imputable a la empresa, y por tanto no es procedente condenarla al pago de la indemnización reclamada.

La acusación 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.

Costas a cargo del 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.

ACCION DE JUBILACION

Evidente error en la apreciación de una partida de bautismo en sus efectos probatorios hecha por el ad-quem y errada aplicación del artículo 260 del C.S. del T. al no quedar demostrado el requisito indispensable de la edad por el demandante.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., diez y ocho de octubre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de casación contra la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil y Laboral. decidió en segunda instancia el juicio ordinario de PEDRO RODRIGUEZ vs. COMPAÑIA FRUTERA DE SEVILLA. Cumplidos los trámites previos, se presentó la demanda de casación en oportunidad, demanda en relación con la cual no hubo escrito de oposición.

La Sala entra a resolver el recurso con base en dicha demanda.

Pretende el impugnador que se case totalmente la sentencia acusada y que la Corte, como Tribunal de instancia, revoque la decisión de primer grado y absuelva de todos los cargos de la demanda a la Compañía Frutera de Sevilla.

La acusación se basa en la causal primera del artículo 87 del C. de P. L. y se concreta en dos cargos.

El PRIMER CARGO se formula como "violación directa, por interpretación errónea del artículo 194 del C. S. del T. e infracción consecuencial, por aplicación indebida de los artículos 67, 68, 69, 70, 259, 260 y 273 ibidem, y por falta de aplicación del artículo 16 en conexidad con el 490 de la misma obra".

El SEGUNDO CARGO contiene la acusación de la sentencia del Tribunal "por infracción de los artículos 67, 69, 70, 194, 259, 260 y 273 del C. S. del T. por aplicación indebida, y de los artículos 16 y 490 de la misma obra, así como de los artículos 18 y 19 de la Ley 92 de 1938 por falta de aplicación, a consecuencia de manifiestos errores de hecho y de derecho".

Al estudiar estos cargos, se ha encontrado que entre los errores probatorios indicados en el segundo, se halla uno que incide fundamentalmente en la decisión acusada y lleva a ésta a quebrantar una norma sustancial de las invocadas en la demanda, por lo cual el análisis correspondiente se concretará a este punto.

Este SEGUNDO CARGO presenta entre los errores en la apreciación de las pruebas por el fallador de segunda instancia el de "dar por demostrado, sin estarlo, que el actor tiene más de cincuenta y cinco (55) años de edad". Luego al singularizar los elementos probatorios respecto de los cuales se sostiene que el *ad-quem* incurrió en la equivocada apreciación, el acusador señala "la partida eclesiástica visible a folio 5". Y expresa en el texto de la demostración: "Bajo la influencia de tales errores, entre los cuales cabe destacar el de la equivocada apreciación de la partida parroquial visible a folio 5 correspondiente a Pedro Saturnino y no Pedro, Tejada y no Rodríguez, con la cual se dio por demostrada la edad requerida legalmente, el juzgador de segundo grado aplicó indebidamente... los preceptos que consagran la pensión de jubilación (arts. 259 y 260 ib.)... como si el actor tuviese la edad y el tiempo requeridos"...

El Tribunal en la parte motiva de la sentencia impugnada dijo sobre el punto relativo a la edad del demandante en el juicio:

"La edad del reclamante está acreditada con la certificación expedida por el Cura Párroco de la Basílica Catedral de Santa Marta, que apare-

ce a folio 5 del expediente. Podría pensarse que tal documento no es idóneo para los fines perseguidos porque él habla de Pedro Saturnino, hijo natural de María de Jesús Tejada. Para la mayoría de la Sala no es de fuerza esta concepción porque piensa que dicha pieza sí tiene mérito probatorio toda vez que se acompañó a la demanda, que hizo expresa mención de ella, que la conoció la contraparte y que ninguna tacha se le hizo. Es natural que si se dieron estas circunstancias sin protesta alguna, ninguna apreciación puede hacerse contra el mérito de dicha prueba. Ni en la primera, ni en esta instancia, la parte demandada ha elevado queja sobre el particular, cosa que no deja de tener importancia y que bien lleva a concluír que el Pedro Rodríguez T. que firmó la carta de renuncia de folio 8, es el mismo Pedro Saturnino, hijo natural de una señora Tejada, como lo dice la partida de bautismo".

Como lo anota el *ad-quem*, la prueba de la edad de Pedro Rodríguez se pretende encontrar únicamente en el documento de folio 5, consistente en una partida de bautismo de carácter eclesiástico, pues en los autos no existe ninguna otra prueba al respecto. Esa partida, expedida por el Cura Párroco de la Basílica Catedral de Santa Marta, expresa que el veintiúno de febrero de mil novecientos cuatro fue bautizado solemnemente un niño "que nació el día veintinueve de noviembre del pasado año de mil novecientos tres, hijo natural de María de Jesús Tejada. Se le puso por nombre Pedro Saturnino".

No se refiere, pues, este documento, en parte alguna, a la persona que actuó en el juicio con el nombre de Pedro Rodríguez e identificado como tal en los documentos emanados de las dos partes litigantes. No se estableció, por otro lado, de manera fehaciente, ni siquiera en forma indiciaria (el apoderado del trabajador no hizo ningún intento probatorio al respecto ni aún frente a la negativa de la empresa en la respuesta al hecho quinto de la demanda) que la persona que aparece en la partida de bautismo es la misma que ha figurado con el nombre de Pedro Rodríguez en sus actos públicos y privados. Y no se trata, finalmente, de que el documento esté o no aceptado en sí mismo y no haya sido tachado ni redargüido de falso por la compañía demandada, pues una cosa es el hecho que demuestra que es la fecha de nacimiento de Pedro Saturnino Tejada y otra su idoneidad para establecer el nacimiento de Pedro Rodríguez, en lo cual no se encuentra falla del propio documento. La parte demandada no tenía que cumplir ninguna actuación a este respecto y competía al actor en el juicio demostrar el elemento edad debidamente, lo que no podía ocurrir con una partida que no corresponde al nombre con que ha actuado en el trabajo y en el juicio.

Aparece, pues, evidente el error en la apreciación de este documento por el *ad-quem* para los efectos que le atribuyó. Este error condujo a la aplicación del artículo 260 del C. S. del T. al caso juzgado, cuando la norma exige el requisito de la edad de cincuenta y cinco años, del aspirante a jubilación, requisito que al no establecerse excluía la aplicación de este precepto, que resulta así violado como lo anota el recurrente.

Por lo dicho, el cargo prospera.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA.

No hallándose comprobado el requisito de la edad de cincuenta y cinco años por parte del demandante PEDRO RODRIGUEZ, pues la partida de bautismo (fl. 5), única prueba aportada para el efecto, corresponde a Pedro Saturnino Tejada, no puede condenarse a la Compañía demandada al pago de la pensión jubilatoria que se demanda, y como el *a-quo* lo hizo, debe revocarse su decisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA TOTALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil y Laboral, en el juicio ordinario de Pedro Rodríguez contra la Compañía Frutera de Sevilla, y actuando como Tribunal de Instancia REVOCA el fallo de primer grado proferido por el Juez Unico del Trabajo de Santa Marta y ABSUELVE a la Compañía Frutera de Sevilla de los cargos de la demanda.

Sin costas.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A.. Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



PENSION VITALICIA DE CARACTER ESPECIAL

Pensión vitalicia por quince años de servicio.—Aplicación del art. 267 del C.S. del T.—Violación indirecta por errónea apreciación de pruebas.—Identidad de los establecimientos o entidades.—El derecho del trabajador no se funda legalmente en la sustitución patronal, sino en la identidad de la empresa a la cual se han prestado los servicios.—Error de hecho evidente del Tribunal al no dar por establecido, estándolo, la identidad de las dos empresas donde prestó servicio el trabajador.—Estudio de la prueba testimonial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., diez y ocho de octubre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

ISMAEL E. JIMENEZ F., por medio de apoderado, demandó a la sociedad "RAFAEL SALAZAR M. y CIA. LTDA.", con domicilio principal en Medellín, representada por su gerente, Rafael Salazar M., para que se la condenase a pagarle "una pensión mensual y vitalicia de carácter especial, que deberá liquidarse de conformidad con lo previsto en el artículo 267 del C. S. del T.", por cuantía de $ 660.00 mensuales, a partir de la fecha en que cumplió 50 años de edad.

Para fundamentar su acción, dijo el demandante que trabajó al servicio de Rafael Salazar M., en su empresa de transportes conocida bajo el mismo nombre, desde el mes de febrero de 1928 hasta junio de 1944, fecha o época en que se constituyó la sociedad "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.", a la cual pasó la referida empresa, habiendo continuado prestando sus servicios a la Sociedad en la misma empresa de transporte hasta el 27 de junio de 1958, en que fue despedido sin justa causa y habiéndosele liquidado sus prestaciones sociales distintas a la pensión de jubilación. Que su último sueldo mensual fue de $ 880.00 como Jefe de Oficina de Pereira y que fue despedido cuando había cumplido ya más de quince años al servicio de la empresa. Que el 13 de septiembre de 1958 cumplió 50 años de edad.

En derecho invocó las disposiciones contenidas en los artículos 22 y siguientes, 61, 62, 63 y siguientes, 194, 195, 267 y concordantes del C. S. T.

La demandada no dio respuesta a la demanda y sólo se apersonó al juicio, por medio de apoderado, cuando había transcurrido la primera audiencia de trámite.

Desató la litis el Juez del Trabajo del Circuito de Pereira, por sentencia en que se condena a la sociedad demandada a pagarle a Ismael E. Jiménez F. "una pensión mensual de jubilación vitalicia equivalente a cuatrocientos noventa y cinco pesos ($ 495.00) moneda corriente", a partir del 13 de noviembre de 1958, conforme a lo preceptuado por el artículo 267 del C. S. T. Condenó en costas a la demandada.

La parte vencida interpuso el recurso de apelación contra el fallo del juzgado. Correspondió decidir el negocio en segunda instancia a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por sentencia que revoca la providencia apelada y, en su lugar, absuelve a la demandada de todos los cargos de la demanda. Condenó en costas al demandante.

El apoderado del trabajador interpuso el recurso de casación que le fue concedido. Admitido y preparado en debida forma, la Corte procede a decidirlo, teniendo en cuenta la demanda de casación presentada y el correspondiente escrito de réplica.

EL RECURSO.

Alcance de la impugnación.

Aspira a que la Corte case totalmente la sentencia, para que en su lugar, como Tribunal de Instancia, confirme en todas sus partes el fallo del juzgado.

CARGO UNICO.

Con apoyo en la causal 1ª del artículo 87 del C. P. L., acusa la sentencia de violar indirectamente los artículos 67, 68, 69, 194 y 267 del Código Sustantivo del Trabajo "determinada por errónea apreciación de pruebas".

Al sustentar la acusación dice el recurrente que el Tribunal, después de analizar las posiciones absueltas por el representante de la sociedad demandada y las declaraciones de Alejandro Vásquez Trujillo y Venancio Calle Echeverri, estimó que no se había demostrado por el actor la identidad de empresa y que solamente debía tomarse en cuenta el tiempo servido por el trabajador a partir de la constitución de la sociedad "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.". Manifiesta que el sentenciador apreció erróneamente dichas pruebas pues que ellas demuestran que la empresa de transportes denominada Rafael Salazar M., que luego se transformó en "Rafael Salazar M. y Cía.", mantuvo siempre la unidad de explotación económica, y tuvo oficina en Pereira desde tiempo atrás a 1944, al cuidado del demandante Ismael E. Jiménez F. Que no reconocerlo así, fue el error en que incurrió el sentenciador por la equivocada apreciación y valoración de las pruebas.

Agrega que el Tribunal dejó de apreciar los testimonios de Marco Tulio Calle Ospina (fl. 41) y Carlos Hernández Hurtado (fl. 42), que sí tuvo en cuenta el *a-quo*, las que sólo podía desestimar con algún fundamento racional. Que estos testimonios demuestran la continuidad del servicio del trabajador en una misma empresa, cuestión que no aceptó el Tribunal al dejar de apreciar esa prueba, incurriendo por esta causa en el error de hecho antes indicado. Que la apreciación equivocada de las pruebas condujo a la violación indirecta de las disposiciones legales que señala en el cargo y principalmente del artículo 267 del C. S. T., que regula el estatuto de la pensión especial de jubilación, y que el sentenciador dejó de aplicar.

El opositor en el escrito de réplica hace algunos reparos de orden técnico, pues estima que el recurrente no indica en qué clase de violación de la ley sustantiva incurrió el sentenciador, ni la clase de error que lo llevó a violar la ley. Que si se entiende que el error mencionado en el cargo está referido al de hecho, éste no aparece planteado con el carácter de ostensible y evidente, ni se indica concretamente en qué consistió dicho error. Que la sentencia tiene dos soportes jurídicos, a saber: no se demostró la identidad de empresa, ni tampoco que el actor hubiera trabajado durante más de quince años. Que el recurrente sólo ataca el primero, por lo cual el cargo resulta incompleto. Agrega que si no se aceptan las deficiencias de orden técnico anotadas, resulta que las pruebas fueron apreciadas correctamente por el Tribunal, por lo cual la sentencia no puede quebrantarse.

Se estudia la acusación.

Para revocar la sentencia de primer grado que fue favorable al actor, el Tribunal analiza en primer término los requisitos que deben cumplirse para que tenga aplicación el precepto contenido en el artículo 267 del C. S. T. en armonía con lo dispuesto por el artículo 260 ibidem, siguiendo al efecto la jurisprudencia de esta Sala de la Corte. Al hacer aplicación de esos principios al caso de autos, da por establecido que el despido del trabajador se produjo sin justa causa; que éste tiene 50 años de edad; que la acción intentada para hacer efectivo el derecho que reclama la ejercitó dentro del término previsto en el artículo 267 del C. S. T.; que el capital de la empresa demandada resulta por la prueba de presunción que es igual o superior a $ 800.000.00 y que el demandante trabajó al servicio de la sociedad "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda." desde el 1º de diciembre de 1945 hasta el 27 de junio de 1958, es decir, durante 12 años, 6 meses, 27 días.

A lo anterior, agrega el Tribunal: "Queda por estudiar un problema que se ha planteado desde la demanda y que de resolverse favorablemente para la parte actora implicaría la estimación de otros tiempos de servicios anteriores al que ya se ha determinado, problema o situación que se hace consistir en que con anterioridad a 1944 el actor trabajó para Rafael Salazar M. y Cía. Ltda., es decir, que para el demandante existe continuidad en la prestación de los servicios en relación de la continuidad entre las dos empresas aludidas".

Al examinar los dos aspectos contemplados en el anterior planteamiento, el mismo Tribunal analiza las posiciones absueltas por Rafael Salazar M. como representante legal de la compa-

ñía demandada, y dice que "de todas estas respuestas contradictorias, de no desecharlas en su totalidad, sólo se podría sacar en claro que se admite que la firma demandada fue constituída a mediados de 1944 y que Ismael Jiménez prestó sus servicios con anterioridad para la sociedad de la cual era socio Rafael Salazar, junto con los señores Botero Soto y Ramírez".

Discurre luego el sentenciador sobre el fenómeno de la identidad de empresa, para afirmar que correspondía al demandante probar la identidad de los "establecimientos o sociedades" de que se ha venido hablando, por cuanto que el derecho del trabajador no se funda legalmente en la sustitución patronal, sino en la identidad de la empresa a la cual dice haberle prestado sus servicios. Agrega que la prueba idónea no puede ser otra que aquella por medio de la cual se demuestra la existencia de una sociedad, o sea la escritura pública de constitución, debidamente registrada; el extracto registrado en la Cámara de Comercio y un ejemplar del periódico en que se publicó el extracto. Que la prueba exigida no es la de la existencia de la persona jurídica demandada, sino la "de la identidad entre la sociedad demandada y aquella otra con la cual trabajó el demandante con anterioridad al 1º de diciembre de 1945 para que se puedan entonces sumar los lapsos servidos hasta completar el período necesario y predeterminado por la ley a fin de que se haga o nazca para él el derecho al cobro de una pensión de jubilación".

Que la prueba testimonial, especialmente las declaraciones de Alejandro Vásquez Trujillo y Venancio Calle Echeverri no es la idónea para demostrar la existencia de una sociedad y que además esos testigos no dan razón de su dicho por lo que sus testimonios no son suficientes para demostrar "la existencia de una sociedad anterior para la cual se invoca identidad con la empresa ahora demandada". Concluye que el tiempo de servicios demostrado es el de 12 años, 6 meses, 27 días, lo cual no permite dar aplicación al artículo 267 del C. S. T.

Se considera:

De todo lo anterior resulta claro y manifiesto que el debate en casación está circunscrito a dos cuestiones fundamentales: la primera, se refiere al tiempo en que el demandante prestó realmente sus servicios a la empresa de transportes conocida bajo el nombre de Rafael Salazar M.; la segunda, se encamina a demostrar que sí hay identidad de empresa entre la que se deja indicada y la denominada "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.", sociedad a la cual prestó también sus servicios el actor durante 12 años, 6 meses, 27 días.

Ante todo, observa la Sala que el Tribunal en su sentencia no se limita a considerar únicamente los planteamientos de hecho contenidos en la demanda que dio origen al juicio, sino que parte del supuesto de que el actor antes de prestar sus servicios a la sociedad demandada que gira bajo la razón social de "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.", había también trabajado al servicio de otra sociedad formada por Rafael Salazar, Botero Soto y Ramírez, sin que en el proceso exista más fundamento para ello, que el dicho de Rafael Salazar M., representante de la compañía demandada, al absolver posiciones dentro del juicio. De esta forma olvidó el Tibunal que su actividad en el examen probatorio quedaba circunscrita a establecer si estaban comprobados los hechos de la demanda. Ya se vio que el actor afirmó que inicialmente prestó servicios a Rafael Salazar M. en su empresa de transportes conocida bajo el mismo nombre y que luégo continuó prestando sus servicios en la misma empresa al constituírse la sociedad Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.", en el año de 1944. Como la demandada no dio respuesta a la demanda, necesariamente la decisión judicial sólo puede fundarse en los hechos conducentes de la demanda que aparezcan demostrados, pues el principio de derecho probatorio consignado en el artículo 593 del C. J. es aplicable al proceso laboral.

Este hecho aparece plenamente establecido en el proceso según resulta de la diligencia de absolución de posiciones de Rafael Salazar M., representante de la sociedad demandada, y también de la prueba testimonial que el recurrente cita en el cargo. Además ese hecho se afianza en los documentos que obran de folios 24 a 28 que consisten en un certificado notarial sobre constitución de la Sociedad Rafael Salazar M. y Cía. Ltda., y otro certificado de la Cámara de Comercio de Medellín, referente a la existencia de la misma sociedad.

En efecto, de las pruebas reseñadas antes aparece:

Diligencia de absolución de posiciones (fls. 46 a 48 vto). Consta de esa diligencia que preguntado Rafael Salazar M., gerente de la sociedad "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.", "cómo es cierto, sí o no, que usted era el dueño de la empresa

de transportes conocida en todo el país con el nombre de Rafael Salazar M." (pregunta sexta), respondió: "Es cierto". A la pregunta séptima que dice: "Cómo es cierto, sí o no, que usted gerenció como propietario la empresa de transportes 'Rafael Salazar M', hasta el mes de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro", respondió: "No es cierto. Entonces eran Botero y Ramírez, de quienes fue empleado el señor Jiménez primero en Medellín y luégo en Pereira. No obstante, en esa época yo estaba asociado con estas firmas, y para mayor claridad al separarme de ellos fundé la sociedad 'Rafael Salazar M. y Cía Ltda.', a mediados de 1944". Leída la aprobó. Octava. "Díga cómo es cierto, sí o no, que usted transformó la empresa de transportes 'Rafael Salazar M' en la empresa de transportes 'Rafael Salazar M. y Cía Ltda.'", respondió: "Es cierto". A la novena pregunta: "Díga cómo es cierto, sí o no, que la empresa de transportes 'Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.', se constituyó en sociedad en el año de mil novecientos cuarenta y cuatro", contestó: "Es cierto". A la pregunta décima: "Díga cómo es cierto, sí o no, que Rafael Salazar M., empresa de transportes, fue la misma empresa conocida hoy como 'Rafael Salazar M. y Cía Ltda.'", contestó: "Es cierto". A la pregunta undécima: "Díga cómo es cierto, sí o no, que usted transformó la empresa de transportes 'Rafael Salazar M.', en la sociedad de transportes 'Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.', en el mes de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro", contestó: "Es cierto". De lo que se deja transcrito resulta cierto y evidente, según la propia confesión del representante de la sociedad demandada, que él (Rafael Salazar M.) era dueño de la empresa de transportes conocida en todo el país con el nombre "Rafael Salazar M." y que la transformó, en el mes de junio de 1944, en la empresa de transportes "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda."; que la empresa que antes de junio de 1944 se conocía con el nombre de "Transportes Rafael Salazar M." es la misma que hoy se conoce como "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.", lo que significa que se trata de una *misma empresa.*

Con los testimonios de Alejandro Vásquez Trujillo y Venancio Calle Echeverri que menciona el fallo, y con los de Marco Tulio Calle Ospina y Carlos Hernández Hurtado (fls. 41 y 42) se llega a la conclusión cierta y evidente que desde el año de 1940 hasta mediados del año de 1958 Ismael Jiménez prestó sus servicios a la empresa de transportes denominada inicialmente "Rafael Salazar M." y luégo "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.". Esta certidumbre se afianza con lo dicho por el representante de la sociedad demandada al absolver las posiciones de que antes se habló, cuando al responder a la primera pregunta dice: "Cómo es cierto, sí o no, que el señor Ismael E. Jiménez trabajó al servicio suyo, como empleado, en su empresa de transportes, conocida con el nombre de Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.", respondó: "Es cierto". Además, si es verdad que el absolvente al responder a la pregunta tercera del pliego de posiciones de si era cierto que Ismael Jiménez estuvo trabajando en la empresa de transportes "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.", a fines de 1944 en la ciudad de Pereira, por traslado que se le hizo de Medellín, dijo que no era cierto, no obstante agregó que en esa época estaba Jiménez en Pereira trasladado de Medellín por Botero Soto y Ramírez y Rafael Salazar M., o sea por el propio absolvente dueño de la empresa de transportes denominada "Rafael Salazar M.", como antes se vio. El mismo absolvente agrega que su firma estuvo asociada hasta principios de 1944 con Botero Soto y Ramírez y que "al separarnos llamé a Jiménez que *siguiera* conmigo (se subraya), a lo cual no accedió diciéndome que se iba con el árbol que más sombra le daba". Más adelante, al continuar aclarando su respuesta la misma pregunta tercera, agregó que al tiempo de haberse retirado Jiménez de donde Botero Soto y Ramírez "lo coloqué en la empresa Rafael Salazar M. y Cía. Ltda., legalmente constituída en 1944", hecho que ocurrió el 1º de diciembre de 1945, y permaneció trabajando hasta el 27 de junio de 1958 como resulta de la respuesta dada por el mismo absolvente a la pregunta cuarta del pliego de posiciones relacionada con las circunstancias anteriores y que dice: "Es muy cierto" y agregó: "Sus prestaciones se le pagaron de acuerdo con liquidación que él mismo hizo conforme a la ley".

De las pruebas analizadas que el recurrente cita en el cargo, resulta evidente y manifiesto el error de hecho en que incurrió el Tribunal, al no dar por establecido, estándolo, que es una misma la empresa de transportes que hasta antes de junio de 1944 se conoció con el nombre de su propietario Rafael Salazar M. y la que a partir del 27 de junio de 1944 continuó funcionando con el nombre de "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda.", o sea que existió identidad de empresa. Igualmente el Tribunal incurrió en el error de hecho evidente de no dar por demostrado, estándolo, que el demandante Ismael E. Jiménez F., prestó servicios como trabajador de-

pendiente de la empresa de transportes conocida sucesivamente con los nombres que antes se han mencionado en el período comprendido entre 1940 a 1958, por un tiempo mayor de quince años. Por tanto, prospera el cargo y habrá de casarse totalmente la sentencia impugnada y proferirse el correspondiente fallo de instancia.

FALLO DE INSTANCIA.

A las consideraciones que se dejan consignadas al examinar el cargo en casación, la Sala agrega las siguientes:

De la prueba testimonial aportada al juicio lo mismo que la de las posiciones absueltas por Rafael Salazar M., en su carácter de representante legal de la sociedad demandada, no queda duda de que el demandante Jiménez prestó sus servicios a la empresa de transportes conocida últimamente con el nombre de "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda." y antes con el nombre de su propietario, Rafael Salazar M., desde el año de 1940 (por lo menos desde el 31 de diciembre del mismo) hasta el 27 de junio de 1944 en que se constituyó la sociedad denominada Rafael Salazar M. y Cía. Ltda., y luégo, desde el 1º de diciembre de 1945 hasta el 27 de junio de 1958, o sea durante 16 años, 25 días.

El último sueldo devengado por el trabajador, aceptado por el representante de la demandada, fue de $ 880.00 mensuales.

El Tribunal aceptó y ya no se discuten por ser hechos probados dentro del proceso, que el demandante tenía más de 50 años de edad al tiempo de la presentación de la demanda (documento fl. 2); que fue despedido sin justa causa por la empresa a la cual prestaba sus servicios (documento fl. 3) y posiciones del representante de la sociedad (respuesta a la pregunta segunda del pliego de posiciones fl. 48); que la acción la intentó dentro del término legal previsto en el artículo 267 del C. S. T.; que por presunción legal (artículo 195 del C. S. T.) se estableció que el capital de la empresa es de $ 800.000.00 o superior a esa cantidad.

La pensión que le hubiere tocado al demandante en caso de reunir todos los requisitos para gozar de esta última, en el evento previsto en el artículo 260 del C. S. T., habría sido de $ 660.00. Como la pensión a que tiene derecho el trabajador es la especial de que trata el artículo 267 del C. S. T., o sea la equivalente al 75% de la ordinaria que le hubiere podido corresponder, hechas las operaciones aritméticas, resulta que su valor es de $ 495.00 mensuales, a partir del día 27 de agosto de 1958, en que cumplió 50 años de edad. Empero, como el Juez de primera instancia decretó ese derecho a partir del día 13 de septiembre de 1958 y el trabajador se conformó con esta decisión, ésta será la fecha que deba tomarse en cuenta por la Corte.

Finalmente, como a la fecha en que el trabajador adquirió el derecho al goce de la pensión especial que se le reconoce por esta sentencia, estaba vigente la norma del artículo 266 del C. S. T. que establecía que "la pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía", es el caso disponer que las sumas recibidas por el trabajador por concepto de cesantía, que ascienden a la cantidad de $ 7.277.83, según documentos de fls. 8 y 6, se deduzca del valor de las mesadas de la pensión ya causadas y no pagadas, deducción que se hará de una vez, pues por razón del tiempo transcurrido desde que la pensión se hizo exigible, se llega al mismo resultado si la deducción se hiciera por cuotas de cada mensualidad conforme a lo que establecía el citado artículo 266 del C. S. T.

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 TOTALMENTE la sentencia recurrida, proferida en este juicio por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, y en su lugar, convertida en Tribunal de Instancia, confirma lo dispuesto en el fallo de primer grado proferido por el Juzgado del Trabajo de Pereira, y lo adiciona en el sentido de autorizar a la sociedad demandada, para deducir del monto del valor de las mesadas causadas y no pagadas hasta esta fecha, la suma de $ 7.277.83 que el trabajador Jiménez había recibido por cesantía y que deberá restituír conforme a lo dicho en la parte motiva de este fallo.

Sin costas en el recurso.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DEMANDA DE RECONVENCION

Responsabilidad solidaria.—Alcance del art. 36 del C.S. del T.—Indivisibilidad de la confesión.—Soportes probatorios en que apoya el fallador su decisión.—Violación por falta de aplicación del artículo 58 Ordinal 3º del C.S. del T.—La condena a la restitución del importe de un cheque conlleva la de los correspondientes intereses.

El problema de la indivisibilidad de la confesión se plantea cuando ella es el único medio de prueba existente sobre un determinado hecho. En tal caso es natural que, aceptado el hecho que perjudica al confesante, se discuta si deba reconocerse también el que lo favorece, contenido en la misma confesión, por estar íntimamente relacionado con aquél.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., octubre veintiúno de mil novecientos sesenta y seis.

(Proyectó: doctor Eduardo Ronderos Tejada, Auxiliar de Casación Laboral).

PAUL MOUROT demandó ante el Juez del Trabajo de Medellín a la entidad "COMPAGNIE FRANCAISE DES MATIERES COLORANTES", domiciliada en París, Francia, para que, mediante los trámites de un juicio ordinario laboral, fuera condenada a pagar las sumas que resulte a deber por concepto de cesantía, primas de servicio, vacaciones, gastos de viaje de regreso a Francia para el demandante, su esposa y sus tres hijos, así como indemnización por mora en el pago de las prestaciones.

Al contestar el libelo, la sociedad propuso demanda de reconvención.

Esta señala como hechos los siguientes:

"1º—El señor Paul Mourot, dentro de la ejecución del contrato a que se refiere la demanda principal, recibió un cheque Nº B-22406 ME del Banco de Colombia, fechado el 16 de agosto de 1954, a cargo de The New York Trust Company a favor de la Compagnie Francaise des Matieres Colorantes por la cantidad de cinco mil cincuenta y seis dólares con cincuenta centavos de dólar (US$ 5.056.50).

"2º—Según oficio IBC Nº 5753 del 17 de julio de 1957, de la Compañía Colombiana de Tejidos S. A. (Coltejer), dirigido al señor José Posada, empleado de la Compañía Colombiana Francolor, Limitada, el cheque en mención tenía como fin cubrir a la Compagnie Francaise des Matieres Colorantes 'el importe de nuestros pedidos números 6723 y 6798'.

"3º—Estos pedidos habían sido hechos directamente por la Compañía Colombiana de Tejidos S. A. directamente a la compañía francesa, y por ello su pago se hizo en dólares americanos.

"4º—El oficio de remisión del cheque estaba dirigido al señor José Posada, quien fue el agente que intervino en la operación, pero el señor Posada lo pasó al señor Paul Mourot para que éste lo remitiera a la beneficiaria del cheque.

"4º—El señor Mourot acusó recibo del cheque a la Compañía Colombiana de Tejidos S. A. (Coltejer) por medio de carta fechada el 23 de julio de 1957.

"6º—El mismo Mourot, en lugar de remitir el cheque a su beneficiaria, hizo una negociación de éste con el Banco Francés e Italiano para la América del Sud, Sucursal de Medellín, mediante endoso que efectuó de dicho instrumento.

"7º—La negociación que del cheque en cuestión hizo el señor Mourot fue realizada en su propio beneficio y sin que para el efecto hubiera recibido mandato especial alguno ni gozara de poder suficiente para hacerlo. En efecto, el único poder que había recibido el señor Mourot de la sociedad beneficiaria del cheque es el que

obra en el expediente, que en ningún caso lo facultaba para negociar instrumentos de esta índole en su favor. Se valió, sí, de un sello con el nombre de la compañía, dedicado exclusivamente a refrendar documentos de pedidos comerciales.

"8º—El señor Mourot recibió la suma correspondiendo en dólares o en su equivalente en pesos colombianos y se apropió de dicha suma, sin que hasta el momento haya hecho reembolso a la compañía beneficiaria del cheque.

"9º—El señor Mourot, al hacer endoso del cheque se atribuyó una calidad que no tenía (la de mandatario autorizado de la sociedad beneficiaria) con perjuicio de los intereses de dicha sociedad y del Banco endosatorio.

"10º—La negociación del cheque en las condiciones mencionadas y la apropiación de la suma representativa del mismo, constituye además la infracción de una o más normas del Código Penal, que los jueces competentes deben investigar.

"11º—Fuera del hecho a que se refieren los numerales anteriores el señor Mourot, dentro de la relación contractual de que trata la demanda principal, ejecutó otros actos que causaron gravísimos perjuicios a la Compagnie Francaise des Matieres Colorantes y a su filial "Compañía Colombiana Francolor, Limitada"; como fueron la sustracción de sumas de dinero por una cantidad de doscientos treinta mil pesos moneda legal ($ 230.000.00) m.l., cuyo reembolso se logró sólo después de difíciles gestiones, plazos y garantías, la apropiación de mercancías de la última sociedad citada, fundación de una sociedad competidora, utilización de viáticos para ésta, etc.".

La petición se formuló así: "En virtud de lo expuesto, solicito que el señor Paul Mourot sea condenado a pagar a la sociedad COMPAGNIE FRANCAISE DES MATIERES COLORANTES, la cantidad de cinco mil cincuenta y seis dólares con cincuenta centavos (US$ 5.056.50) o su equivalente en moneda colombiana, con sus intereses a partir del diez y seis (16) de julio de mil novecientos cincuenta y siete (1957)...".

El negocio fue fallado por el Juez Quinto del Trabajo de Medellín de la manera siguiente:

"a).—Se declaran probadas las excepciones perentorias de cosa juzgada y de pago, y en tal virtud, se absuelve a la sociedad demandada de los cargos que se le formularon en libelo de demanda. b).—Absuélvese al señor Paul Mourot de los cargos que se le formulan en la demanda de reconvención...".

Ambas partes apelaron de la decisión anterior y el recurso fue resuelto por el Tribunal Superior de Medellín, confirmando la providencia apelada, "con la aclaración o reforma de que con relación a los derechos y prestaciones sociales a que el señor Paul Mourot pueda tener derecho por sus servicios prestados a la "Compagnie Francaise des Matieres Colorantes" en otros países, distintos de Colombia, se declara configurada la excepción de declinatoria de jurisdicción propuesta en la contestación de la demanda principal".

Contra la sentencia del Tribunal, se interpuso el recurso de casación por la compañía demandada quien, por medio de apoderado, señaló el alcance de la impugnación en los términos siguientes:

"Solicito que se case la sentencia recurrida en cuanto se confirmó la decisión de primera instancia respecto a la absolución del demandante de los cargos formulados en la demanda de reconvención. En su lugar pido que, convertida la H. Sala en Tribunal de instancia, revoque la sentencia proferida por el señor Juez Quinto del Trabajo de Medellín... en la parte anteriormente aludida y en su lugar se condene al contrademandado con base en las peticiones hechas en la demanda de reconvención".

CAUSAL DE CASACION.—"La sentencia es violatoria de las disposiciones sustantivas del trabajo del orden nacional, es decir, se ha incurrido en la causal 1ª del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, de acuerdo con los cargos y motivos que a continuación se formulan.

"PRIMER CARGO.—Violación, en forma indirecta de los artículos 19, 55, 58, ordinal 3º, 60, ordinal 8º en armonía con el ordinal 1º del mismo artículo, disposiciones todas del Código Sustantivo del Trabajo. Asimismo, la violación de las anteriores normas conllevan el quebrantamiento de los preceptos del Código Civil tales como el 1522, 1603, 1605, 1608, 2236, 2341, 2343, 2347, 2245, 2252, 2253 y artículo 8º de la Ley 153 de 1887 respecto al enriquecimiento sin causa. A esta infracción ha llegado el sentenciador en forma indirecta a consecuencia de un manifiesto error de hecho consistente en la falta de apreciación de unas pruebas y la defectuosa

apreciación de otras, las cuales demuestran la obligación a cargo de Mourot y los perjuicios causados por éste al no reembolsar la suma de dinero correspondiente al cheque de propiedad de la Compañía que represento, cheque que fue endosado y cobrado por el contrademandado en beneficio propio sin haberse probado la justificación que intenta para el hecho en cuestión".

En seguida enumera pruebas que no fueron apreciadas, a saber: a)—Respuestas del demandante al contestar la demanda de reconvención, las que, dice el impugnador, tenían carácter de confesión habida consideración a la persona que respondió. b)—Fotocopia del cheque base de la demanda de reconvención, como prueba de la negociación y de la utilización de un sello de la compañía, sin estar para ello autorizado el señor Mourot. c)—Declaraciones de los testigos Francisco Espenal y Jesús Cárdenas (fs. 113 y 114) sobre que ellos conocieron el destino y origen del cheque antedicho. d)—Escritura número 1620 de 6 de agosto de 1957 de la Notaría 7ª de Medellín en la cual se confirió poder al doctor Octavio Moreno Quevedo, instrumento que, conferido "pocos días después del retiro del demandante de la Compañía no fue estimado para concluír que el doctor Moreno Quevedo debía conocer hechos que no estaba en capacidad de saber si se hubiera estimado la fecha del instrumento aludido".

Como pruebas mal apreciadas indica la demanda de casación: 1)—Respuesta del demandante en la demanda de reconvención (fs. 65 a 70) en las cuales Mourot afirma que el producto del cheque de que se viene hablando, fue invertido en pago de comisiones a personas que enumera, por órdenes confidenciales de la Compañía y que el Tribunal, con base en ellas y en una respuesta dada por el señor Posada, "quien afirma que mi representado en ocasiones hacía obsequios en dinero y en especie, parte de tal hecho para darle el valor de plena prueba a un hecho inexistente, pues si bien con dichas afirmaciones se podía llegar a la conclusión, no comprobada, que la Compañía que represento solía retribuír en obsequios en dinero o en especie los servicios que le eran prestados, nada de ello quiera decir que el producto del cheque haya sido destinado al pago de comisiones confidenciales". Agrega que si bien no es de recibo en casación el presentar alegatos, en casos como el presente es menester dar algunas explicaciones y, al efecto, se extiende en una larga exposición sobre indivisibilidad de la confesión y otras materias para respaldar sus tesis. 2)—Posiciones absueltas por el doctor Octavio Moreno Quevedo (fs. 109 y ss.) referentes a que el Tribunal "al no haber apreciado como prueba la fecha en la cual le fue conferido al doctor Moreno Quevedo por parte de la Compañía un poder general, llegó a una mala apreciación de las respuestas dadas por éste al pliego de posiciones presentado por Mourot afirmando el asentimiento tácito del primero sobre el pago de comisiones confidenciales por haber contestado que no le constaban tales hechos pues en realidad el doctor Moreno estaba en incapacidad de que le constaran tales hechos". 3)—El Tribunal no supo apreciar la declaración del señor José Posada (fs. 78 a 82), testigo de excepción puesto que Mourot dijo que la mayor parte de las comisiones confidenciales del producido del cheque de que se viene hablando, fueron repartidas por el señor Posada, y éste, por su parte, afirma que entre la fecha en que se recibió el cheque en cuestión y la fecha del retiro de Mourot de la Compañía no se efectuó donación ni obsequio alguno en dinero o en especie. Que, de otra parte, Mourot le contó personalmente que "había endosado y vendido en la bolsa o comercio local para cubrir deudas contraídas por él (es decir por Mourot) en la adquisición de un lote o construcción de un edificio. Agregándome, además, que como la casa francesa no acosaría a Coltejer por el pago, él allanaría esta falta y remitiría los dólares a París una vez recibiera comisiones de otra compañía colombiana, a la cual él pertenecía, recibiera comisiones de la Compañía Picanol". Y continúa el impugnador: "Tal respuesta en unión de otras que aparecen en la declaración y de excepcional importancia fueron mal apreciadas por el Tribunal, el cual sólo le concedió trascendencia y valor probatorio a algunas respuestas en las que se decía que la Compañía solía hacer obsequios en dinero y en especie en favor de algunos clientes. Asimismo Posada niega enfáticamente que algunas de las personas mencionadas por Mourot como supuestas beneficiarias de comisiones hubiesen recibido obsequio alguno en ninguna época". 4)—Mala apreciación del finiquito o especie de paz y salvo que obra al folio 71 del expediente "en el cual el señor Clause Du Jardin libera a Mourot de seguir trabajando con la empresa y le permite seguir trabajando independientemente". Que con dicho finiquito no se aprueban las cuentas de Mourot ni condona el dolo, ya que ese documento se refiere a operaciones comerciales conocidas y tiene forma genérica. Cita lo preceptuado por el artículo 522

del C. C. 5)—"El Tribunal al confirmar la decisión del *a-quo* respecto a la absolución del contrademandado de los cargos que le fueron formulados, toma como prueba el hecho de que Mourot informaba a París respecto a pagos confidenciales y que la correspondencia en fotocopias que obran en el expediente a folios 86 a 100, de la cual se encuentra su traducción visible a folios 144 a 149, comprueban y dan fe de tales informes sobre pagos confidenciales. De la simple lectura de dicha correspondencia, se deduce, como se puede establecer en todo momento, que nada dice respecto a pagos confidenciales ni negocios privados entre la Compañía y Mourot".

En la "conclusión", el impugnador demuestra cómo, en su concepto, el fallo atacado violó las disposiciones legales indicadas en su demanda, entre las cuales hace figurar también el ordinal 3º del artículo 58 del C. S. T.—No hubo escrito de oposición.

EL FALLO IMPUGNADO

La sentencia atacada, en lo atinente a la demanda de reconvención, única parte que se acusa, expresó lo siguiente:

"Viniendo ahora a la demanda de reconvención hay que decir que encontrándose plenamente establecido aquí, como está, y ello con la declaración de José Posada (fl. 78) e inclusive con el asentimiento tácito del doctor Octavio Moreno Quevedo, quien interrogado en posiciones (fs. 108 y 109 vto.), manifestó ignorar hechos que como gerente de la Compañía contrademandante tenía necesariamente que saber, que ésta tenía establecida la perniciosa, inmoral costumbre de pagar comisiones secretas a algunos empleados influyentes de las fábricas consumidoras de sus productos, comisiones que no contabilizaban o se contabilizaban ficticiamente y que el gerente, señor Mourot, estaba autorizado para entregar, también secretamente, a los respectivos beneficiarios, con la sola obligación de rendir cuentas, asimismo confidenciales, a París, mensualmente, sobre el particular; encontrándose plenamente establecido lo anterior —se repite— hay que concluír, con base en los artículos 609 del C. J. y 145 del C. P. T., que la manifestación de Mourot (fs. 65 y ss. 107 y 109 v.) de haber destinado el producto de la venta, en pesos colombianos del cheque en dólares materia de la demanda reconvencional, al pago de esas comisiones secretas, constituye una confesión indivisible, por cuyo motivo es injurídico descomponer, como lo pretende la Compañía contrademandante, las respuestas del confesante, para atribuír eficacia sólo a las que le perjudican. Esto iría, inclusive, contra lo estatuído por el artículo 604 del C. J., según el cual, para que haya confesión, se requiere que el hecho afirmado por la otra parte y admitido por el pretenso confesante, perjudique a este último".

Se estudia el cargo.

Como puede verse, el sentenciador apoyó su decisión en tres soportes principales: 1º)—La confesión de Mourot, respecto a que empleó el producto del cheque para el pago de esas comisiones secretas, la que apreció como una confesión indivisible; 2º)—El "asentimiento tácito del doctor Octavio Moreno Quevedo quien, interrogado en posiciones, manifestó ignorar hechos que como gerente de la Compañía contrademandante tenía necesariamente que saber"; y, 3º)—La declaración del señor José Posada.

A continuación se estudian los tres soportes probatorios en que apoyó el fallador su decisión:

a)—Confesión del señor Paul Mourot.—Este, al contestar la demanda de reconvención (fl. 49), aceptó los siguientes hechos: 1º—Que el cheque B-22406 del Banco de Colombia, de fecha 16 de agosto de 1954, a cargo de The New York Trust Company y a favor de la Compagnie Francaise des Matieres Colorantes, por la cantidad de US$ 5.056.50, fue recibido por él; 2º—Que según oficio de la Compañía Colombiana de Tejidos (Coltejer), dirigido al empleado José Posada, el cheque en mención tenía por objeto cubrir a la Compagnie Francaise des Matieres Colorantes el importe de "nuestros pedidos"; 3º—Que el cheque fue recibido por el señor Posada, quien lo pasó a Paul Mourot para que éste, a su turno, lo remitiera a la beneficiaria del mismo; 4º—Que Mourot acusó recibo del cheque a Coltejer en carta de 23 de julio de 1957; 5º—Que el mismo Mourot, en lugar de remitir el cheque a su beneficiaria, lo negoció con el Banco Francés e Italiano para la América del Sud, Sucursal Medellín, mediante endoso que efectuó de tal documento.

En cuanto a que la negociación del cheque se efectuó en beneficio propio de Mourot, sin que para ello hubiera recibido mandato especial alguno ni gozara de poder suficiente para hacerlo, Mourot negó el hecho, alegando que en la Compañía des Matieres Colorantes encontró una la-

mentable costumbre, la de pagar comisiones confidenciales a empleados de las fábricas que compraban y compran los productos de la empresa, comisiones que se pagaban y se continúan pagando secretamente. Que la casa de París le ordenó continuar pagando las antedichas comisiones para no perder el mercado. Que, también por instrucciones confidenciales se le había ordenado pagar las comisiones antedichas, depositando los dineros destinados a ellas en la propia cuenta corriente de Mourot, o guardarlos en caja privada; que de París se le ordenó el vender en Colombia todos los cheques en dólares que se recibieran de los clientes y que su producto se aplicara al pago de las comisiones confidenciales. Y agrega: "De suerte que no solamente endosé el cheque materia de esta demanda de reconvención, sino varios. . ., de modo que no es cierto que haya endosado el cheque sin autorización de París. El cheque. . . me fue depositado en mi cuenta corriente como siempre lo había hecho. . . Dichos dineros provenientes de la venta de ese cheque fueron distribuídos así a comisionistas secretos. . .". Aquí se extiende dando una larga lista de empresas y empleados de ellas a quienes, según Mourot, había pagado comisiones confidenciales (fl. 67).

El problema de la indivisibilidad de la confesión se plantea cuando ella es el único medio de prueba existente sobre un determinado hecho. En tal caso es natural que, aceptado el hecho que perjudica al confesante, se discuta si deba reconocerse también el que lo favorece, contenido en la misma confesión, por estar íntimamente relacionado con aquél.

Para el Tribunal, como se vio, la confesión de Mourot es indivisible. Pero ella versa sobre dos hechos distintos: a) Que recibió el cheque y lo negoció con un banco, en vez de imputar su importe a la deuda para cuya cancelación había sido girado; y b) Que el producido de la negociación lo destinó a pagar comisiones confidenciales por orden de la sociedad demandada. Ahora bien: prescindiendo de considerar si se trata o no de hechos íntimamente relacionados entre sí, es lo cierto que el primero aparece establecido también por otros medios probatorios, a saber: la fotocopia del cheque, la declaración del gerente del Banco que lo expidió y la del gerente del Banco con el que fue negociado; todos los cuales fueron señalados por el recurrente como no apreciados en la sentencia. Y también con la declaración de Posada, como se verá. Erró, pues, ostensiblemente el Tribunal al aceptar el hecho del pago de las comisiones confidenciales como indisolublemente vinculado al del recibo y negociación del cheque.

b)—Asentimiento tácito del doctor Moreno Quevedo.—El doctor Octavio Moreno Quevedo fue interrogado en posiciones. Al formulársele la pregunta 3ª que dice: "¿Es verdad, sí o no, y recuerde que ha jurado decir la verdad, que la Compagnie Francaise des Matieres Colorantes de París, paga y ha pagado desde hace muchos años comisiones confidenciales a ciertas personas que trabajan con empresas colombianas, compradoras de sus productos?", contestó: "No me consta". Igual respuesta dio a las preguntas siguientes, las números 4ª, 5ª, 6ª y 7ª sobre si los dineros con que se pagan las comisiones confidenciales no se contabilizan; si el valor de las mismas comisiones varía entre un dos y un quince por ciento; si de tales comisiones se rinden cuentas mensuales a París en informes secretos, y si en los archivos de la Compañía existen en clave listas para distinguir a los empleados a quienes se les paga comisiones confidenciales.

Ahora bien: No puede verse una respuesta evasiva en la negativa categórica que dio Moreno Quevedo a la pregunta que se le hizo, pues ésta se refiere a varios hechos, entre otros, el de que los pagos de las comisiones se venían haciendo desde hacía varios años, y esto no podía constarle al deponente, dado que apenas tenía un año y cinco meses de ser gerente de la sociedad demandada, según resulta de la escritura pública número 1620 de 1957, señalada por el recurrente como no apreciada.

c)—La declaración del señor José Posada.—Dice, entre otras cosas, que "el 17 de julio de 1957 recibí de la Compañía Colombiana de Tejidos, Coltejer, un cheque por la suma de 5.000.00 y pico de dólares que la Compañía remitente pedía hiciera llegar al destinatario (Compañía Francesa de Materias Colorantes) pidiendo a la vez que la Compañía Francesa de Materias Colorantes aplicara este valor a la cancelación de facturas pendientes de pago de Coltejer en la Compañía Francesa. Entregué el cheque al demandante, pidiéndole de acusar recibo en su calidad de gerente de la Compañía Colombiana, pues en mi carácter de empleado conocido por él remitente fue el motivo por el cual ellos me hicieron esa remesa a mí. El demandante acusó recibo de este cheque a Coltejer y dos o tres días más tarde con sus propias palabras me contó que lo había endosado y vendido en la bolsa o comercio local para cubrir deudas con-

traídas por él en la adquisición de un lote o en la construcción de un edificio. Agregándome, además, que como la Casa Francesa no acosaría a Coltejer por el pago, él allanaría esta falta y remitiría los dólares a París, una vez recibiera comisiones que otra compañía colombiana, a la cual él pertenecía, recibiera comisiones pendientes de la Compañía Pinacol". Interrogado sobre la clase de negocios que hizo el demandante con el cheque de los cinco mil y pico de dólares, contestó: "En mi creencia es fácil constatar ese hecho, inquiriendo, hasta donde la ley me lo permita, el saldo de los bancos en los cuales él poseía su cuenta o Franquimer Limitada (cuentas de esta Sociedad en los bancos) sobre los saldos que el 17 de julio de 1957, fecha en la cual recibió el mencionado cheque y lo entregué a él y el 3 de julio de 1957 que salieron de la Compañía los valores que fueron consignados en estas cuentas y los giros que fueron hechos. No puedo aseverarlo pero en estos días hizo el demandante un pago al señor Carlos Ochoa por la suma de veinte mil pesos, información que obtuve del señor Luis Carlos Ochoa"; que Mourot le había comprado a éste un lote de terreno meses antes; que la Compañía, como todas las europeas y americanas, hace donaciones como las indicadas en las posiciones absueltas por Mourot; que sabe que en la Compañía existe una lista secreta, pero que él no la conoció; que no sabe si esas donaciones en dinero o en especie figurarían o no en la contabilidad; que el gerente lo encargó de entregar donaciones, tanto en especie como en dinero en algunas ocasiones, siendo éstas muy limitadas. Y agrega: "Que en la época en que manejé los dineros de la Compañía en el año 53 se me pidieron dineros de propiedad de la Compañía Colombiana Francolor para hacer donaciones en dinero y adquisición de especies para lo mismo. Estas entregas se las cargué a cuenta especial de gerencia". Igualmente afirma que "después de desligarme del manejo de dineros de la Compañía es de mi conocimiento que se sacaron dineros de los fondos de Francolor para hacer estas donaciones y pudo existir, aunque no me consta, que se hubieran sacado de la cuenta del señor Mourot o de sus haberes o en efectivo o personales"; enumera muchas personas que recibieron regalos o donaciones diciendo que para ello "en algunos casos se exigía sigilo y en otros no". Y termina diciendo: "Según me consta entre el 17 de julio y el 30 de julio de 1957 no se hizo ninguna donación ni en especie ni en dinero".

De la declaración de Posada, como puede apreciarse, no se desprende cosa alguna que tienda a establecer que lo declarado por Mourot sobre la inversión que hizo del producto del cheque de que se viene hablando, fuera la verdad. Cierto que habla de la existencia en la Compañía de la costumbre de dar comisiones a personas que intervenían en negocios de ella, pero de aquí no puede inferirse en sana lógica que Mourot hubiera recibido instrucciones para pagarlas con el producto del cheque. Por el contrario Posada cuenta que Mourot le dijo que había destinado el producto del cheque a la compra de un lote, y que un señor Ochoa le informó que por esos días había recibido un pago de Mourot de cerca de veinte mil pesos ($ 20.000.00) declaración ésta sin duda, que si algo pudiera probar sería contra Mourot, no en su favor. Y al final dice Posada que le consta que entre la fecha del cheque y el 30 de julio de 1957 en que se retiró Mourot, no se pagaron comisiones.

La deposición de Posada establece, pues, que Mourot recibió el cheque y que la Compañía tenía costumbre de pagar comisiones; pero nada puede inferirse de ella sobre el destino que dice Mourot dio al producto de la negociación del instrumento.

De lo antes expuesto resulta que Mourot no le dio al cheque la destinación que correspondía, según las instrucciones de la empresa deudora Coltejer, y asimismo que no devolvió a la sociedad contra-demandante el importe de dicho instrumento.

En consecuencia, al no condenar el Tribunal a Mourot a reintegrar el valor reclamado, violó, por falta de aplicación, el artículo 58, ord. 3º del C. S. T., que obliga al trabajador a restituír todos los elementos que haya recibido, incluídos valores, etc.

Debe, pues, casarse el fallo recurrido.

La sociedad recurrente pide que se condene a Mourot a pagar el importe del cheque "con sus intereses a partir del 16 de julio de 1956". Es por demás obvio que la condena a restituír el importe de un cheque conlleva la de los correspondientes intereses; pero no está claro que la apropiación por parte de Mourot hubiera tenido lugar el expresado 16 de julio, ya que el endoso al Banco Francés e Italiano carece de fecha. Por tanto no se podrán computar desde ese día, sino desde la fecha cierta más próxima, que vie-

ne a ser la del 23 de julio de 1956, en que dicho Banco negoció el instrumento con otra entidad.

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 absolvió a Paul Mourot de los cargos de la demanda de reconvención, y en función de instancia, revoca el literal b) de la sentencia del juzgado, y en su lugar condena al citado Paul Mourot a pagar a la "Compagnie Francaise des Matieres Colorantes" la suma de CINCO MIL CINCUENTA Y SEIS DOLARES CON CINCUENTA CENTAVOS (US$ 5.056.50), o su equivalente en moneda colombiana, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, más los intereses legales a partir del día 23 de julio de 1957. No se casa en lo demás.

Costas del juicio a cargo del demandado en reconvención.

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.

TECNICA DE CASACION

Equivocada técnica de casación en la impugnación de los cargos.—Errada imputación de violación directa de la ley por supuesto error de hecho en la estimación de las pruebas.—Omisión de normas sustanciales infringidas.—Supuesto error de derecho.—El error de derecho está reservado en la casación laboral para las pruebas "ad sustantiam actus" en los términos del artículo 87 del C.P.L.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., veintiúno de octubre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo).

JOSE ANTONIO GUARIN R., por medio de apoderado, demandó ante el Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá a la empresa MORRISON KNUDSEN & CIA. DE COLOMBIA para que ésta fuera condenada a pagarle "auxilio de cesantía, dominicales y festivos trabajados y no pagados, vacaciones, prima de servicios, período presuntivo del contrato de trabajo, indemnización por mora, horas extras trabajadas y no pagadas, accidente de trabajo y extra y ultra petita". La parte demandada contestó la demanda oponiéndose a las condenas solicitadas y negó los hechos. La controversia fue resuelta por el Juez del conocimiento habiendo condenado a la empresa a pagar al demandante las cantidades correspondientes a "la prima de servicios, período presuntivo e indemnización moratoria, declaró probada la excepción de pago respecto del auxilio de cesantía, vacaciones e indemnización por accidente de trabajo", y absolvió de las demás peticiones contenidas en el libelo por no haberse demostrado los hechos relacionados en él. Condenó a la empresa a pagar el 50% de las costas.

Surtida la apelación interpuesta por la parte demandada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, éste confirmó la sentencia de primer grado.

Interpuesto el recurso de casación por el apoderado de la sociedad, le fue concedido. Tramitado legalmente ante la Sala, pasa a decidirse mediante el estudio de la demanda que lo sustenta. Hubo escrito de oposición.

El recurrente aspira a que se case parcialmente la sentencia del *ad-quem* y para tales efectos invoca las causales primera y segunda del artículo 87 del C. S. L.

Formula seis cargos, los cuales serán estudiados según el orden en que han sido presentados, así:

"*Primer cargo.*—La sentencia acusada viola directamente el artículo 62 del C. S. T., en cuanto autoriza al patrono para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, sin previo aviso, cuando por parte del trabajador haya violencia e injuria o grave indisciplina contra el personal directivo o daño material causado intencionalmente a las maquinarias de la empresa, etc. La violación directa de dicha norma se puntualiza en el fallo acusado por falta de aplicación, al afirmar erradamente que no hubo demostración en el expediente de las faltas del trabajador. En el desarrollo del cargo el recurrente manifiesta que para demostrar el error en que incurrió el Tribunal basta leer detenidamente la carta de despido visible a folio 7 del expediente, en que se afirman las faltas en que incurrió el trabajador; la diligencia de posiciones del demandante que dejó de apreciar el Tribunal; el testimonio de José Antonio Camacho y el de Fabio Guillermo Tautiva para afirmar "que el Tribunal, al interpretar las pruebas que se dejan relacionadas, cometió error de hecho consistente en no dar por acreditados los motivos que tuvo la empresa para dar por terminado el contrato sin previo aviso", y concluye de la siguiente manera: "El error de hecho del Tribunal lo llevó a la omisión consistente en la falta de aplicación de la norma sustantiva del artículo 62, ordinales 2º y 4º del C. S. T. violando así directamente dicha norma".

Como se puede observar, el recurrente acusa la sentencia por violación directa de la ley, vinculando el ataque así formulado al error de hecho proveniente de la estimación de las pruebas por parte del Tribunal, lo cual lleva a la desestimación del cargo, por cuanto, como lo ha dicho la Corte en forma reiterada, tal infracción es independiente de toda cuestión probatoria, pues en este caso lo procedente es presentar la acusación por una vía distinta a la escogida por el impugnante.

Además del defecto anotado se observa también que el recurrente, al indicar la única disposición que considera violada por el Tribunal, omite señalar las demás normas sustanciales que habrían resultado infringidas por el sentenciador al no encontrar éste demostrada la causa justificativa del despido del trabajador, y que fueron el fundamento inmediato de la respectiva condena.

Esa omisión impide a la Sala confrontar la providencia de segundo grado con los preceptos que consagran los derechos que se estiman indebidamente reconocidos al actor.—Siendo, pues, incompleta la acusación, el cargo no puede prosperar.

Segundo cargo.—"La sentencia impugnada viola directamente, por falta de aplicación, el artículo 58 del C. S. T. que establece las obligaciones del trabajador, entre otras cosas, la de observar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el patrono o sus representantes y la de conservar y restituír en buen estado los instrumentos útiles facilitados para el cumplimiento de su labor".—Y agrega en el desarrollo del cargo: "La violación de esta norma fue consecuencia del error de hecho manifiesto en que incurrió el Tribunal en la estimación de las pruebas mencionadas en el punto anterior, que son las únicas en las cuales se basó para pronunciar su fallo".

Para considerar inadmisible este cargo obran las mismas razones que se expusieron para rechazar el anterior.

Tercer cargo.—"El fallo del Tribunal violó directamente, por falta de aplicación, el artículo 60 del C. S. T., que prohibe al trabajador, entre otras cosas, sustraer del taller los útiles del trabajo, sin permiso del patrono". Y agrega: "La violación de la norma citada, por omisión en aplicarla, surge del error de hecho manifiesto puntualizado en la interpretación errónea de las pruebas que se dejan mencionadas, que llevó al Tribunal a sacar conclusiones contrarias a la realidad de los hechos".

En la formulación de este cargo el recurrente incurre en los mismos defectos anotados a los cargos anteriores, ya que la modalidad de la infracción directa de la ley debe proponerse en casación, sin referencia a situaciones de hecho o probatorias debatidas en el juicio, y en tales circunstancias la impugnación ha debido hacerse por vía distinta a la que prefirió el acusador. Se rechaza el cargo.

Cuarto cargo.—"El fallo del Tribunal viola directamente, por aplicación indebida, el artículo 65 del C. S. T. y tal violación surge del error de derecho en que incurrió al interpretar erróneamente dicha norma y dar por establecida la circunstancia de la mora en el pago de las prestaciones sociales al trabajador.

Al desarrollar el cargo el recurrente insiste en que el "artículo 65 no puede aplicarse con el rigor con que lo hace el fallo acusado, sencillamente por no haber tenido en cuenta las pruebas del expediente (carta del folio 7 y consignación y liquidación de los folios 65 y ss.) de los cuales se deduce el ánimo de la sociedad demandada de hacer el pago desde el momento mismo de la terminación del contrato y la ausencia absoluta de su renuencia culposa para cumplir tal obligación".

En este cargo el recurrente involucra la violación directa con la aplicación indebida y la errónea interpretación de la norma que son formas de violación legal que responden a diversos conceptos, y la técnica de casación enseña que tales motivos no pueden plantearse en un solo cargo por no ser de recibo. Esta sola consideración haría que la acusación se rechazara; pero es que, además, el error de derecho está reservado en la casación laboral para las pruebas "ad sustantiam actus" en los términos del artículo 87 del C. P. L.

Quinto cargo.—"Viola también el fallo, y éste es otro de los motivos de casación que impetro, el artículo 306 del C. S. T., violación directa en que incurrió el Tribunal por aplicación indebida de tal norma, al condenar a la empresa demandada al pago de una prima de servicios, correspondiente al primer semestre de 1961, sin estar demostrado que la empresa debía dicha prima. La violación es consecuencia del error de derecho y de hecho en que incurrió el Tribu-

nal al dar por demostrado en el expediente cierto número de elementos probatorios de la deuda misma de la prima, sin existir tal demostración".

Acude el recurrente en la demostración del cargo al argumento de que "el Tribunal, al condenar a la empresa al pago de la prima, teniendo como base únicamente la demanda, cometió error de derecho al dar por establecida la deuda con ese solo documento, que requiere determinadas formalidades al tenor de lo dispuesto en el artículo 25 del C. P. L. en la parte que exige que la demanda contenga lo que se demanda, expresando con claridad y precisión los hechos y omisiones y al dar por establecido el capital de la empresa, sin existir en el expediente la prueba legal de que habla el artículo 195 del C. S. T., con lo cual se viola también directamente esta norma, en forma directa por falta de aplicación".

El ataque que se formula en este quinto cargo adolece de los defectos que ya se han anotado a los cargos anteriores, por cuanto acusa de violación directa y aplicación indebida de la norma que cita, agregando que la violación se produjo por error de derecho y de hecho, al dar el Tribunal "por demostrado cierto número de elementos probatorios de la deuda misma de la prima, sin existir tal demostración".

La forma en que está concebida la impugnación es totalmente inadmisible, por cuanto el recurrente, además de involucrar en un solo cargo diferentes modalidades de la infracción que le atribuye al sentenciador, le imputa a éste error de derecho, sin precisar cuáles formalidades sustanciales eran necesarias en la prueba para acreditar el hecho relacionado con la prima de servicios, cuya observancia hubiera pasado por el Tribunal al proferir su decisión y que la ley exija como formalidades indispensables para probar el hecho. Vincula asimismo la violación directa con el error de hecho que dice relación al aspecto probatorio del proceso, incurriendo así en el mismo defecto de técnica señalado en los otros cargos que se han estudiado. Por otra parte la prueba del capital de la empresa debe ser presentada por el patrono y al no hacerlo éste se presume que tiene el capital necesario para pagar la totalidad de la prestación demandada.

De otro lado, el ataque se hace simultáneamente por error de hecho y de derecho, siendo así que el uno y el otro obedecen a causas distintas que imponen una demostración diferente.

Sexto cargo.—"La sentencia acusada hace más gravosa la situación de la parte apelante del fallo de primera instancia (Causal 2ª de casación, artículo 87 del C. P. L.). La sentencia de primera instancia pronunciada por el Juzgado del conocimiento, visible a los folios 69 y ss., condenó a la empresa demandada a pagar al demandante $ 2.175.00 por concepto de presuntivo, y el Tribunal, al resolver la apelación interpuesta por la demandada, condenó a ésta a pagar $ 3.200.00, por el mismo concepto. Por tanto de manifiesto aparece que el fallo de segunda instancia hace más gravosa la situación del apelante".

Respecto de este cargo, el pasaje pertinente de la sentencia del *ad-quem* dice lo siguiente:

"De todo lo anterior, se concluye que no aparece comprobada la mala conducta o indisciplina del trabajador alegada por la empresa. Entonces, su despido debe ser calificado de ilegal y por ende procede la condena al pago de los salarios que faltaron para cumplirse el plazo presuntivo, esto es, la cantidad de $ 3.200.00 determinada por el *a-quo*".

A folio 80 del proceso aparece la providencia dictada por el Juez del conocimiento en que a solicitud del apoderado del actor, corrigió el literal b) del numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia dictada por aquél, "en el sentido de que la condena, por concepto de presuntivo, es por la cantidad de $ 3.200.00 m/cte.".

De tal suerte que no fue "el fallo de segunda instancia el que hizo más gravosa la situación del apelante" como lo sostiene el recurrente, sino que fue el propio *a-quo* el que hizo la corrección del error numérico en que incurrió al determinar el monto de la condena en $ 2.175.00 en vez de $ 3.200.00. Por lo demás, la razón que aduce el impugnante acerca de que "el Tribunal solamente podía tener en cuenta el fallo sin la corrección" no tiene asidero alguno, ya que la providencia dictada por el Juez de instancia ha de considerarse como un todo integrado, es decir, con la corrección que él mismo hizo a la parte resolutiva de su proveído, por medio del cual decidió la controversia. Por consiguiente la acusación no está llamada a prosperar, porque el fundamento que se le ha querido dar, la Sala no lo encuentra ajustado a la realidad de lo que consta en el juicio. El cargo no prospera.

Por las razones 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.

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.



PENSION JUBILATORIA

Errores de hecho y de derecho.—No existe violación de la ley sustancial, por vía directa en la interpretación errónea, por ser esta una forma de quebrantamiento de la ley ajena a toda cuestión de hecho dentro del juicio.—Establecida la explotación económica, los derechos a la pensión jubilatoria no se pierden porque estos hayan sido interrumpidos o prestados a personas jurídicas distintas.—Lo que se exige para el nacimiento de una pensión jubilatoria del trabajador es el servicio por el tiempo legal a una misma empresa con el capital requerido, no importa que la explotación económica haya pasado de la propiedad de una persona natural o jurídica a otra y que existan sucesivos traspasos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., veintiocho de octubre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil y Laboral, decidió, mediante sentencia de ocho de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro, el recurso de apelación contra el fallo de primer grado proferido por el Juez Unico del Trabajo de Santa Marta, fechado el veintiséis de febrero del mismo año, en el juicio ordinario laboral de RAFAEL JOAQUIN URBINA contra "COMPAÑIA FRUTERA DE SEVILLA".

El juicio se inició con la demanda formulada por Urbina ante el juzgado en referencia, para obtener de la Compañía el reconocimiento y pago de la pensión jubilatoria. Tanto el fallo de primera como el de segunda instancia profirieron condena por el concepto anotado y resolvieron, con diferente modalidad, lo relativo al reintegro por parte del demandante del valor del auxilio de cesantía recibido de la empresa.

La Compañía interpuso en tiempo el recurso de casación contra la sentencia del *ad-quem* y también en oportunidad lo sustentó con la correspondiente demanda, a la cual no se formuló oposición.

En el alcance de la impugnación, el recurrente aspira a que el fallo recurrido se case totalmente y a que, en función de Tribunal de instancia, la Corte revoque la sentencia del *a-quo* y absuelva a la "Compañía Frutera de Sevilla" de los cargos de la demanda, con costas para el actor.

LA ACUSACION

Con base en la causal primera del artículo 87 del C. P. del T., el impugnador formula dos cargos, que se examinan y deciden a continuación.

PRIMER CARGO

"Violación directa, por interpretación errónea, del artículo 194 del C. S. T. e infracción consecuencial, por aplicación indebida, de los artículos 67, 68, 69, 70, 259, 260 y 273 ibidem, y por falta de aplicación de los artículos 16 y 490 de la misma obra".

En el desarrollo del cargo, el impugnador se detiene en el estudio del contenido y el sentido del artículo 194 del C. S. del T. y al respecto expresa: "El artículo 194 trae una definición de empresa, constituída por tres (3) elementos: a).—Una o varias unidades de explotación económica; b).—Dependencia de una misma persona natural o jurídica; y c).—Trabajadores al servicio de tales unidades, en actividades económicas similares, conexas o complementarias". Y agrega que el inciso final del artículo atribuye al Ministerio del Trabajo la función declarativa de la unidad de empresa. Luégo añade: "Expresa y nítidamente se exige en la referida definición, que la unidad o unidades de explotación económica dependan, no de varias sino "de una

misma persona natural o jurídica". ¿Por qué? Porque dentro del ordenamiento jurídico, solamente las personas naturales o jurídicas adquieren responsabilidad obligacional. Una unidad de explotación económica, por sí sola, rigurosamente considerada, en el plano legal no puede adquirir derechos ni obligarse. Sólo podrá hacerlo la persona a quien tal bien pertenezca.—El Tribunal Superior de Santa Marta, en el fallo acusado, desarticuló de la noción de empresa el elemento persona natural o jurídica y, al desconocer el significado imperativo señalado por el autor de la norma, incurrió en errónea interpretación del artículo 194 del C. S. T. Atribuyó personalidad jurídica a una o varias unidades de explotación económica y que tres personas jurídicas distintas constituyen una misma empresa por dedicarse a la misma explotación económica".

Más adelante, el acusador vincula el quebrantamiento de este mandato legal con el de los artículos del C. S. del T. sobre sustitución patronal y sobre pensión de jubilación.

Se considera:

Al referirse en concreto, el acusador, mediante la transcripción pertinente, a la base con que el *ad-quem* llegó a la conclusión sobre la identidad de empresa, confirma que el concepto del Tribunal se formó al través de la apreciación de los testimonios que obran en los autos y según los cuales "puede observarse que se ha probado que es la misma empresa, o sea, que la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla explotaban económicamente el cultivo y exportación de banano, sucesivamente, como también el negocio de mercancías o comisariatos ha habido continuidad en el desarrollo del establecimiento, pues el giro de los negocios fue siempre el mismo" (fls. 15 y 16 del Cuaderno de la Corte).

Se ve entonces que la convicción del Tribunal sobre la identidad empresarial en la explotación que desarrollaron las tres compañías que se nombran, es el resultado de una apreciación de elementos de prueba aportados en el juicio. Como resultado, la presunta violación de la ley sustancial no podía ocurrir por vía directa en el concepto de la interpretación errónea, que es una forma de quebrantamiento de la ley ajena a toda cuestión de hecho dentro del juicio. Y como la demanda la presentó así, lo hace inadecuadamente.

El cargo, por consiguiente, no prospera.

SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia del Tribunal de infringir los artículos 194, 67, 68, 69, 70, 259, 260 y 273 del C. S. T., por aplicación indebida, y los artículos 16 y 490, por falta de aplicación, a consecuencia de manifiestos errores de hecho y de derecho. Este se refiere, aunque por distinto camino, a demostrar el quebrantamiento de los mismos preceptos legales a que se refirió el cargo primero.

Los errores se concretan por el acusador así:

"a).—El error de derecho consiste en dar por demostrada la existencia de las personas jurídicas United Fruit Company y Magdalena Fruit Company que no fueron demandadas, con medios de prueba distintos de los solemnes exigidos por la Ley.

"b).—Dar por demostrado, sin estarlo, que las actividades en que se ocupó el actor corresponden a una sola "unidad económica" o a varias unidades de explotación económica dependientes de una misma persona natural o jurídica.

"c).—Dar por demostrado, sin estarlo, que la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla son una misma persona jurídica.

"d).—No dar por demostrado, estándolo, que la situación jurídica entre el actor y la United Fruit Company quedó definida o consumada el 28 de febrero de 1933; con la Magdalena Fruit Company, el 31 de enero de 1941; y la surgida con la Compañía Frutera de Sevilla el día 1º de agosto de 1947 es distinta de las dos primeras".

Las pruebas que se señalan como no apreciadas por el fallador son: el escrito de demanda (fl. 2), los documentos de fls. 5 a 7 y el acta de inspección ocular (fls. 26 a 31, 33 a 35 y 38). Las que se indican como equivocadamente apreciadas son: la documental del fl. 8 y los testimonios de Ricardo Vengoechea (fls. 43 y 44), Manuel Flórez de Andréis (fl. 45), Nicolás E. Dávila (fls. 59 a 61) y Luis A. Morissi (fls. 61 a 62).

Con el cargo anterior, el secuestre indica como determinante de las fallas jurídicas de la sentencia circunstancias de que "con la equivocada valoración del documento preindicado y con la de los testimonios ya singularizados incurre el sentenciador en el error de hecho de dar por de-

mostrado que las tres (3) sociedades tantas veces citadas constituyen una misma persona jurídica de la cual depende la unidad o unidades de explotación económica a que vinculó su servicio el actor". Y dice, por otra parte, que el fallador dio por demostrada la existencia de las tres sociedades con medios legales no válidos para el efecto, en forma contraria a lo dispuesto en los artículos 469, 465 y 470 del C. de Co., 40 y 41 de la Ley 28 de 1931 y 1º y 2º del Decreto 02 de 1906. Expresa, finalmente, que en las pruebas constituídas por el mismo escrito de demanda, los certificados de fls. 5 y 6 la liquidación de prestaciones (fl. 7) y la inspección ocular aparece demostrado que son "perfectamente aisladas en el tiempo e independientes las situaciones ocurridas con cada una de las mentadas sociedades, originadas en la celebración, ejecución y terminación de tres (3) contratos de trabajo".

Se considera:

Aunque impropiamente al iniciar el estudio del punto el Tribunal habla en la parte motiva de su sentencia de que el "actor prestó servicios a las tres empresas mencionadas" y que por la inspección ocular se comprueba que "pasa de una a otra", lo que se confirma con la carta conjunta de los gerentes de la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla (fl. 8), se halla al final que los conceptos son más precisos en cuanto llegan a la conclusión sobre la identidad empresarial, o sea la unidad de explotación económica que sucesivamente perteneció a la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla, unidad de explotación económica a la que estuvo vinculado el demandante de instancia por más de veinte años. Dice así el Tribunal (fls. 88 y 89):

"De las declaraciones anteriores cuyas partes pertinentes se han transcrito, puede observarse que se ha probado que es la misma empresa o sea que la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla explotaban económicamente el cultivo y exportación de banano, sucesivamente, como también el negocio de mercancías o comisariatos; ha habido continuidad en el desarrollo del establecimiento, pues el giro de los negocios fue siempre el mismo". El Tribunal refuerza esta conclusión probatoria dando el hecho significativo de la conservación de los archivos de las dos anteriores compañías por la última, la Compañía Frutera de Sevilla.

No se trata, así, de que el Tribunal haya llegado a la conclusión de que las tres personas jurídicas sean una misma sociedad, ni de que la existencia de las tres se haya dado por demostrada con medios no autorizados legalmente (punto sobre el cual ya la Corte fijó su criterio en otra ocasión), sino de que, mediante el examen de los elementos probatorios que obran en los autos, el *ad-quem* llegó a la convicción de que las actividades empresariales a las cuales el actor Rafael Joaquín Urbina estuvo vinculado por más de veinte años, constituyen una unidad de explotación económica. En esta comprobación el Tribunal no ha cometido el menor error de hecho ni de derecho en la apreciación de los elementos de prueba, pues se trata de un fenómeno apreciable objetivamente, y sobre él no sólo declaran los testigos Vengoechea, Dávila Noguera y Morossi en forma precisa, sino que la carta de los gerentes de la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla a Urbina el 5 de febrero de 1948 (fl. 8) y el hecho de la conservación de archivos de las tres Compañías por la última, completan sobre el fenómeno establecido por el fallador de segunda instancia una prueba indudable.

Ahora bien. Establecida la unidad de explotación económica idéntica, no importa para efecto de los derechos del pretendiente a jubilación, que los servicios hayan tenido interrupciones y que se hayan prestado a tres personas jurídicas distintas —tres patronos—, pues, como se ha dicho en repetidos fallos, el servicio a una empresa (noción económico-laboral) es el que genera el derecho a la pensión conforme al artículo 260 del C. S. del T., así los patronos —personas naturales o jurídicas— hayan sido distintos sucesivamente y no obstante la discontinuidad en los servicios, por distintos contratos de trabajo y con interrupciones en el servicio. Estos conceptos se reiteraron recientemente en sentencia de ocho de octubre del presente año, al decidir el recurso en que fueron partes el señor Thomás Sánchez o Bicento Thomas Plantijn la misma Compañía Frutera de Sevilla. Algunos apartes de las consideraciones de ese fallo de casación:

"Según lo reiterado por esta Sala, lo que se exige para el nacimiento del derecho a la pensión jubilatoria del trabajador es el servicio por el tiempo legal "a una misma empresa" con el capital requerido, no importa que la unidad de

explotación económica —como en el caso presente— haya pasado de la propiedad de una persona natural o jurídica a otra y que existan sucesivos traspasos. El patrono (que es la persona natural o jurídica) a cuyo servicio esté el trabajador cuando cumpla los requisitos de edad y tiempo de trabajo que generan el derecho a la pensión tiene la obligación de reconocerlo y hacerse cargo del pago correspondiente. En estas condiciones, no tiene ninguna influencia sobre esta conclusión la circunstancia de que no exista unidad entre las diversas personas jurídicas que han explotado sucesivamente un mismo negocio, y que subsistan y coexistan algunas de ellas. Y aunque en algunos casos pueda producirse el fenómeno de la sustitución patronal porque los servicios de un trabajador se mantengan dentro de un mismo contrato de trabajo, no terminado por el cambio de propietarios o explotadores de una misma empresa, es lo cierto que este fenómeno jurídico laboral no entra en la generación del derecho a la pensión, ni tampoco en su exclusión cuando la sustitución no se presenta por la no unidad del contrato de trabajo. Lo determinante, como ya se vio, es la unidad de explotación económica mantenida durante los servicios continuos o discontinuos del trabajador, con cambio de patrono o sin él, e igualmente, el mantenimiento de las mismas varias unidades pertenecientes a una persona natural o jurídica (que es el patrono), así cambie esta persona como propietaria de ellas. Establecida la identidad en la unidad de explotación económica o en las varias unidades dependientes de un mismo propietario o explotador, se encuentra el objeto sobre el cual opera el factor servicio para que el derecho del trabajador tenga la causa eficiente. Lo demás consiste solamente, una vez cumplidas las condiciones legales, en localizar el sujeto de la obligación, ese sí necesariamente persona natural o jurídica, que será quien explote el negocio cuando al trabajador se le consolide el derecho".

Sobre las anteriores consideraciones, se ve que el sentenciador *ad-quem* no ha incurrido en ningún error probatorio que, a su vez, haya determinado el quebrantamiento de las normas sustantivas legales que anota el acusador y la condena que el Tribunal profirió.

Por lo dicho, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION VITALICIA DE JUBILACION

Deficiencias de orden técnico en la elaboración de la demanda.—Requisitos establecidos por la ley 6ª de 1945.—Explicación del artículo 260 del C.S. del T.—La prestación de jubilación se causa en atención al tiempo servido, cualesquiera sean las circunstancias de suspensión y aún de interrupción del vínculo, debe atenerse al lapso total de servicios sin considerar la continuidad de la relación, ni los períodos de desvinculación de la empresa.—El fenómeno de la retrospectividad es cuestión distinta a los efectos retroactivos de un mandato legal.

La prestación de jubilación se causa en atención al tiempo servido cualesquiera sean las circunstancias de suspensión y aún de interrupción del vínculo, pues siempre debe atenderse al lapso total de servicios, sin considerar la continuidad o permanencia de la relación, ni los períodos de desvinculación con la empresa. Al completarse los años requeridos de servicio, en concurrencia con el factor edad, se genera la prestación que surge a la vida jurídica por el servicio que se presta durante la vigencia de la ley que la consagra, no obstante la particularidad de que al estimar el tiempo total, pueden resultar apreciados períodos de trabajo anterior a la vigencia de la ley, en virtud del fenómeno de la retrospectividad, cuestión distinta a los efectos retroactivos de un mandato legal.

La estimación del tiempo anterior, ha dicho la jurisprudencia de esta Sala, "obedece a la existencia al momento de aplicar la norma jubilatoria, del vínculo sobre el cual se decide, esto es, que se aprovechan ciertamente los servicios prestados antes del mismo, haya habido o no solución de continuidad, pero por razón de que el nuevo vínculo laboral cae bajo el imperio de la ley de pensión".—Lo que no puede hacerse es aplicar la ley a una situación contractual fenecida totalmente antes de que la norma hubiese reconocido el derecho al goce de la pensión jubilatoria, porque ello conduciría a dar efectos retroactivos al mandato legal, lo cual resulta antijurídico.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., treinta y uno de octubre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

Samuel Torres, por medio de apoderado, demandó a la "CERVECERIA BARRANQUILLA Y BOLIVAR S. A.", representada por su gerente, José Domingo Pumarejo, para que por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se la condenase a pagarle, desde la fecha de la presentación de su libelo, una pensión vitalicia de jubilación, más las costas y gastos del juicio.

La demanda relaciona los siguientes hechos:

"1º Ingresé a la empresa en enero de 1914 y trabajé ininterrumpidamente hasta el 20 de julio de 1943.

"2º Mi último sueldo fue de $ 250.00 más comisiones, etc.

"3º El capital de la demandada es mayor de $ 800.000.00".

En derecho invocó el artículo 260 y siguientes del C. S. T.

La demandada, por medio de apoderado, dio respuesta al libelo oponiéndose a que se decretara la pensión solicitada y negando todo derecho del actor. Negó los hechos primero y segundo, y respecto al tercero dijo que "posiblemente sea así".

Agregó que en la época que el demandante se retiró de la empresa no existía la norma que reconociese el derecho reclamado, pues que la ley 10 de 1934 no estableció el derecho a la pensión de jubilación. Que el artículo 28 del Decreto 652 de 1935, se refiere a las empresas que tuvieren establecida la pensión de jubilación y ello en lo referente a la no coexistencia con el derecho de cesantía. Que si el derecho alegado

por el demandante existía, la acción estaría prescrita por haber transcurrido más de quince años desde que el trabajador se retiró de la empresa demandada, excepción que propuso en su favor.

Tramitada la litis, el Juez Primero del Trabajo de Barranquilla profirió sentencia absolutoria a favor de la empresa demandada y no hizo condenación en costas.

La parte vencida interpuso el recurso de apelación, que correspondió decidir a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por sentencia que confirma el fallo del juzgado y condena en costas a la parte vencida.

El apoderado del trabajador interpuso el recurso de casación que le fue concedido. Admitido y tramitado en debida forma, la Corte procede a decidirlo, teniendo en cuenta la demanda de casación presentada y el correspondiente escrito de réplica.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación.

Aspira a que la Corte case totalmente la sentencia recurrida, revoque el fallo del juzgado y en su lugar, como Tribunal de instancia, condene a la demandada al pago de la pensión de jubilación en favor del demandante.

CARGO UNICO

Con apoyo en la causal primera del artículo 87 del C. S. T. formula un solo cargo contra la sentencia impugnada, la que acusa de ser violatoria del artículo 14, numeral C) de la Ley 6ª de 1945, del artículo 8º de la Ley 64 de 1946. del artículo 260 del C. S. T. y de la Ley 77 de 1959 "que por errónea interpretación no fue aplicada, debiendo serlo".

Para demostrar el cargo dice que la Ley 6ª de 1945 estableció que las empresas con un capital mayor de un millón de pesos debían pagar "al trabajador que haya llegado o llegue a los 50 años de edad después de 20 años de servicios continuos, una pensión de jubilación". Que la Ley 64 de 1946, por medio de su artículo 8º, modificó lo atinente al capital de la empresa para fijarlo en $ 800.000.00 y que el artículo 260 del C. S. T. reprodujo lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 6ª y agregó que el tiempo de servicio podía ser anterior o posterior a la vigencia de la ley. Agrega que ni la Ley 6ª, ni el Código Sustantivo del Trabajo ordenaron que para gozar de la pensión de jubilación se necesitaba ser trabajador de la empresa cuando esas disposiciones entraron en vigencia. Que los requisitos exigidos por las citadas normas fueron: a) La prestación del servicio personal a una misma empresa de capital mayor de $ 800.000.00, por más de veinte años continuos o discontinuos; b) Que quien prestó esos veinte años de servicios tenga cumplidos 55 años de edad.

Que Torres cumplió los 55 años de edad "en vigencia la ley" y prestó más de veinte años de servicios a la misma empresa, por lo que es lógico concluír "que actualmente tiene derecho a su pensión de jubilación, porque ya están reunidos los dos requisitos exigidos por los estatutos que violó el Tribunal, por no haberlos aplicado". Que sería insensato afirmar que para que Torres tenga derecho a la pensión de jubilación, la empresa deba tomarlo siquiera por un día, porque con un nuevo contrato no adquiriría otro derecho a pensión de jubilación, sino a cobrar cesantía conforme a lo dispuesto por el artículo 266 del C. S. T.

Hace luégo algunas consideraciones referentes a las pruebas aportadas al proceso para acreditar el tiempo de servicios y el sueldo devengado por el demandante en el último año, y afirma que el Juez de primer grado apreció equivocadamente tanto los testimonios como la prueba documental obrante en el juicio, al no condenar a la empresa al pago de la pensión, no obstante que ésta, por el conducto de sus representantes, ha aceptado que el caso controvertido se regula por lo dispuesto en el C. S. T. y en la Ley 6ª de 1945.

El apoderado de la empresa, en el escrito de réplica, se opone a que se case la sentencia por estimar acertadas las razones expuestas por el Tribunal para negar la jubilación demandada, en consideración a que los servicios del demandante terminaron a mediados de 1943, es decir, antes de la expedición de la Ley 6ª de 1945, que fue la que estableció el derecho a pensión en el orden general de los trabajadores particulares al que perteneció el demandante, ya que su condición no era de las reguladas por las Leyes 1ª de 1932, 63 y 206 de 1940 aplicables a los trabajadores de los ferrocarriles. Que Torres carece del derecho a lo demandado, porque la Ley 6ª de 1945 no tiene efecto retroactivo, esto es, no puede aplicarse a situaciones cumplidas o consumadas antes de que se la expidiera. Anota, ade-

más, defectos de carácter técnico de que adolece la demanda presentada por razón de la confusión del recurrente respecto del concepto de la violación de las normas que acusa y sobre los preceptos que señala como infringidos, los cuales no fueron ni podían ser soportes de la sentencia. Que en relación con el fondo de la cuestión propuesta, cabe decir que quien tiene un entendimiento erróneo de los textos que pretende infringidos es el impugnador, ya que aspira a que a situaciones fenecidas en 1943 se les aplique la legislación expedida en 1945. Agrega finalmente, que para el *ad-quem* sólo es hipotético que Torres hubiese servido más de veinte años a la demandada, y como la acusación nada intenta demostrar a este respecto, ni en forma directa ni mediante sustitución de patronos, tampoco se comprobó este requisito legal.

Se considera:

El Tribunal para negar el derecho a la pensión reclamada por el actor aduce como fundamento principal la circunstancia de que habiéndose retirado el trabajador de la empresa el 20 de julio de 1943, y en el supuesto de que el período de servicios fue superior a veinte años y que a la fecha de la terminación del contrato tenía más de cincuenta años, resulta claro y evidente que tales requisitos los había cumplido antes de la vigencia de la Ley 6ª de 1945 "que fue la primera en otorgar ese derecho a los trabajadores de las empresas particulares en general". El sentenciador examina y analiza las disposiciones legales sobre régimen jubilatorio anteriores a la expedición de la citada Ley 6ª para concluír que hasta esa fecha sólo estaban obligadas a pagar la pensión de jubilación las empresas ferroviarias, oficiales y particulares, al tenor de las Leyes 1ª de 1932, 63 y 206 de 1940, y agrega:

"De manera que el derecho a la pensión de jubilación que invoca el actor no tuvo nacimiento por el hecho de haberse terminado la relación contractual que vinculó a las partes antes de que fuera expedida la Ley 6ª de 1945, y como ésta no tiene efecto retroactivo mal puede aplicarse a situaciones definidas o consumadas antes de la disolución del contrato de trabajo. Y no se puede argüir que el artículo 14 de la citada Ley 6ª cobija hechos anteriores a su vigencia cuando dice que las empresas cuyo capital exceda de $ 800.000.00 están obligadas a pagar dicha pensión al trabajador "que haya llegado o llegue" a los cincuenta años de edad después de veinte de servicios, ya que lo que indica la norma mencionada es que el tiempo trabajado puede ser anterior o posterior a la ley, pero es claro que el retiro o el despido del trabajador deberá ocurrir después de su vigencia".

La Sala observa:

Es evidente, como lo anota el opositor, que la demanda adolece en su presentación de deficiencias de orden técnico, pues en el cargo se involucran diversos conceptos de violación de la ley, atribuyéndole al sentenciador infracción de las normas por errónea interpretación y también por aplicación indebida de las mismas, con apoyo en cuestiones de hecho, referentes a una equivocada apreciación de pruebas. Lo anterior sería suficiente para desestimar la acusación, que no se atempera a las exigencias formalistas que establece la propia ley del recurso. Sin embargo, se examina el cargo para reiterar en esta ocasión la doctrina jurisprudencial que, sobre la cuestión de fondo que se plantea en la acusación, tiene establecida esta Sala de la Corte y el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo.

La prestación de jubilación se causa en atención al tiempo servido cualesquiera sean las circunstancias de suspensión y aún de interrupción del vínculo, pues siempre debe atenderse al lapso total de servicios, sin considerar la continuidad o permanencia de la relación, ni los períodos de desvinculación con la empresa. Al completarse los años requeridos de servicio, en concurrencia con el factor edad, se genera la prestación que surge a la vida jurídica por el servicio que se presta durante la vigencia de la ley que la consagra, no obstante la particularidad de que al estimar el tiempo total, puedan resultar apreciados períodos de trabajo anterior a la vigencia de la ley en virtud del fenómeno de la retrospectividad, cuestión distinta a los efectos retroactivos de un mandato legal.

La estimación del tiempo anterior, ha dicho la jurisprudencia de esta Sala, "obedece a la existencia, al momento de aplicar la norma jubilatoria, del vínculo sobre el cual se decide, esto es, que se aprovechan ciertamente los servicios prestados antes del mismo, haya habido o no solución de continuidad, pero por razón de que el nuevo vínculo laboral cae bajo el imperio de la ley de pensión". Lo que no puede hacerse se aplicar la ley a una situación contractual fenecida totalmente antes de que la norma hubiese reconocido el derecho al goce de la pensión jubila-

toria, porque ello conduciría a dar efectos retroactivos al mandato legal, lo cual resulta antijurídico.

Por lo demás, para resolver el punto planteado en la presente litis, la Sala estima suficiente reproducir lo expresado por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia de fecha 13 de diciembre de 1955, al resolver un caso idéntico al discutido en este juicio, en donde se interpreta el alcance y contenido del artículo 260 del C. S. T., cuya violación indica el cargo en estudio. En esa providencia, se dice lo siguiente:

"El artículo 260 del C. S. T., cuya aplicación reclama el cargo, por hallarse establecidos sus requisitos sobre edad, tiempo de servicios y capital de la empresa, sólo puede aplicarse a relaciones de trabajo existentes a la fecha en que empezó a regir el citado Código Sustantivo y a las que se establezcan durante la vigencia. Y es que en lo atinente a la exégesis que propone el recurso y que se ventiló en las instancias —para circunscribir el examen al asunto sustancial— debe declararse que ella no consulta los principios que gobiernan la materia de la aplicación de la ley en el tiempo, conforme a la doctrina, ni el ordenamiento positivo del derecho colombiano.

"En efecto, enseña la primera que la ley sólo dispone para el futuro, como regla general, que su mandato no puede afectar situaciones definidas o consumadas con anterioridad a su vigencia, esto es, que la ley no tiene efecto retroactivo, como principio asimismo general, y que tal criterio posee validez jurídica aún en el dominio de la legislación del trabajo. Otra cosa es que las normas de este ámbito tengan aplicación inmediata, principio éste por cuya virtud el mandato de las mismas se incorpora a las relaciones contractuales establecidas, regulando las consecuencias de éstas, aún con apreciación, para determinados efectos, de los hechos acontecidos con anterioridad a su vigencia; mas aplicación inmediata que requiere lógica y necesariamente la existencia del vínculo que va a regular. Pretender que el nuevo ordenamiento cabe referirlo a las situaciones ya extinguidas es confundir fenómenos jurídicos distintos e ignorar que ellos se hallan expresamente contemplados por el artículo 16 del C. S. T., del cual no puede prescindirse para el correcto entendimiento de la materia.

"Sin embargo, se podría argüir que todo lo anterior es cierto como principio general, que admite excepción cuando la ley nueva dispone expresamente sobre su retroactividad, y que esto es lo que acontece con el precepto en examen. El argumento es valedero, dentro de los límites fijados por el orden jurídico superior; pero no puede predicarse, en la forma intentada, respecto del artículo 260 del C. S. T. porque éste, conforme a los antecedentes de su elaboración y a sus propios términos, constituye un desarrollo de lo establecido en el artículo 16 de la misma obra, en punto a los referidos fenómenos de irretroactividad y aplicación inmediata. Así, su expresión acerca de los veinte años anteriores a su vigencia impone la estimación del tiempo de servicios prestados con anterioridad a la misma, en aquellas relaciones contractuales existentes en ese momento, en razón del efecto general inmediato ya explicado, el cual resuelve, por otra parte, de modo expreso, cualquier interpretación equivocada acerca de la necesidad de que los dichos años deban transcurrir en su totalidad a partir de su imperio legal. E impone, además, la estimación de tal tiempo anterior si el ex-trabajador vuelve a vincularse a la empresa, en virtud de contrato celebrado bajo su vigencia. Mas en manera alguna puede significar la estimación de aquel lapso, respecto de relaciones fenecidas, porque ello no se compadece con el supuesto necesario de la existencia del contrato, para el fenómeno de la aplicación inmediata; y constituiría una retroactividad incompatible con el ordenamiento jurídico general y no autorizada siquiera por sus propios términos, los cuales se refieren expresamente al "trabajador", esto es, a la persona que tenga tal carácter al momento de entrar en vigencia la ley o a la persona que lo adquiera, posteriormente, conforme a su mandato, y no al "ex-trabajador", es decir, a quien ha perdido o no tiene ya tal condición, como acertadamente lo observa el opositor en el recurso".

Las consideraciones anteriores son valederas igualmente para afirmar que tampoco podía aplicarse al caso de autos lo que disponía el artículo 14, ordinal C) de la Ley 6ª de 1945, que tuvo su vigencia hasta la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, porque el contrato de trabajo que existió entre el demandante y la empresa demandada, terminó en el año de 1943, sin que con posterioridad a la vigencia de la Ley 6ª se haya vinculado nuevamente a la empresa. No prospera la acusación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, proferida en este juicio por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Costas a cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, COPIESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION POR ACCIDENTE DE TRABAJO

Accidente "in itinere" es el accidente sufrido por el trabajador cuando va en vía de cumplir con su obligación.—Supuesta acusación por violación directa por errónea interpretación e indebida aplicación de normas sustanciales.—El monto de la indemnización por muerte en accidente de trabajo equivale al doble de un año de trabajo de acuerdo con los artículos 214 y 305 del C.S.T.—Error en la apreciación de las pruebas y violación como resultado de ellas por aplicación indebida del artículo 65 del C.S. del T.—Sanción moratoria.—Pago de deudas laborales a los herederos del trabajador.

Los ciudadanos no pueden por sí y ante sí calificar la legalidad o ilegalidad de las providencias que pronuncian los funcionarios públicos para decidir si se someten o nó a ellas. Sólo al través de los recursos que prevén las leyes, tales providencias pueden atacarse y su ejecución llegar a inhibirse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., nueve de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil y Laboral, decidió en fallo de segunda instancia el juicio ordinario de MARTINA NAVARRO DE GÜETE, GLORIA ESTELA GÜETE DE FANDIÑO y MIGUEL ANTONIO GÜETE NAVARRO contra la COMPAÑIA FRUTERA DE SEVILLA, resuelto en sentencia de primer grado por el Juzgado Unico del Trabajo de Santa Marta. La litis se trabó en relación con el seguro de vida; el auxilio de cesantía y la prima de servicios del ex-trabajador Juan Alberto Güete, reclamados por los actores. De la decisión del Tribunal recurrió en casación la empresa demandada y dentro de la oportunidad legal se formuló la demanda de sustentación de este recurso. Igualmente se presentó en oportunidad escrito de oposición.

LA DEMANDA

El recurrente solicita la casación total de la sentencia del *ad-quem* y que, como consecuencia, la Corte, en función de Tribunal de instancia, revoque el fallo de primer grado y en su lugar declare que la liquidación efectuada por la sociedad demandada es correcta y la absuelva de todo cargo. Subsidiariamente pide que por medio del fallo de instancia se confirmen los literales a), b) y c) del de primer grado, se revoque el literal d) del ordinal 1º y el ordinal 2º del mismo y se absuelva a la empresa de la condena por concepto de costas.

La acusación se presenta con base en la causal primera del artículo 87 del C. de P. L. y se desarrolla por medio de siete cargos, en la forma siguiente:

PRIMER CARGO

"La sentencia acusada violó directamente, por interpretación errónea, el artículo 199 del C. S. T. y por aplicación indebida los artículos 193, 214 y 305 ibidem, en relación con los artículos 204 (E) y 292 del mismo Código".

Para demostrar el cargo, el acusador se refiere al texto del artículo 199 del C. S. del T. que define el accidente de trabajo y su alcance en cuanto se relaciona con los accidentes ocurridos "con ocasión" de la labor que se realiza por el trabajador, y señala las condiciones en que el llamado accidente "in itinere" se considera por los tratadistas y dentro de algunas legislaciones extranjeras como de trabajo. Destaca que la interpretación del Tribunal a la norma vigente entre nosotros, según la cual "todo accidente in itinere es de trabajo", es completamente errónea. Concluye con la manifestación de que esta errada interpretación del artículo 199 condujo al fallador *ad-quem* a la indebida aplicación de las

otras disposiciones que cita al formular el cargo, relacionadas con la indemnización por muerte debida a accidente de trabajo.

El opositor, por su parte, estima que el Tribunal sólo ha decidido sobre el caso concreto conforme a sus características y sin contradecir la doctrina y las mismas tesis sostenidas por el acusador, ya que ha considerado dicho caso dentro de las circunstancias en que, por la vinculación directa con el trabajo, el accidente "in itinere" tiene naturaleza laboral.

Se estudia el cargo.

Es cierto que el Tribunal hace una larga disquisición sobre las características del accidente de trabajo, las distintas teorías jurídicas que han dado base a la indemnización por las consecuencias del accidente y las situaciones especiales en que, estando el trabajador fuera del momento y del lugar del trabajo, el hecho imprevisto y repentino que le produce la lesión orgánica o la perturbación funcional se califica como accidente de trabajo. Y concluye con una tesis general sobre este último aspecto en los siguientes términos: "Se puede sintetizar lo último dicho de la manera siguiente: Que la mayoría de las legislaciones, al reglamentar lo relativo a los accidentes de trabajo, han acogido la teoría del riesgo profesional, y que como consecuencia de la protección que se debe al trabajador la jurisprudencia se ha orientado, y muchos autores también, por considerar accidente de trabajo el daño sufrido por el trabajador cuando va en vía de desarrollar la labor asignada. Es lo que se ha llamado accidente "in itinere". (fls. 208 a 211).

Pero además el Tribunal, al resolver en concreto sobre el punto relativo a la indemnización por muerte ocurrida en accidente y referirse a las tesis de las partes enfrentadas y en especial a la de la empresa demandada, quien alega que no transportaba por su cuenta al trabajador Juan Alberto Güete, por lo cual el accidente que sufrió y en que perdió la vida no puede reputarse como de trabajo, dice: "Los reclamantes produjeron también pruebas testimoniales, que si en realidad no son lo suficientemente claras y explícitas, se deja ver a través de ellas que la parte demandada sí transportaba por su cuenta los trabajadores a su servicio. Tal se puede apreciar a folio 43, en la declaración de Alberto Cervantes Lara; a folio 48, en la de Emilio Cassares Lara, y en la de Gerardo Massi, a folio 89". (fl. 215). Y aunque luégo reitera la tesis general sobre la naturaleza laboral del accidente "sufrido por el trabajador cuando va en vía de cumplir con sus obligaciones", la decisión concreta no puede desvincularse de esta apreciación de los testimonios en los cuales encuentra demostrado el hecho de que el trabajador Güete era transportado al sitio de trabajo por cuenta de la Compañía cuando fue víctima del accidente que le produjo la muerte.

Se tiene entonces que el criterio general expuesto por el Tribunal sobre la naturaleza del llamado "accidente in itinere" no está ajustado a la reiterada jurisprudencia de la Corte, según la cual ese accidente no puede calificarse como laboral sino cuando tiene un nexo indudable y ocasional con el trabajo, como cuando el trabajador se transporta al lugar del servicio en vehículo suministrado por el patrono. Pero por otro lado se ve claramente que en la decisión del *ad-quem* tuvo influencia determinante el hecho, que halló probado con los testimonios que cita (como se ve con mayor claridad en el fallo del *a-quo)*, de que la Compañía transportaba por su cuenta al trabajador al lugar de su trabajo cuando ocurrió el accidente, lo que determina su calificación como de trabajo, en concordancia con el espíritu de la norma legal, repetidamente interpretada por la jurisprudencia y aceptada por la doctrina predominante.

No se trata, pues, de una cuestión de mera interpretación del mandato legal, sino de su aplicación a unos hechos con características específicas, que se encuentran demostrados por el fallador, y que encajan dentro del criterio señalado por la Corte para calificar el accidente ocurrido en la vía al trabajo como de naturaleza laboral. Por ello, la acusación por violación directa dentro de los conceptos de la errónea interpretación y de la indebida aplicación de normas sustanciales, no tiene cabida, y el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

Este segundo ataque del impugnador consiste en acusar la sentencia del Tribunal como violatoria en forma indirecta, y por el concepto de aplicación indebida, de los artículos 193, 199, 214 y 305 del C. S. del T., en relación con los artículos 204 (E) y 292 ibidem, "como consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador por haber apreciado equivocadamente la demanda (fs. 2 a 4) y su contestación (fs. 21 a 22), con sus correcciones en la primera audiencia de trámite (fs. 24 a 28

y 29 a 35 v.), las declaraciones de Alberto Cervantes (f. 43), Emilio Cassares (f. 48), Gerardo Massi (f. 89 y vto.) y Antonio Serrano (f. 93v.-94), el acta de la cuarta audiencia de trámite (f. 119 a 129), el acta de audiencia de 30 de mayo de 1961 ante el Tribunal (f. 153 a 164) y los alegatos de f. 181 a 197".

Los errores de hecho que anota el acusador consisten, según su manifestación, "en haber dado por demostrado, sin estarlo, que la sociedad demandada" transportaba por su cuenta "al trabajador Juan Alberto Güete cuando éste sufrió el accidente, y que dicho trabajador "iba para el trabajo" cuando el camión en que viajaba tuvo el choque fatal. Al apreciar las declaraciones mencionadas como lo hizo, el sentenciador infringió, además, por falta de aplicación, el artículo 52 del C. P. L. y por aplicación indebida el artículo 61 ibidem".

El impugnador analiza los testimonios de las personas que cita al señalar las pruebas mal apreciadas y aparte de expresar que ellos no establecen que el transporte del trabajador accidentado se efectuara por cuenta de la Compañía, pues se refieren a su ejecución por el señor Víctor Scott, contratista de la Compañía no se sabe a qué título, observa que la declaración de Emilio Cassares es nula por no haber sido recibida en audiencia pública y con identificación del testigo, y las de los demás declarantes desechables porque al testimonio no se agregó la manifestación del comisionado que las recibió sobre su apreciación respecto de las mismas, como lo manda el artículo 52 del C. P. L. Dice, además, que Alberto Serrano sólo declara lo que le consta de oídas, puesto que no viajaba cuando ocurrieron los hechos.

Hace referencia, de otro lado, a los testimonios de Rafael Vicente Gómez, Luis Fernando Granados, Jaime Porto, Carlos Eduardo Romero, Hugo Parejo y Armando Ramírez, rendidos a petición de la Compañía, que confirman la manifestación de ésta de que no transportaba por su cuenta a los trabajadores al lugar del trabajo, para reforzar la tesis de que no se demostró el transporte del trabajador accidentado por cuenta de la empresa y llegar a la conclusión de que el error de hecho del Tribunal determinó los quebrantamientos legales indicados en el cargo.

El opositor no encuentra demostrados los errores de hecho que consigna el acusador, porque no aparece su evidencia, y hace la anotación de que, así como respecto de los testimonios aportados por los demandantes, en algunos de los pedidos por la sociedad demandada y a que alude el recurrente, tampoco el comisionado hizo la apreciación que demanda la norma de procedimiento laboral.

Se estudia el cargo.

Ya se vio al examinar el cargo prmero, que el Tribunal basó su decisión calificativa como de trabajo del accidente sufrido por el trabajador GÜETE, no sólo en un criterio general sobre el carácter del accidente en el camino hacia el servicio sino en que, por los testimonios, aunque no claros y explícitos, "se deja ver... que la parte demandada sí transportaba por su cuenta a los trabajadores a su servicio". E indica algunos de esos testimonios. Evidentemente entre ellos aparece el de Emilio Cassares (f. 48), que por no haber sido recibido en audiencia pública, no tiene valor. Pero entre los restantes citados y en el de Antonio Serrano, hay manifestaciones que fundamentan suficientemente la convicción del *ad-quem*. No obsta para ello la circunstancia de que el comisionado para recibir los testimonios no haya cumplido con el mandato del artículo 52 del C. de P. L., en lo referente a la comunicación al comitente de su concepto sobre los deponentes y las circunstancias de mayor o menor credibilidad de los testimonios. Ese vacío no deja sin valor la prueba sino que restringe, sin duda alguna, su eficacia probatoria por la menor oportunidad que da al juzgador para su apreciación, conforme al mandato del artículo 61 del C. de P. L. Pero dentro de sus condiciones de claridad, responsabilidad y razón de lo dicho, el fallador puede apreciar el mérito de la prueba. Porque no se trata de una condición para la validez de aquella sino de una modalidad del principio de la inmediación en la práctica de la misma para su apreciación por el fallador con mayor exactitud y veracidad.

En efecto, los testimonios de Alberto Cervantes Lara (fl. 43) y Gerardo Massi (fl. 89), testigos presenciales, establecen que el accidente sufrido por Juan Alberto Güete ocurrió cuando éste se dirigía de Ciénaga al lugar donde debía desempeñar su trabajo como "recibidor" de la Compañía Frutera de Sevilla, por una colisión que ocurrió entre el vehículo que lo transportaba y otro que viajaba en sentido contrario. Y Gerardo Massi, como "recibidor" que era lo mismo que Güete, declara que "el camión lo pagaba Víctor Scott para llevar su personal. Entonces Míster Well, jefe de nosotros los recibidores, como que hizo algún convenio con Víctor Scott

para que nos llevara y nos trajera a esta ciudad en el camión". En su testimonio, Antonio Serraño (fls. 93 vto. y 94), también "recibidor" de la Compañía Frutera de Sevilla, expresa: "Debo decir que Míster Well, quien era jefe del Distrito de Antioquia, nos ordenó mucho antes del viaje de los señores arriba mencionados (se refiere entre ellos a Güete) que nos embarcáramos en el camión de Víctor Scott para nuestro traslado de Ciénaga para allá y de allá para acá, porque él no iba a poner más la volqueta para que nos fuera a buscar a Sevilla, y tenemos una carta de la empresa donde dice que los recibidores de Antioquia y Aracataca debían ser trasladados en los vehículos de la empresa. Y es tan exacta la orden que dio Míster Well, que a Gerardo Massi lo suspendió por un embarque, por no haber viajado en el camión de Víctor Scott, de acuerdo con la orden que nos había dado. Nosotros no pagábamos el viaje del camión por nuestro traslado al Distrito de Antioquia, pero la empresa sí le pagaba a Víctor Scott por los servicios prestados".

Las declaraciones de los dos primeros testigos nombrados —Cervantes y Massi— establecen además, de manera indudable, que el camión en que viajaga Güete el día del accidente era el que Víctor Scott utilizaba por su cuenta para transportar sus propios trabajadores y en el que, según Massi y Serrano, debían viajar los "recibidores" de la Compañía Frutera de Sevilla conforme a lo dispuesto por el superior de los mismos, señor Well.

Se ve entonces cómo no existe ningún error evidente del Tribunal cuando considera demostrado con estos testimonios el hecho de que el accidente de Juan Alberto Güete ocurrió cuando se dirigía al trabajo en vehículo suministrado por la Compañía, con lo cual el accidente adquiere la naturaleza de laboral. En consecuencia, el cargo no prospera.

TERCER CARGO

Se acusa mediante este cargo la sentencia del Tribunal por violar directamente, por interpretación errónea, los artículos 214, 292 y 305 del Código Sustantivo del Trabajo.

El impugnador expresa que si se acepta que el accidente sufrido por Juan Alberto Güete tuvo la naturaleza del definido por el artículo 199 del C. S. del T., la indemnización deberá regularse por los artículos 193, 214 y 305, en armonía con el 292 del C. S. del T. Pero que el sentenciador entendió las tres primeras disposiciones "en la forma más disparatada que pueda imaginarse", pues eleva la indemnización por muerte en accidente de trabajo a treinta y seis meses de salario cualquiera sea el tiempo de servicio del trabajador. Y agrega: "Independientemente de las cuestiones de hecho (pues el sentenciador admite que Juan Alberto Güete trabajó para la sociedad demandada 7 años 6 meses y 16 días, y no 18 años), la condena a pagar como indemnización por muerte en accidente de trabajo TREINTA Y SEIS MESES DE SALARIO en vez de veinticuatro meses que constituyen el mínimo, proviene de aquella errónea interpretación de las normas".

El opositor plantea una tesis que justifica el criterio del Tribunal y que termina, después del examen de las disposiciones legales sobre seguro de vida y la muerte en accidente de trabajo, con la conclusión de que el *ad-quem* no podía hacer condena por cuantía distinta a la del fallo.

Se estudia el cargo.

El Tribunal hace las siguientes consideraciones en la parte motiva de su sentencia sobre la cuantía de la indemnización que corresponde al trabajador fallecido en accidente de trabajo:

"El seguro que se reclama es como indemnización y no como prestación, teniendo por lo tanto que estudiarse el caso en acatamiento a lo que se ordena en el ordinal e) del artículo 204 del estatuto que se viene citando, en armonía con el artículo 214 de la misma obra. En esta última disposición se dice que el seguro de vida colectivo debe pagarse con treinta y seis (36) meses de salario, sin que la suma en ningún caso pase de veinticuatro mil pesos ($ 24.000.00). El apoderado de la empresa dice que en casos semejantes solamente cabe indemnización por veinticuatro meses de salario, o sea seguro doblado, pero echa en olvido el artículo 305 que manda que en caso de muerte del trabajador en accidente se debe pagar la suma determinada en el artículo 214 citado. Este artículo eleva la indemnización a treinta y seis meses de salario. Por este concepto se debe a los reclamantes como beneficiarios legales de Juan Alberto Güete la suma de tres mil ochocientos cuarenta y cuatro pesos con ochenta centavos ($ 3.844.80)".

Pero como lo dice con toda propiedad el impugnador, "el monto de la indemnización por muerte en accidente del trabajo, según el artícu-

lo 204 E, equivale a veinticuatro meses de salario, cuando el patrono no está obligado a pagar el seguro de vida colectivo. Cuando esté obligado al seguro, "deberá pagar... el valor DOBLADO del seguro de vida *hasta un máximo* de treinta y seis meses de salario, sin exceder de veinticuatro mil pesos", conforme al artículo 214. Y al tenor del artículo 292, el valor SENCILLO del seguro de vida "es igual a un mes de salario por cada año de servicios, sin que sea inferior en ningún caso a doce meses de salario ni superior a veinticuatro meses, ni exceda de doce mil pesos". Luego el valor SENCILLO del seguro de vida sólo excederá del MINIMO de doce meses de salario cuando el causante haya trabajado por MAS DE DOCE AÑOS. Y el valor DOBLADO del seguro de vida sólo excederá del MINIMO de veinticuatro meses cuando el causante haya trabajado MAS DE DOCE AÑOS; pero si trabajó MAS DE DIECIOCHO AÑOS, como el MAXIMO del valor DOBLADO es treinta y seis meses de salario, el exceso de los dieciocho años de servicio no podrá computarse".

En el caso de autos, demostrado que el trabajador no había servido más de doce años a la Compañía, el valor del seguro de vida sencillo sería equivalente a doce (12) meses de salario (art. 292), y comoquiera que la muerte ocurrió por accidente de trabajo, debe pagarse doblado ese valor (art. 214 en armonía con el art. 305 del C.S.T.), o sea el equivalente a veinticuatro meses de salario. La indemnización por valor mayor sólo habría cabido por exceso de doce años de servicios y habría llegado a treinta y seis meses de salario sólo si tales servicios hubieran llegado a diez y ocho o excedido de ese lapso.

Por consiguiente, está demostrada la errónea interpretación en que el fallador incurrió en relación con los artículos 214 y 305 del C. S. del T., y el cargo prospera. La sentencia acusada deberá casarse en cuanto a su decisión sobre este aspecto del litigio.

CUARTO CARGO

Se acusa la sentencia del *ad-quem* en violar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 306 del C. S. del T. y 50 del C. de P. L., "como consecuencia del evidente error de hecho consistente en tener como pedido en el libelo inicial el valor de todas las primas de servicio, por equivocada apreciación de dicho libelo".

Explica el acusador que cuando la demanda en juicio solicitó el pago de "la prima de servicios correspondiente a Juan Alberto Güete, por el tiempo trabajado DURANTE EL ULTIMO SEMESTRE (las mayúsculas son del recurrente), el Tribunal condenó al pago de las primas de servicios correspondientes a todo el tiempo trabajado, en una condena extra-petita que el artículo 50 del C. de P. L. sólo autoriza al juez *a-quo*.

El opositor expresa que "no existe, en mi modo de entender, tal error en el fallo, porque en realidad bastaba pedir lo correspondiente al último semestre servido, puesto que las primas por el tiempo anterior estaban devengadas, por ministerio del artículo 306 del Código, y el Tribunal no hizo otra cosa que aplicarlo correctamente".

Se estudia el cargo.

La sentencia recurrida, después de examinar el contenido del artículo 306 del C. S. del T. se expresa así sobre primas de servicios en la parte motiva: "Al trabajador Güete Núñez, por los siete (7) años, seis (6) meses y diez y seis (16) días, le correspondía la suma de setecientos cuarenta y siete pesos con sesenta centavos ($ 747.60)". Es decir, que efectuó liquidación de las primas por todo el tiempo servido por el trabajador.

La demanda (fl. 2) pidió la condena por concepto de prima de servicios en los siguientes términos: "c) La prima de servicios correspondientes a Juan Alberto Güete, por el tiempo trabajado durante el último semestre".

Estuvo, pues, limitada la aspiración de la demanda en materia de prima de servicios a la correspondiente al tiempo trabajado en el último semestre. El *a-quem* apreció equivocadamente esta petición y por ello realizó una condena extra-petita, para la cual no tenía facultad legal. Con ello quebrantó, por aplicación indebida, el artículo 50 del C. de P. L. y mediante esta violación, quebrantó igualmente la norma sustantiva del artículo 306 del C. S. del T., que establece la prima de servicios.

El cargo, pues, prospera y habrá que casarse la sentencia del *ad-quem* en este punto.

QUINTO CARGO

Se formula como subsidiario del anterior. Pero como aquel prosperó, no hay lugar a estudiar este cargo.

SEXTO CARGO

Por medio de este cargo se acusa la sentencia de violar directamente, por interpretación errónea, el artículo 65 del C. S. del T., "tanto aisladamente como en relación con los artículos 2º y 20 de la C. N., 1º de la Ley 95 de 1890, 188 y 190 del C. J. y 59, ordinal 1º del C. S. del T.".

Las argumentaciones que el impugnador presenta para demostrar este cargo, pueden sintetizarse así: la sanción moratoria del artículo 65 del C S. del T. se ha consagrado para los casos en que "a la terminación del contrato de trabajo el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos". No puede por ello extenderse la sanción respecto del pago a los herederos del trabajador; la jurisprudencia ha establecido el derecho de los herederos en relación con esta sanción sólo cuando el trabajador muere un tiempo después de terminado el vínculo laboral, en forma que el derecho a la indemnización ya estaba definido; "si al morir el trabajador tiene adquirido el derecho a la indemnización moratoria, transmite a sus herederos ese derecho-crédito como todos los demás bienes y derechos patrimoniales. Pero si al morir el trabajador la empresa no estaba en mora de pagarle nada, no transmite a sus herederos un derecho que aún no había nacido"; la retención ordenada por un juez obliga al patrono y está autorizada conforme al artículo 59 del C. S. del T. y no puede desconocerse, como lo dice el Tribunal, mediante una calificación que el patrono haga sobre su ilegalidad.

La parte opositora objeta las argumentaciones de la acusación y comparte las tesis del Tribunal, a las que agrega la razón de que "la sanción prevista en el referido artículo 65 no distingue los diferentes casos de terminación del contrato de trabajo, y desde luego comprende el evento por muerte del trabajador". Y en cuanto se relaciona con la alusión hecha a la orden judicial para retener las sumas reclamadas por los herederos del trabajador Güete, expresa que se trataría de una violación por vía indirecta, por error de hecho en la apreciación de una prueba y no de una violación por vía directa.

Examen del cargo.

En la parte motiva del fallo recurrido, el Tribunal se expresó en los términos siguientes para decidir lo relativo a la sanción moratoria:

"Firme es el criterio ya respecto de esta sanción. Ella se aplica a todo patrono que sin motivos plausibles demora la cancelación de las prestaciones a que tiene derecho el trabajador. Si ellas son claras, la no cancelación se aprecia mala fe porque el patrono de esa manera está desconociendo mandatos legales que deben tener cabal cumplimiento, y se aprecian claras aquellas que se causan por la sola prestación del servicio y que no ofrecen duda alguna respecto al derecho que a ellas se tiene. Esto quiere decir que si la prestación es discutible, entonces no puede aplicarse dicha sanción, ya que el patrono de buena fe asumió una postura que consideró conveniente para la defensa de sus intereses. En este último plano están las indemnizaciones que se derivan de los accidentes sufridos por los trabajadores, ya que en veces es necesario analizar muchos elementos para llegar a la conclusión de que en verdad se dio dicho accidente. Pero el auxilio de cesantía y la prima de servicios son de aquellas prestaciones claras, indiscutibles, que deben ser canceladas inmediatamente que se termine el contrato de trabajo o consignarse la suma correspondiente si no se da acuerdo entre las partes. Si así no sucede, debe aplicarse el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo para que dicho patrón renuente sufra la sanción que en él se establece. En el caso presente no es aceptable como excusa lo alegado por el apoderado de la empresa de que las prestaciones están liquidadas a órdenes de los herederos del causante. Su obligación era, si ellos no se presentaban a recibirlas, la de hacer la consignación de la suma respectiva. Tampoco cabe lo alegado en el sentido de que el Juez Segundo del Circuito de Ciénaga comunicó que se estaba siguiendo el juicio de sucesión de Juan Alberto Güete y que, por lo tanto, debía esperarse que él terminara para hacer la cancelación del caso. Las órdenes o comunicaciones de las autoridades se atienden cuando son legales, pero cuando están en abierta contradicción con la ley deben rechazarse y no ser atendidas. La empresa demandada, por medio de sus abogados, tenía la obligación de saber si lo comunicado por el juez era atendible, por ajustarse a lo prescrito por la norma legal. La mora de la Compañía en el pago de las prestaciones se da desde el 15 de diciembre de 1959, fecha en que vencieron los treinta días desde la publicación del aviso en que se informaba a cualquiera que pudiera interesarle que Martina Navarro de Güete, Gloria de Fandiño y Miguel A. Güete Navarro, habían solicitado el pago del seguro colectivo obligatorio, auxilio de cesantía y otras prestaciones por la muerte de Juan Alberto Güete. Quiere destacar la Sala que dicha san-

ción no se puede aplicar cuando solamente se reclama seguro colectivo de vida porque por su naturaleza éste es un crédito en favor de los beneficiarios y no una prestación respecto del trabajador fallecido. Podría pensarse que la sanción moratoria, cuando el trabajador muere en servicio, no pueden reclamarla los herederos porque ella en tal caso no es un crédito que se hubiera consolidado en cabeza de aquél, ya que precisamente murió estando vivo el vínculo contractual, pero tal parece no lo acepta la Sala y más bien se inclina por lo resuelto por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 3 de mayo de 1957 que corre publicada en la *Gaceta Judicial* números 2181 y 2182, página 252 y siguientes".

Como puede verse, en lo que respecta a la interpretación del mandato contenido en el artículo 65 del C. S. del T., el Tribunal no hizo sino reiterar en términos generales la jurisprudencia permanente de la Corte sobre indemnización moratoria y agregar algunas consideraciones marginales que no alteran el alcance de dicha jurisprudencia. El Tribunal expresa, además, que no cabe la indemnización moratoria en relación con el no pago del seguro por muerte, con razones fundadas. Y no entra en el análisis del aspecto especial relativo al no pago de las deudas laborales que el trabajador transmite a los herederos, pero da por sentado que a este respecto rige la misma norma con sus propias modalidades, pues al decidir el caso concreto, tomando como base ciertos hechos que da por demostrados, condena a la empresa demandada en el juicio al pago de la indemnización. Ya en esta resolución concreta, el fallador *ad-quem* de manera expresa niega valor a un acto de juez, demostrado en autos, para inhibir la moral patronal, y tácitamente desecha otros elementos probatorios para el mismo efecto, lo que toca entonces con un posible quebrantamiento legal por la vía indirecta y no por la directa de la interpretación errónea de la disposición. Pero en la acogida que da al principio general, aplicable cuando se trata de los herederos del trabajador, el *ad-quem* se ciñe a lo dicho por esta Sala, principalmente en la sentencia de treinta de agosto de mil novecientos sesenta, al resolver el recurso contra la sentencia del Tribunal de Tunja que desató el juicio ordinario de Alejandrina Sáenz viuda de González e hijos contra la sociedad denominada "Tax Tunja Ltda.". (*Gaceta Judicial*, Tomo XCIII, números 2228-2229, páginas 542 y ss.). Entonces se decidió que cumplidos los trámites legales para la identificación de los herederos, si no se pagan las prestaciones correspondientes al trabajador fallecido opera la sanción moratoria. A lo cual sólo cabe adicionar que tal situación ocurre en los casos en que por autorización legal el patrono puede pagar directamente tales prestaciones (art. 258 del C. S. del T.), sin necesidad de adelantar el juicio civil de sucesión, y mediante el procedimiento previsto en el artículo 212 del C. S. del T.

No se encuentra entonces que el Tribunal haya errado en la interpretación del artículo 65. Y la situación que el recurrente plantea respecto del concepto que al fallador de segunda instancia le mereció la determinación del Juez Civil de Ciénaga sobre retención de los pagos a los herederos acreditados, se sale ya del campo puramente interpretativo de la ley, para entrar en el de las consecuencias de la apreciación probatoria. Por ello tampoco cabe la acusación de errada interpretación del artículo 65 del C. S. del T. en relación con el 59 del mismo y con las disposiciones constitucionales y las demás de carácter legal que cita el impugnador.

No prospera, por consiguiente, el cargo.

SEPTIMO CARGO

Se presenta por violación indirecta, en el concepto de aplicación indebida, del artículo 65 del C. S. del T., "a causa de evidentes errores de hecho en que incurrió (el *ad-quem)* por equivocada apreciación de la nota del fl. 15, el aviso de fl. 16, las notas cruzadas entre la empresa y el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ciénaga y la diligencia de inspección ocular (fls. 167 a 176)". "El acusador expresa que estos errores 'consisten en dar por demostrado, sin estarlo, que la empresa fue renuente al pago de lo debido, y en no dar probado, estándolo, que obró de buena fe y por "motivos plausibles" al abstenerse de pagar a los herederos de Juan Alberto Güete'".

El acusador señala cómo según las pruebas anotadas, la empresa procedió con celeridad a adelantar las diligencias conducentes para el pago tanto de las prestaciones (auxilio de cesantía y prima de servicios) como del seguro por muerte a los beneficiarios del trabajador Juan Alberto Güete, y cómo se practicaron las liquidaciones respectivas y se libraron las correspondientes órdenes de pago, que no alcanzó a efectuarse por haberse presentado una nueva presunta heredera y haberse recibido dos oficios del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ciénaga,

el segundo de los cuales, en respuesta a comunicación de la empresa, contenía una perentoria orden de retención de los valores que la Compañía se proponía cancelar a los beneficiarios reconocidos.

Se considera el cargo.

Ya se vio al examinar el cargo anterior, cuando se transcribió la motivación del Tribunal para fundar la condena por concepto de indemnización moratoria, que ésta se efectuó a partir del 15 de diciembre de 1959, treinta días corridos a partir de la publicación del aviso por la Compañía, y hasta la realización del pago de las sumas correspondientes al auxilio de cesantía y la prima de servicios, y que el Tribunal no dio valor a las comunicaciones del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ciénaga como exculpativas de la mora patronal. El argumento del Tribunal de que las órdenes ilegales de los funcionarios, que pueden calificarse como tales por los patronos, no deben atenderse y por ello la Compañía debió, a pesar de lo decidido por el juez citado, efectuar el pago o la consignación a favor de los beneficiarios de Güete, es inadmisible, pues los ciudadanos no pueden por sí y ante sí calificar la legalidad o ilegalidad de las providencias que pronuncian los funcionarios públicos para decidir si se someten o no a ellas. Sólo al través de los recursos que prevén las leyes, tales providencias pueden atacarse y su ejecución llegar a inhibirse. De manera que el desconocimiento que el Tribunal hizo de la orden judicial a que la Compañía se sometió, conlleva la no valoración de un elemento probatorio que justifica la abstención del pago por la empresa. Por otra parte, ésta demostró con su comunicación dirigida al apoderado de los herederos (fl. 15) y con las inmediatas publicaciones hechas conforme a los mandatos legales (fl. 16), así como con las liquidaciones efectuadas y las órdenes de pago dadas (inspección ocular fls. 167 a 176), su decisión de cancelar a los herederos el valor de las prestaciones debidas al trabajador fallecido, hecho que no pudo cumplirse por causas ajenas a su voluntad. Estos elementos de prueba fueron valorados en forma limitada por el fallador, pues sólo estimó justificado el no pago hasta el 15 de diciembre, cuando en el período subsiguiente las pruebas citadas demuestran que no hubo mala fe patronal en la no cancelación de las sumas debidas por prestaciones del trabajador.

En consecuencia, aparecen demostrados los errores en la apreciación de las pruebas que indica el impugnador y violado, como resultado de ellas, en el concepto de aplicación indebida, al artículo 65 del C. S. del T. El cargo, entonces, prospera y la sentencia será casada en cuanto a esta condena.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

En virtud de haber prosperado los cargos tercero, cuarto y séptimo de la demanda de casación y que, por consiguiente, la sentencia acusada deberá anularse en cuanto a las decisiones sobre las materias correspondientes, la Corte entra a estudiar lo relacionado con la resolución de instancia que le corresponde proferir, y para el efecto examina cada una de las prestaciones e indemnizaciones reclamadas, en el orden en que se produjo el estudio de los cargos que prosperaron.

SEGURO POR MUERTE.—Se ha establecido, como se ve en las consideraciones hechas por esta Sala al examinar el cargo tercero, que el accidente en que perdió la vida el señor Juan Alberto Güete cuando se dirigía de Ciénaga al lugar del trabajo, tuvo la naturaleza del accidente laboral. No es necesario repetir el análisis que se realizó entonces de las pruebas por esta Sala para llegar a tal conclusión, en identidad con el Tribunal. A ella llegó igualmente el juez *a-quo*. Pero como se definió asimismo en el examen del cargo citado, la condena por parte del Tribunal al pago de un seguro por muerte equivalente a treinta y seis mensualidades de salario, quebrantó los mandatos contenidos en los artículos 204, 214 y 305 en armonía con el 292 del C. S. del T., ya que según estas disposiciones, y teniendo en cuenta el servicio del trabajador por lapso inferior a doce años, el seguro de vida doblado que correspondía a sus beneficiarios por la muerte en accidente de trabajo era el equivalente a veinticuatro mensualidades de salario. Este fue el monto de la condena efectuada por el *a-quo* en esta materia, y por ello habrá de confirmarse su decisión.

PRIMA DE SERVICIOS.—En el estudio del cuarto cargo de la demanda de casación, que prosperó, se vio como el *ad-quem* apreció equivocadamente el contenido de la demanda de instancia en su petición distinguida con la letra c), pues mientras el actor solicitó el pago de la prima de servicios correspondientes al tiempo trabajado durante el último semestre por el traba-

jador fallecido, el Tribunal condenó al pago de las primas por todo el tiempo laborado, que fue de siete años, seis meses y diez y seis días. El juez de primera instancia, en cambio, decidió conforme a lo solicitado en la demanda y condenó al pago de prima de servicios por tres meses y diez días, los comprendidos en el primero de julio y el diez de octubre (día de la muerte del trabajador) y con base en el salario demostrado y no controvertido, condena que ascendió a la suma de veintinueve pesos con sesenta centavos ($ 26.60) y que, por lo anotado, deberá confirmarse por esta Sala.

INDEMNIZACION MORATORIA.—En el examen que esta Sala hace respecto de la acusación contenida en el cargo séptimo, que prosperó, quedaron establecidos los errores de hecho en que incurrió el *ad-quem* al no dar valor probatorio para demostrar la ausencia de mala fe patronal en la retención de las prestaciones del trabajador Güete reclamadas por sus beneficiarios, a las comunicaciones dirigidas por el Juez Segundo Civil del Circuito de Ciénaga a la Compañía demandada y al dar un valor limitado injustificadamente a la comunicación dirigida por la empresa al abogado de los actores y a las publicaciones hechas por ésta de acuerdo con el mandato del artículo 212 del C. S. T. Tales medios probatorios establecen sin lugar a dudas que existió justa causa para que la empresa demandada no hubiese pagado a los beneficiarios del ex-trabajador actores en el juicio las sumas correspondientes al auxilio de cesantía y la prima de servicios de Juan Alberto Güete, y demostrar la buena fe patronal en su proceder, pues para tal pago debía tomar las precauciones y cumplir los trámites legales previos, como lo hizo con evidente diligencia, y luégo, presentada reclamación por una nueva presunta heredera y ordenada la retención por una providencia judicial, no podía proceder a la cancelación antes de definirse legalmente el derecho exclusivo de los actores. Por ello debe absolverse a la Compañía demandada, del pago de indemnización moratoria y revocarse la condena que por ese concepto profirió el juez *a-quo*.

FALLO

Por lo antes 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 lo relativo a la cuantía de la condena por seguro de vida y por primas de servicios, y a la condena por indemnización y, actuando como Tribunal de instancia, confirma la sentencia del *a-quo* en cuanto a las condenas contenidas en los literales a) y c) del ordinal 1º de su parte resolutiva y revoca la decisión del literal d) del mismo ordinal.

No se casa en lo demás la sentencia recurrida.

Sin costas en el recurso.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION VITALICIA DE JUBILACION

Supuesto error de hecho ostensible en la apreciación de las pruebas.—Despido sin justa causa conforme a la ley por ruptura unilateral del contrato.—La clausura o liquidación definitiva de la empresa o establecimiento es una manera legal de terminar el contrato, pero no es una justa causa.—Falsa imputación por errada interpretación de normas jurídicas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., nueve de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo).

JOSE DE JESUS ORTIZ MUÑOZ demandó en juicio ordinario laboral, por medio de apoderado, a la Sociedad COMPAÑIA LADRILLERA GUAYABAL, LIMITADA, para "que le pagara una pensión mensual vitalicia de jubilación, en la cuantía que se demuestre en el juicio exigible desde el 2 de junio de 1962 y en la proporción que señalan las normas legales, indemnización por mora en el pago de la prestación demandada y costas". Además, solicitó que "la empresa demandada contratara con una compañía de seguros el cumplimiento de la obligación anterior o que otorgara una caución real o bancaria con el mismo fin".

Fundó su petición en los siguientes hechos:

Que trabajó con la empresa desde el 11 de marzo de 1949 hasta el 2 de junio de 1962; que desempeñó las funciones de obrero en el Tejar y Fábrica de Ladrillos que la sociedad tiene en Medellín; que la jornada de trabajo era de 7 de la mañana a 4 de la tarde; que el último salario devengado fue de $ 8.45 diarios; que fue despedido sin motivo justo, pues la empresa alegó el cierre definitivo de actividades, sin ser cierto; que nació el 15 de diciembre de 1888, es decir que cumplió 60 años de edad en 1948; que como la empresa demandada se encuentra en estado de liquidación, deberá otorgar una caución para que la acción no sea ilusoria".

La demandada dio respuesta a la demanda aceptando que el actor trabajó al servicio de la empresa, negó el despido y se remitió a lo que se probara en el juicio así en este punto como en cuanto a los otros hechos y se opuso a que hicieran las declaraciones solicitadas proponiendo excepciones de incompetencia de jurisdicción e inexistencia de la obligación.

Tramitada la controversia ante el Juzgado Quinto del Trabajo de Medellín que fue el del conocimiento, éste la decidió condenando a la empresa "a reconocer y pagar al demandante José Jesús Ortiz Muñoz una pensión mensual vitalicia de jubilación de $ 119.87 a partir del 2 de junio de 1962; declarar configurada la excepción de incompetencia de jurisdicción en relación con el numeral 2º de la parte petitoria de la demanda, no probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió a la misma empresa de los demás cargos que le fueron formulados".

Mediante el recurso de apelación que fue interpuesto por ambas partes subieron los autos al Tribunal Superior de Medellín, el cual profirió el siguiente fallo: "Se condena a la empresa denominada Compañía Ladrillera Guayabal, Limitada, en liquidación y representada por el señor Francisco Antonio Vélez Correa a pagar al demandante José Jesús Ortiz Muñoz, portador de la cédula de ciudadanía Nº 66.520 de Itagüí, una pensión mensual vitalicia de jubilación, a partir del 2 de junio de 1962, y en la siguiente forma: hasta el 30 de junio de 1962 la suma de $ 164.24 mensuales; a partir del 1º de agosto de 1962 hasta el 31 de diciembre del mismo año $ 202.50 mensuales, y del 1º de enero de 1963 en adelante la cantidad de $ 315.00 mensuales, tal como quedó expresado en la parte motiva de esta sentencia".

"Se declara configurada la excepción de incompetencia de jurisdicción en relación con lo solicitado en el numeral 2º de la parte petitoria de la demanda. Se absuelve a la misma empresa de los demás cargos formulados por el actor en el presente juicio. Sin costas. Queda en los anteriores términos confirmada y reformada la sentencia pronunciada en el presente juicio, por el Juzgado Quinto del Trabajo de Medellín el 21 de septiembre de 1963".

La parte demandada interpuso recurso de casación, que concedió y tramitado legalmente, pasa a resolverse.

El recurrente aspira que se case parcialmente la sentencia de segunda instancia en cuanto dicha providencia condenó a la demandada al pago de jubilación, a que se revoque la sentencia de primer grado, en cuanto a dicha condena y a que se absuelva totalmente a la parte demandada.

Para el efecto, invoca la primera causal del artículo 87 del C. P. L. y formula dos cargos así:

Primer cargo.—La sentencia acusada violó por aplicación indebida a través de error de hecho, los artículos 51, ordinal 3º, 61, 62, 63 y 460 (sic) del C. S. T., 7º y 8º de la Ley 171 de 1961, artículo 1º del Decreto 2834 de 1961, artículo 1º del Decreto 1828 de 1962, artículo 1º de la Ley 1ª de 1963 y artículos 1º y 2º del Decreto 236 de 1963"

El error de hecho lo hace consistir en que el Tribunal admitió como demostrado el despido del trabajador y singulariza como indebidamente apreciadas la demanda, la contestación de ésta y la certificación de folio 25.

Después de transcribir apartes de la sentencia concluye: "Clara es la indebida apreciación de las pruebas, pues el sentenciador considera que hubo despido y examina si él obedeció o no a justas causas. Pero lo que realmente demuestran las pruebas es la terminación por clausura de la empresa, mas no por despido. En la demanda se afirma que hubo despido injusto y se rechaza la terminación por clausura de la empresa, alegando que aún en tal caso habría que reconocer derechos anteriores al cierre. Luego el demandante distingue entre el despido que afirma y la clausura que no admite. La parte demandada negó el despido y afirmó la terminación por clausura de la empresa. Luego la correcta apreciación de las pruebas lleva a la conclusión de que se admitió el cierre del establecimiento, pero que no se admitió el despido. Como el sentenciador da por demostrado el despido, incurrió en apreciación indebida de las piezas probatorias, cometió el error de hecho de que se ha hablado y consecuencialmente aplicó indebidamente las normas citadas. Si el sentenciador hubiera apreciado correctamente la demanda, la respuesta y el certificado del folio 25, habría concluído que no se admitió el despido y que no habiendo sido demostrado por otras pruebas, era necesario absolver a la demandada, pues en correcta aplicación del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, habría concluído que faltaba un elemento esencial para que se configurara el derecho reclamado".

La sentencia del *ad-quem* dice al respecto:

"Acepta la parte demandada que entre las partes existió un contrato de trabajo, cuya duración aparece debidamente acreditada con la certificación que obra a f. 25 del expediente, o sea que agotó servicios el trabajador desde el 11 de marzo de 1949 hasta el 2 de junio de 1962, última fecha en la cual fue licenciado por cierre de la explotación de la fábrica y liquidación de la sociedad. También se estableció mediante la certificación atrás aludida que el trabajador devengó entre junio de 1961 a junio de 1962 la suma de $ 2.132.40...".

"Del certificado expedido por la empresa, legible a f. 25, se deduce que el demandante fue licenciado en forma definitiva "por cierre de la explotación de las fábricas por liquidación de la sociedad". El artículo 61 del C. S. del T. señala los casos de terminación del contrato de trabajo, considerando en el ordinal f) el de liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento. Cuando este evento ocurra debe procederse en la forma establecida en los artículos 51 ordinal 3º y 460 (sic) de la misma obra, es decir, mediante notificación a los trabajadores de la fecha precisa de la clausura, con anticipación no inferior a un mes, o mediante el pago de los salarios correspondientes a este período. Con los testimonios jurados de Arturo Estrada, Julio Mejía y Bernardo Pabón, se acreditó que la empresa procedió en la forma indicada por los artículos 51 ordinal 3º y 460 (sic) del C. S. del T., pues dio al trabajador el preaviso de 30 días ordenado en dichas normas. Por tanto el rompimiento unilateral del contrato de trabajo por parte de la empresa se ajustó a la ley. Mas, aunque el modo de terminar el con-

trato de trabajo fue legal, no obedeció a una justa causa.

"Entonces, la clausura o liquidación definitiva de la empresa o establecimiento, es una manera legal de terminar el contrato de trabajo ciñéndose al procedimiento indicado, pero no es una justa causa, en el sentido preciso atribuído por la ley a ciertos motivos específicos y determinados que la ley erige como fundamento a la extinción unilateral del contrato y que la misma norma los denomina 'justas causas'. De tal manera que existe una diferencia sustancial entre el modo legal de terminación del contrato y las justas causas de fenecimiento del mismo que aparecen taxativamente enumeradas en los artículos 62 y 63 del ordenamiento sustantivo laboral.

"También la expiración del plazo pactado o presuntivo, la realización de la obra o labor contratada, el ejercicio válido de la cláusula de reserva, etc., son modos legales de terminación del contrato de trabajo indicados por el artículo 61 comentado, pero no son justas causas de extinción del contrato".

En apoyo de su tesis el Tribunal transcribe la siguiente jurisprudencia por considerarla pertinente:

"Podría objetar que todo lo legal es justo y que por consiguiente, siendo legal la manera en que se termina el contrato de trabajo, según el artículo 48, esa manera también será justa. Tal tesis equivalente a asumir una de las posiciones extremas que surgen, dentro del campo filosófico, al tratar de establecer el paralelismo o discrepancia entre lo legal y lo justo, en el vastísimo ámbito de las relaciones entre el derecho natural como categoría de justicia y el derecho positivo como ley. Sin profundizar en materia tan ardua, es menester afirmar que en el ordenamiento jurídico positivo existen normas que se desvinculan del jusnaturalismo no por ser francamente opuestos a éste sino por ser indiferentes. Es un desiderátum que la ley positiva rija no sólo las relaciones fundamentales dentro del espíritu de la justicia natural, sino que también regule las situaciones indiferentes a ella, u obscuras, en cuya fijación estén interesados el bien común o la conveniencia social".

"En todas estas situaciones consideradas indiferentes o por lo menos de difícil acomodo a la idea de la justicia, el legislador ocurre a la equidad y ordena al juzgador que, por su parte, al aplicar la ley, también ocurre a ella (artículo 18, C. S. del T., artículo 5º, Ley 153 de 1887).

"Ya se dijo atrás que la cláusula de reserva es una manera, pero no es una causa. Es sabido que la manera es el modo como se rige una situación jurídica, en tanto que la causa es el antecedente de hechos o de derechos que produce esa situación. La causa se confunde en este caso con la noción de móvil determinante.

"El legislador acogió la manera preavisada de concluír una relación contractual de trabajo a término indefinido, inspirado por un criterio de equidad en una cuestión en la cual el acomodamiento de la idea pura de la justicia resulta difícil sobre manera en vista de la complejidad de la materia y en que precisamente por tal dificultad determinaría injustificada una regulación demasiado asaz elástica, al tiempo que era necesario legitimar situaciones decisivamente vinculadas a la conveniencia social. En punto a la terminación con preaviso del artículo 48 de ley sancionada y legítima el 'modus' o manera pero no hace referencia alguna a la causa. En cambio en la terminación unilateral de los artículos 62 y 63 la ley hace especial énfasis sobre la causa (aunque también señala la manera), lo cual destaca aún más la distinción entre la una y la otra (sentencia de septiembre 16 de 1958. Juicio seguido por Francisco Gaviria R. contra Naviera Colombiana S. A. (G. J. Tomo LXXXIX, número 2202, páginas 238 y 239)".

Como se ha visto del texto de la impugnación, el recurrente hace consistir el error de hecho que le imputa al Tribunal en que éste admitió como demostrado el despido del trabajador, por haber apreciado indebidamente las pruebas que singulariza en el cargo.

Sobre el particular se tiene: La circunstancia de que el patrono le diera cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 51 y 61 del C. S. T. querría decir que al contrato se le puso fin mediante uno de los modos previstos para darlo por terminado legalmente; pero no obedeció a una de las justas causas señaladas por la norma de manera expresa y taxativa, como lo sostiene el Tribunal. Además, se encuentra acreditado en autos, con la propia certificación de la empresa a que antes se ha hecho alusión (f. 25), que el trabajador fue "licenciado" el día 2 de junio de 1962, lo que equivale a decir que tal acto obedeció a una decisión unilateral de la empresa, aun cuando la causal alegada para la terminación del contrato hubiera sido la señalada

en el ord. f) del artículo 61 del C. S. T. De donde se sigue que esa ruptura unilateral, llamada por el patrono licenciamiento, configuró el despido sin justa causa, conforme a la ley. Por lo anteriormente dicho la Sala no encuentra que el sentenciador se hubiera equivocado en la apreciación de las pruebas que le sirvieron de base para dictar su fallo y por consiguiente incurriera en el error de hecho ostensible que le atribuye el acusador.

El cargo no prospera.

Segundo cargo.—"El fallo acusado violó por interpretación errónea el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 los artículos 51, 53, 61, 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo y consecuencialmente aplicó indebidamente el artículo 7º de la Ley 171 de 1961, el artículo 1º del Decreto 2834 de 1961, artículo 1º del Decreto 1828 de 1962, el artículo 1º de la Ley 1, de 1963 y los artículos 1º y 2º del Decreto 236 de 1963".

Y para desarrollarlo expone:

"La interpretación errónea se produjo porque el sentenciador consideró que una terminación por clausura de la empresa era un despido injusto. La norma contenida en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 se refiere concretamente al despido injusto, pero tal figura es diferente de la terminación del contrato de trabajo por despido injusto.

"Despedir según el diccionario de la Real Academia Española es 'alejar de sí a uno, prescindiendo de sus servicios', y el mismo Diccionario pone ejemplo: 'Despedir al criado'.

"El sentenciador confunde la terminación del contrato de que trata el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo con los despidos de que habla el ordinal g) de la misma norma, y trata de que los artículos 62 y 63 se apliquen a todos los modos de terminación del contrato, con lo cual cae en el absurdo de aplicar las justas causas de despido a terminaciones que ninguna relación tienen con ella, como el mutuo consentimiento, la terminación de la obra, la clausura de la empresa, etc. Por la misma referencia del citado ordinal g) se comprende que los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo se refieren a los casos de decisión unilateral y no a la terminación por causas extrañas a la voluntad de las partes o consentida por ambas.

"Si la empresa queda clausurada, la terminación se produce porque desaparece la organización donde ha de prestarse el servicio, por no tener objeto sobre el cual se preste la labor convenida. En cambio el despido supone la voluntad del patrono de hacer cesar la vinculación aunque continúe la empresa.

"Entender que donde la norma del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 establece derecho cuando la terminación del contrato se produce por clausura de la empresa o por otra causa distinta a la decisión unilateral sin justa causa, es interpretar erróneamente la norma, porque ella habla expresamente de despido injusto, que naturalmente no puede ser otro que la terminación por la sola voluntad del patrono sin justa causa".

El Tribunal se expresa de la siguiente manera:

"El artículo 8º de la Ley 171 de 1961 determina que el trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos ($ 800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o sus subsidiarias durante más de diez años y menos de quince años continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

"En el caso a estudio está evidenciado que el demandante fue despedido sin justa causa y que la fecha del despido tenía más de sesenta (60) años de edad, pues el señor José Jesús Ortiz Muñoz nació el 15 de diciembre de 1888, y el despido se operó el 2 de junio de 1962. En tales condiciones, el demandante se hizo merecedor al reconocimiento de la pensión especial de jubilación a que se contrae la ley comentada. El artículo 7º de dicha ley dispone que ninguna pensión de jubilación o invalidez podrá ser inferior al 75% del salario mínimo, debiéndose reajustar de oficio o a solicitud de parte".

De la transcripción que del fallo del sentenciador se ha hecho en el cuerpo de esta providencia, puede apreciarse que el *ad-quem*, al referirse a las disposiciones que cita, las tomó en su sentido exacto, sin haber incurrido en desviaciones ni errores y se atuvo al significado que ellas en sí mismas tienen. Al decir que "la clausura o liquidación definitiva de la empresa o es-

tablecimiento es una manera legal de terminar el contrato; pero no es una justa causa, está en lo cierto. Y al concluír que "existe una diferencia sustancial entre el modo legal de terminación del contrato y las justas causas de fenecimiento del mismo que aparecen taxativamente enumeradas en los artículos 62 y 63 del ordenamiento sustantivo laboral"; no está entendiendo erróneamente dichas normas; así como tampoco incurre en vicio de interpretación cuando señala los otros modos legales de terminación del contrato de que trata el artículo 61 del C. S. T. para afirmar de ellos que no son justas causas para la extinción de la relación laboral.

En cuanto al artículo 8º de la Ley 171 de 1961 lo reproduce textualmente en su primer inciso sin que de él haga interpretaciones alejadas de su contenido expreso, sino que lo aplica correctamente. Por tanto no se produjo la violación de la ley que el recurrente señala en la acusación.

El cargo no prospera.

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.

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.

Cargo por violación directa de los arts. 1757 del C.C. y 144 del C.S. del T. carente de eficacia para quebrar el fallo recurrido.—Acusación incompleta que no permite a la Corte confrontar la sentencia con las normas que hubieran podido resultar infringidas por el fallador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., nueve de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo).

VICTOR MANUEL MACHADO, por medio de apoderado, demandó a la empresa TAXI SELECTO LTDA., para que le pagara "auxilio de cesantía, prima de servicios, vacaciones, dominicales y días festivos, indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo, e indemnización por mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales".

Fundó la demanda en los siguientes hechos: "Que celebró contrato de trabajo verbal con Teófilo Motta, el 2 de marzo de 1961, para trabajar como conductor de taxi de propiedad del demandado, habiendo comenzado sus labores ese mismo día; que fue despedido intempestiva e ilegalmente el 7 de noviembre de 1962; que devengaba un salario de $ 600.00; que laboraba domingos y días festivos y que no se han cubierto los salarios, prestaciones e indemnizaciones legales".

La parte demandada aceptó como fecha inicial de la prestación de los servicios la indicada en la demanda y negó los demás hechos, oponiéndose a las pretensiones del actor y propuso "las excepciones de pago, incumplimiento, mala conducta y las demás que acredite como perentorias".

Concluyó la primera instancia con fallo proferido por el Juzgado Sexto Laboral de Bogotá en que se condena al demandado a pagar al actor las sumas correspondientes por concepto de cesantía, vacaciones, prima de servicios, lucro cesante e indemnización moratoria.

Declaró probada parcialmente la excepción de pago, cuya suma ordenó deducirla de las condenas, y no probadas las excepciones de incumplimiento y mala conducta del demandante. Absolvió por dominicales y festivos y de las demás peticiones contenidas en la demanda. Condenó al demandado en el 80% de las costas.

Apeló de la providencia la parte demandada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó en todas sus partes la dictada por el Juez del conocimiento y condenó en costas al apelante.

Interpuesto, concedido y tramitado legalmente el recurso de casación, el recurrente aspira a que se case totalmente la sentencia del Tribunal y se absuelva al demandado de todas las condenas proferidas.

El impugnante formula un solo cargo así: "Basado en la causal primera de casación que consagra el artículo 87 del C. P. L. se acusa la sentencia objeto del recurso por violar directamente los artículos 1757 del C. C. y 144 del C. S. T.".

Para demostrar la violación argumenta de la siguiente manera: "En forma arbitraria la sentencia exoneró al demandante de la obligación que tenía de acreditar que su remuneración como taxista del demandado había sido de seiscientos pesos ($ 600.00) por mes, hecho éste fundamental de la demanda que estaba en la obligación de probar por imposición de la expresada norma del C. C., aplicable analógicamente al caso de que se trata. Hay constancia en el expediente de que el juzgado decretó la práctica de la inspección ocular que solicitó el mismo demandante con el fin de acreditar aquella remuneración e igualmente de que no se presentó a practicar tal diligencia el día y hora que se fijó con tal fin".

En el pasaje pertinente al salario que se tomó como base para decretar las condenas, el sentenciador de segundo grado se expresa en la forma que a continuación se transcribe:

"Ahora bien: el Juez del conocimiento tomó como base para el salario la suma de $ 10.00 diarios, o sea el mínimo legal establecido por la Ley (Decreto 1828 de 1962), por cuanto ningún trabajador puede devengar un salario menor y la Sala acepta esta disposición".

De lo anteriormente dicho por el Tribunal se aprecia que el *ad-quem* se apoyó en lo que dijo el Juez del conocimiento al respecto cuando afirma: "En relación con el salario ganado por el demandante, el demandado Motta en la misma contestación del libelo (f. 10), sostiene que el actor recibía aproximadamente al mes cien pesos, por cuanto hacía siete turnos en ese período con un promedio de unos quince pesos por turno. Entonces el juzgado para efectos de la liquidación de las prestaciones e indemnizaciones que se cobran en este juicio, tomará como base el salario mínimo legal para esa época o sea la cantidad de $ 10.00 diarios o de $ 300.00 mensuales (artículo 1º del Decreto número 1828 de 1962). Comprobados, pues, los extremos de la relación y el salario mínimo legal, deben estudiarse las peticiones impetradas en la demanda...".

El cargo como está formulado merece varios reparos. Primeramente en él no se señalan las disposiciones sustantivas laborales generadoras de los derechos reclamados por el trabajador y reconocidos por el Tribunal en su fallo, que resulten infringidas a consecuencia de la violación de que se le acusa. Sin tal señalamiento la acusación se ha formulado de manera incompleta y en esa circunstancia la Corte no puede confrontar la sentencia con las normas que hubieran podido resultar quebrantadas por el fallador.

El mismo recurrente en la sustentación del cargo, hace hincapié en que no se acreditó la remuneración, lo cual implicaría una cuestión de hecho que no es susceptible de ataque por vía directa.

Por lo demás, el sentenciador aplicó la disposición sobre el salario mínimo, ante la ausencia de demostración de la remuneración devengada; aunque ha debido, de conformidad con la ley vigente en esa época, ordenar el avalúo.

Por las razones anteriores el cargo carece de eficacia para quebrantar el fallo recurrido y por tanto no prospera.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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.



HOMOLOGACION DE LAUDOS DE TRIBUNALES ESPECIALES

Aplicación del artículo 143 del C. de P.L. en el diferendo laboral existente entre el Municipio de Pasto y el Sindicato de Trabajadores de Obras Públicas Municipales de esa ciudad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., diez de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo).

Contra el laudo que profirió el día 18 de junio del presente año el Tribunal Especial de Arbitramento, constituído por el Ministerio del Trabajo por medio de la Resolución número 00337 de 8 de marzo de 1966, adicionada por la providencia número 00586 de 27 de abril de 1966 del mismo Ministerio, para estudiar y decidir el diferendo laboral existente entre el MUNICIPIO DE PASTO y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE OBRAS PUBLICAS MUNICIPALES de la misma ciudad, el Personero del mencionado Municipio interpuso el recurso de homologación que ha venido al estudio de la Corte.

ANTECEDENTES

El Sindicato presentó al Municipio de Pasto un pliego de peticiones aprobado por la Asamblea General; agotados los trámites legales del arreglo directo y la conciliación sin que las partes llegaran a un acuerdo, el Ministerio del Trabajo, por medio de la Resolución número 00147 de 1º de febrero de 1966, ordenó la constitución de un Tribunal de Arbitramento con base en lo que disponen los artículos 430 y 453 del C. S. T. y el artículo 34 del Decreto 2351 de 1965, con el objeto de estudiar y fallar la materia del conflicto. El Tribunal fue integrado por los representantes del Municipio, el Sindicato y el Ministerio, respectivamente, quienes una vez posesionados de sus cargos, lo declararon instalado el 6 de junio de 1966. Según consta en el acta de fecha 7 de junio del mismo año, una vez estudiadas por los árbitros las actas de las conversaciones directas y de conciliación encontraron que el punto para resolver era el que en el pliego de peticiones está señalado como sexto "estabilidad", que es el motivo principal del actual conflicto laboral existente entre las dos entidades".

El 18 de junio del mismo mes y año se profirió el fallo por unanimidad, dentro de cuya parte considerativa o motivación se lee lo siguiente:

"En ningún caso puede, el Laudo Arbitral, menoscabar, disminuír, determinar o "afectar" los derechos o facultades previamente reconocidos por normas convencionales preexistentes.

"Siendo ello así el Tribunal Especial de Arbitramento Obligatorio carece de jurisdicción para modificar la cláusula cuarta de la Convención Colectiva de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro, suscrita entre el Municipio de Pasto y los Trabajadores de Obras Públicas, en circunstancias que la modificación propuesta afecte las prerrogativas alcanzadas por el Sindicato en normas contractuales preexistentes, y así deberá confirmarlo en la parte resolutiva del laudo arbitral".

Y más adelante agrega:

"En consecuencia y sin otras consideraciones el Tribunal Especial de Arbitramento Obligatorio, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, DECLARA: La cláusula Cuarta de la Convención Colectiva de Condiciones de Trabajo, celebrada entre el Municipio de Pasto y el Sindicato de Trabajadores de Obras Públicas Municipales, se encuentra vigente en todos y cada uno de sus ordenamientos. Y hará parte de la Con-

vención Colectiva que regulará las condiciones de trabajo entre el Municipio y sus trabajadores de Obras Públicas —cláusula sexta— por el término de un año, a partir de la ejecutoria de este Laudo Arbitral. Notifíquese y cúmplase".

La cláusula vigente de la Convención Colectiva, en el momento de presentar el Sindicato el pliego de peticiones, reza de la siguiente manera:

"CLAUSULA CUARTA.—*Estabilidad.* — El Municipio sólo podrá despedir a sus trabajadores con base en las justas causas que contempla la ley. Quedan abolidos la cláusula de reservación y el plazo presuntivo de trabajo".

"En caso de despido injusto e ilegal debidamente probado, el Municipio restituirá al trabajador despedido".

En el pliego se pidió la modificación de ella en los siguientes términos:

"VI.—*Estabilidad.*—El Gobierno Municipal, a la firma de la Convención, como en anteriores Convenciones, dejará sin valor alguno la Cláusula de Reserva y el Contrato Presuntivo. Todo trabajador que haya cumplido el término de prueba no podrá ser despedido sino una vez que se ha comprobado lo que contemplan los artículos 62 y 63 del C. S. del Trabajo y ante autoridad competente".

En sustitución tanto de la solicitud original del Sindicato como de las modificaciones propuestas por sus representantes, el Municipio, por su parte, propuso el texto sustitutivo que dice:

"CLAUSULA SUSTITUTIVA QUE PRESENTA EL MUNICIPIO DE PASTO.—*Preaviso.—Término del Contrato de Trabajo y período de prueba.*—Teniendo en cuenta que la Convención Colectiva del Trabajo debe gobernar todas las estipulaciones que se pacten en los contratos individuales del mismo orden y que cada una de las cláusulas de aquella deben quedar expresamente convenidas en éstos, los contratos individuales de trabajo que se celebren con sujeción a las imposiciones de esta Convención Colectiva de Trabajo, se harán por escrito y por un tiempo indeterminado y se entenderán prorrogados en las mismas condiciones, por períodos iguales, de seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al Municipio con el consentimiento expreso o tácito de éste, después de la expiración del plazo presuntivo. Ello, no obstante, las partes se reservan expresamente la facultad de darlo por terminado en cualquier tiempo, mediante previo aviso dado por escrito al otro contratante con una anticipación no inferior a cincuenta (50) días.—Es entendido que podrá prescindirse del preaviso pagando al trabajador los salarios correspondientes al valor del período del preaviso. Asimismo, es entendido que son aplicables, en razón de lo dispuesto por los artículos 4º, 491 y 492 del C. S. del T., a los trabajadores del Municipio vinculados por contrato de trabajo, las disposiciones de la Ley 6ª y Decreto 2127 de 1945 y demás disposiciones concordantes sobre esta materia. En caso de no existir disposición especial para esta clase de trabajadores, se aplicarán las normas del C. S. del T.—Todo contrato laboral individual se extenderá por escrito de acuerdo a lo estipulado en la presente Convención Colectiva.—Los primeros dos meses de la prestación efectiva de servicios se entenderán como período de prueba. Este período podrá darse por terminado antes de su vencimiento, unilateralmente, en cualquier momento, sin previo aviso, por cualquiera de las partes. Durante el período de prueba y a la terminación unilateral de éste, el trabajador gozará de todas las prestaciones sociales, incluído el auxilio de cesantía. Expirados los dos meses de período de prueba, la prestación de servicio que subsista se regirá por las normas de esta cláusula".

De todo ello puede apreciarse que el motivo del conflicto fue el de la cláusula llamada de "estabilidad", el cual debía ser decidido por el Tribunal en la forma en que él considerara más ajustada a la equidad y a la ley, pues para ello tenía la competencia emanada de las ordenaciones legales para esta clase de conflictos y de las providencias ministeriales que le señalaron el objeto sobre el cual debía pronunciarse.—El punto sometido a la decisión arbitral fue aquel en que las partes no pudieron llegar a un acuerdo en la etapa de conciliación, es decir, el referente a la estabilidad. Respecto de él fue presentada por el Sindicato una petición para modificar la cláusula correspondiente de la Convención que venía rigiendo y el Municipio propuso una fórmula que no fue aceptada por los trabajadores. Ese diferendo fue el que se sometió a los árbitros, que, como se ha dicho antes, tenían perfecta capacidad jurisdiccional para proferir su fallo, teniendo en cuenta las ofertas consignadas en la propuesta del Municipio a través de su personero legal y las peticiones del Sindicato.

La declaración del Tribunal de que la cláusula cuarta de la Convención que fue denunciada oportunamente por el Sindicato precisamente pa-

ra ser modificada conforme al pliego de peticiones, "se encuentra vigente en todos y cada uno de sus ordenamientos, y hará parte de la Convención Colectiva que regulará las condiciones de trabajo entre el Municipio y sus trabajadores de Obras Públicas —cláusula sexta— por el término de un año a partir de la ejecutoria de este Laudo Arbitral", conlleva en sus propios términos la falta de decisión del problema de fondo sometido al arbitramento, es decir, lo que estaba *sub-judice*, porque declarar que la cláusula motivo del conflicto se encuentra vigente es tanto como dejar sin resolver el diferendo surgido entre las partes, en que se enfrentaron dos criterios sobre materia de tanta trascendencia para ambas, en cuya virtud surgió la controversia sometida a la decisión de los árbitros.

Por tanto, dándole aplicación al artículo 143 del C. P. L. la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decide devolver el negocio al mismo Tribunal, para que dicte el fallo que conforme a la ley debe proferir.

NOTIFIQUESE Y ENVIESE AL MINISTERIO DEL TRABAJO PARA EL CUMPLIMIENTO DE ESTA PROVIDENCIA.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DEMANDA DE RECONVENCION

La compensación.—Pueden compensarse las deudas de carácter civil o comercial, con las laborales, siempre que se hayan contraído durante la vigencia del contrato de trabajo y tan pronto este haya finalizado.—Si las deudas civiles o mercantiles no tienen relación directa o indirecta con el contrato de trabajo, la jurisdicción laboral no es competente para conocer de la compensación.

La Jurisprudencia de esta Sala ha considerado que pueden compensarse las deudas de carácter civil o comercial, con las laborales, siempre y cuando se hayan contraído durante la vigencia del contrato de trabajo, y una vez que este haya finalizado, pues no sería competente la jurisdicción del trabajo para compensar deudas civiles o mercantiles con deudas laborales, si aquellas no tienen su origen directa o indirectamente con el contrato de trabajo. (Según se desprende de la jurisprudencia contenida en el fallo de 10 de junio de 1965, Néstor Trujillo contra Cooperativa Telecom).—Si las deudas civiles o mercantiles no tienen relación directa o indirecta con el contrato de trabajo, la jurisdicción especial del trabajo no es competente para conocer de la compensación. No habiéndose contraído la deuda civil durante la vigencia del contrato de trabajo no es procedente declarar la compensación entre las deudas contraídas por las partes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., diez de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Proyectó: doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral).

OLIVERIO CARVAJAL REYES, por medio de apoderado, demandó a la "SOCIEDAD AGRICOLA DE LA INSULA LTDA.", domiciliada en Ibagué, en estado de liquidación, para que, previos los trámites de un juicio laboral de mayor cuantía, se le condene a pagarle: el auxilio de cesantía; las vacaciones correspondientes a los años de 1951, 1952 y 1953; el preaviso; el valor de los salarios correspondientes al término que faltaba para cumplirse el plazo presuntivo del contrato de trabajo y la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales.

Según los hechos de la demanda, Oliverio Carvajal Reyes ingresó al servicio de la "Sociedad Agrícola de la Insula Limitada" como administrador, el 26 de agosto de 1950, según contrato que le hizo Rafael Caicedo Espinosa y permaneció en sus labores hasta el 4 de octubre de 1953, fecha en que el señor Miguel Naged, socio de la firma, le notificó el despido. Durante los primeros meses devengó CUARENTA Y CINCO PESOS ($ 45.00) semanales, o sea CIENTO OCHENTA PESOS ($ 180.00) mensuales. Luégo su sueldo se fijó en SETENTA Y CINCO PESOS ($ 75.00) semanales; y con él duró cinco meses.—Por último, devengó CIEN PESOS ($ 100.00) semanales, o sea CUATROCIENTOS PESOS ($ 400.00) mensuales. En septiembre de 1952 Carvajal recibió 10 hectáreas de terreno para que las cultivara, suministrando la Sociedad el riego y la maquinaria; por el cultivo de ésta tierra, el trabajador recibió como utilidades la cantidad de TREINTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS ($ 39.851.00), o sea un promedio mensual de TRES MIL SESENTA Y CINCO PESOS, CUARENTA Y SEIS CENTAVOS ($ 3.065.46); el contrato de trabajo fue celebrado a término indefinido, y roto unilateralmente por la Sociedad, sin previo aviso y sin que se le hayan cancelado los salarios y prestaciones sociales que le adeudan.

Al contestar la demanda por medio de apoderado, la empresa demandada aceptó la existencia del vínculo laboral, pero señalando su comienzo en 23 de septiembre de 1950 y la finalización en 1º de octubre de 1953, o sea durante seis semestres y siete días, correspondiendo estos últimos días al tiempo que duró haciendo entrega de los elementos que tenía en su poder. En relación con el sueldo, manifestó que había sido de TRES-

CIENTOS PESOS ($ 300.00) desde el 23 de septiembre de 1950 hasta la primera quincena de 1952, y de allí en adelante, hasta el 23 de septiembre de 1953, de CUATROCIENTOS PESOS ($ 400.00).—Negó que la empresa demandada hubiera autorizado al demandante para cultivar 10 hectáreas de terreno dentro de la finca que explotaba, en calidad de sobresueldo, y que por lo tanto, los TREINTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS ($ 39.851.00) que declara haber recibido como utilidades, pertenecen a la sociedad demandada. Cuanto al despido, dice que desde agosto de 1953 la empresa manifestó al demandante que no prorrogaría el contrato de trabajo, cuyo término presuntivo vencía el 23 de septiembre del mismo año. Agrega que por pago de prestaciones Carvajal recibió la suma de UN MIL PESOS ($ 1.000.00) y que además, por concepto de sueldos, había recibido cantidades mayores, por lo cual estaban pagadas en exceso. Propuso la excepción perentoria de pago por compensación con fundamento en el hecho de que el valor de las prestaciones sociales y el preaviso asciende a UN MIL CUATROCIENTOS PESOS ($ 1.400.00) y Carvajal había recibido UN MIL CINCUENTA Y CINCO PESOS ($ 1.055.00) por mayor suma pagada por sueldos, y UN MIL PESOS ($ 1.000.00) en efectivo. Se opuso a las peticiones de la demanda, pues las únicas prestaciones a que pudiera tener derecho el demandante fueron pagadas con dinero que en mayor cantidad le entregó la sociedad a Carvajal.

Oportunamente la empresa demandada formuló demanda de reconvención, para que se condenara a Oliverio Carvajal Reyes a pagarle a la Sociedad Agrícola de la Insula Limitada, la cantidad de TREINTA Y SEIS MIL PESOS ($ 36.000.00) o lo que resulte probado en el juicio por concepto del valor de los trabajos de preparación y laboreo de tierras, recolección de cosechas y transporte de frutos ejecutados con maquinaria agrícola y vehículos de tracción mecánica, propiedad de la Sociedad, y parte del personal de trabajadores al servicio de la misma, en los lotes de terreno que se determinan en la demanda; la cantidad de TREINTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS ($ 39.851.00) que Carvajal Reyes confesó haber recibido por la explotación de una parcela de 10 hectáreas con cultivos de arroz durante trece meses dentro de la finca La Insula, y que el mismo Carvajal administraba como empleado al servicio de la Sociedad; y las costas del juicio.

Los hechos de la demanda de reconvención, en resumen, son los siguientes: Oliverio Carvajal, como administrador de los cultivos agrícolas de la Sociedad contrademandante, administraba todas las maquinarias de propiedad de dicha Sociedad destinadas a los cultivos, dirigía éstos y conseguía y pagaba a los trabajadores; en los años de 1952 y 1953 estableció cultivos de arroz por su propia cuenta en terrenos de propiedad de Eduardo Naged, de los hermanos Naged Jaramillo y de otros; en el laboreo de las tierras, así como para la recolección de las cosechas de arroz y para el transporte de los frutos, Carvajal usó maquinarias agrícolas de propiedad de la Sociedad Agrícola de la Insula Limitada, sin autorización de ésta; por la utilización de las maquinarias, Carvajal únicamente reconoció a la Sociedad demandada la suma de $ 3.404.00, adeudándole, por este concepto, la cantidad de $ 36.000.00, valor en que estima la empresa el uso de los vehículos de su propiedad y otras prestaciones. El mismo Carvajal, dentro de la finca La Insula, y según su propia confesión, estableció cultivos de arroz en extensión de 10 hectáreas, y obtuvo una utilidad líquida de $ 39.851.00, cantidad que no fue entregada a la Sociedad, no obstante que ella hizo el total de los gastos. Carvajal ha retenido indebidamente dicha suma, pues no existe causa legal para ello, ya que la empresa no le cedió esa parcela para que la cultivara como salario. Carvajal pudo usar las maquinarias y disponer del personal de trabajadores bajo sus órdenes, aprovechándose indebidamente de su relación laboral con la referida Sociedad, en cargo de confianza.

Al contestar la demanda de reconvención, Carvajal aceptó haber hecho los cultivos en terrenos de particulares, utilizando las maquinarias de la Sociedad, por autorización del gerente en ese entonces, señor Rafael Caicedo. También afirma que se le autorizó para cultivar tierras de la Sociedad, porque ésta consideró que debía subírsele el salario, reconociéndole el aumento en especie, por motivos de la violencia. Se opuso a las peticiones de la demanda de reconvención.

Tramitada la primera instancia por el Juez del Trabajo de Ibagué, quien conoció del juicio, se dictó sentencia cuya parte resolutiva dijo: "1º—Declárase la existencia de la excepción perentoria temporal de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, y en consecuencia, absuélvese a la Sociedad Agrícola

de la Insula Limitada, domiciliada en esta ciudad, de las peticiones de la demanda instaurada por Oliverio Carvajal Reyes por medio de apoderado. 2º—Absuélvese al señor Oliverio Carvajal Reyes de condiciones civiles conocidas y debidamente apoderado, de las peticiones de la demanda de reconvención interpuesta por el apoderado de la Sociedad Agrícola de la Insula Limitada. 3º—Sin costas".

Apeló el apoderado del demandante. El Tribunal, al resolver el recurso, REVOCO el fallo del juez *a-quo* y en su lugar hizo las siguientes condenaciones: 1º—CONDENASE a la Sociedad Agrícola de la Insula Limitada a pagar a Oliverio Carvajal Reyes la suma de $ 4.494.00 por concepto de cesantía. 2º—CONDENASE a la misma Sociedad a pagar a favor de Oliverio Carvajal Reyes, por concepto de VACACIONES, la suma de UN MIL SETENTA Y CINCO PESOS ($ 1.075.00) moneda legal. 3º—CONDENASE a la Sociedad ya dicha a pagar a favor de Oliverio Carvajal Reyes, por concepto del tiempo faltante para completar el plazo presuntivo de seis meses, la suma de SEIS MIL NOVECIENTOS DIEZ Y NUEVE PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS ($ 6.919.92) moneda legal. 4º—ABSUELVESE a la "Sociedad Agrícola de la Insula Limitada", de las demás peticiones de la demanda. 5º—DECLARASE improcedente la demanda de reconvención. 6º—No se declara probada la excepción de pago por compensación propuesta por el apoderado de la parte demandada. 7º—Sin costas".

Ambas partes interpusieron el recurso de casación, el cual fue concedido. Llegado el negocio a esta Superioridad, se admitió el recurso. Las partes formularon las respectivas demandas de casación, presentando cada una su oposición. Surtido el trámite legal, la Sala decidirá el recurso, estudiando en primer lugar la demanda de la parte demandada, por razones de método.

DEMANDA DE CASACION DE LA PARTE DEMANDADA

La impugnación pretende que se case la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué, y que convertida la Sala en Tribunal de instancia, confirme la de primer grado, en el sentido de absolver de las peticiones de la demanda del señor Oliverio Carvajal Reyes, a la Sociedad demandada. Con base en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo, formula tres cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

PRIMER CARGO

"Violación, por interpretación errónea, del artículo 25 del Código de Procedimiento del Trabajo, violación por cuyo medio infringió, por aplicación indebida, los artículos 64, 127, 129, 186, 189, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo. El Seccional interpuso erróneamente el artículo 25 del Código de Procedimiento del Trabajo al entender que el demandante, en materia de pruebas, no estaba obligado a hacer la enunciación específica y completa de cada una de las que se proponía utilizar en la litis. En virtud de esta interpretación errónea, el fallador de segunda instancia tuvo por bien decretadas las probanzas que el demandante solicitó en la primera audiencia de trámite, esto es, fuera de la oportunidad procesal correspondiente (folio 56, C. primero), y les asignó un mérito del cual carecen por completo legalmente". Cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en el fallo de junio 10 de 1955, y luégo agrega: "La interpretación errónea en que incurrió el Seccional respecto al artículo 25 del Código de Procedimiento del Trabajo, lo condujo al quebrantamiento de las normas sobre salario, lucro cesante, vacaciones y auxilio de cesantía, atrás reseñadas, en cuanto para hacer el cómputo respectivo se apoyó en pruebas que no podían estimarse".

Estima el opositor que el cargo está mal formulado, por cuanto el fallo del Tribunal no se refiere en ninguna parte a los requisitos exigidos para las demandas por el artículo 25 del C. P. L.; que la apreciación de pruebas no enunciadas en la demanda constituiría una indebida aplicación de los artículos 48, 51, 60, 61 y 79 del C. P. L., en relación con el 25; y debiéndose examinar el hecho de si la demanda relacionó o no todas las pruebas o algunas de ellas, el ataque no podrá ser por vía directa sino a través de errores de hecho.

SE CONSIDERA:

La acusación en el cargo que se estudia se hizo por interpretación errónea del artículo citado. Sin embargo, el Tribunal no hizo ningún razonamiento que permita deducir que le dio a dicha norma un alcance diferente al correcto. Si con fundamento en las pruebas irregularmente decretadas, dedujo la existencia de hechos que

incidieron en el fallo, la violación de las normas que consagran los derechos que reconoció se produciría en forma indirecta, al dar por demostrado esos hechos con medios probatorios que carecían de valor. No fue la interpretación del artículo 25 la que llevó al Tribunal a proferir las condenas contra el demandado, sino la comprobación que hizo de la existencia de ciertos hechos que daban nacimiento al derecho del demandante. Y si estos hechos no se encontraban probados, sea porque las pruebas legalmente producidas no los demostraban, o porque las que tuvo en cuenta el fallador fueron irregularmente producidas, la infracción sería indirecta, a través de errores de hecho. En consecuencia no prospera el cargo.

SEGUNDO CARGO

"Violación, por aplicación indebida, de los artículos 64, 127, 129, 186, 189, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de ostensible error de hecho en la apreciación de las pruebas. El error de hecho consiste: 1º—En dar por establecido, sin estarlo, que el tiempo de servicio del actor se extendió desde el 26 de agosto de 1950 hasta el 2 de octubre de 1953. 2º—En dar por establecido, sin estarlo, que el actor, además del salario mensual, tuvo derecho a la explotación agrícola de dos lotes de terreno, en su exclusivo provecho. 3º—En dar por establecido, sin estarlo, que el valor del arrendamiento de los referidos lotes fue de $ 1.050.00.— Las pruebas equivocadamente apreciadas son: los dictámenes periciales del señor SIXTO GONGORA (folios 105 a 111 C. primero), porque ni fueron solicitados oportunamente por el demandante, como lo exige el artículo 25 del Código de Procedimiento del Trabajo, ni el auto que dispuso su traslado a las partes se dictó en audiencia pública, según lo manda el artículo 42 del mismo Código. Por otra parte, el simple reconocimiento de los lotes por sus linderos, en manera alguna implica que la Sociedad le hubiese concedido derecho, a manera de salario en especie, a la explotación económica de los mismos lotes. Las pruebas no apreciadas son: a) Posiciones de los señores doctor RAFAEL CAICEDO ESPINOSA y don MIGUEL NAGED (folios 119 y 70); en las cuales dichos señores niegan que hubieran facultado al señor CARVAJAL para que cultivara cantidad alguna de tierra como sobresueldo; y b) La escritura pública del folio 39 en la que se fija el precio del arrendamiento de la tierra en un 20% del producto bruto de cada cosecha".

LA SALA CONSIDERA:

El Tribunal dio por demostrado el tiempo de servicio prestado por Oliverio Carvajal, con base en el dictamen pericial, la constancia dejada por el juzgado en la inspección ocular y el extracto de los libros de la Sociedad, sacado por el perito. El recurrente sólo señala como mal apreciado el dictamen pericial, pero omitió referirse a las otras pruebas en las cuales fundamentó el juzgador su decisión. No se ha demostrado, por lo tanto, el error de hecho, en relación con el tiempo de servicio.

Respecto a la remuneración consistente en la explotación agrícola de dos lotes de terreno, el Tribunal, contrariando toda técnica, se limitó a hacer la afirmación de que ese hecho se encontraba demostrado sin señalar las pruebas que lo llevaron a formarse esa convicción. Por tal motivo debe considerarse que para fundamentar su decisión, el sentenciador de segunda instancia tuvo en cuenta todas las pruebas aportadas al proceso. Al señalar el recurrente sólo dos pruebas como no apreciadas, omitió las demás que en una u otra forma se relacionaban con la explotación por parte de Carvajal, de unos lotes de terreno. Además, las pruebas que señala como erróneamente apreciadas o no apreciadas, no demuestran la existencia del error de hecho. Así, las posiciones absueltas por Rafael Caicedo Espinosa y Miguel Naged, sólo deben tomarse en lo desfavorable, pero no pueden considerarse en lo favorable para los absolventes sino cuando se trata de la indivisibilidad de la confesión, que no es el caso en estudio. Cuanto a la escritura pública que obra en folio 39, contiene un contrato de arrendamiento ante la empresa demandada y otros, que no pueden oponerse al demandante, quien para este efecto es un tercero. No se ha demostrado, por lo tanto, la existencia de un notorio error de hecho, pues en el juicio hay otras pruebas sobre la explotación que hizo Carvajal de unas parcelas, que no fueron enunciadas por el recurrente y las que señaló como no apreciadas o mal apreciadas, no tienen fuerza suficiente para desvirtuar la afirmación del Tribunal.

Para el valor de la remuneración consistente en la explotación de terrenos de la Sociedad, el Tribunal se basó en el dictamen pericial rendido por el señor Sixto Góngora. Sostiene el recurrente que esta prueba no ha debido estimarse, por no haber sido relacionada en la demanda, y no haberse dictado el auto de traslado en

audiencia pública. Cuanto al primer argumento, el perito Góngora rindió su dictamen sobre el valor de lo que producía la tierra explotada por Carvajal, en virtud de la ampliación decretada por el juez dentro de la inspección ocular, en ejercicio de la facultad que le concede el artículo 728 del Código Judicial, que consideró aplicable a los juicios laborales por analogía. Y aun cuando declara que no se trata de una nueva prueba, bien podía decretar ésta, al tenor de lo dispuesto en el artículo 54 del C. de P. L., pues consideró necesario el dictamen pericial sobre nuevos puntos para llegar "al convencimiento de la verdad que es precisamente la que se trata de establecer en esta diligencia", como lo dijo en su providencia. En relación con el hecho de no haberse dictado en audiencia pública el auto que concede el traslado del dictamen, es un argumento que sólo ahora es propuesto por el demandado, quien guardó silencio sobre el particular cuando le fue notificada la providencia que ordenó el traslado y durante la continuación del trámite de las instancias. Además de ser un medio nuevo improcedente en casación, se trata de un error in procedendo, no odmisible en el recurso extraordinario. Por las consideraciones expuestas, no prospera el cargo.

TERCER CARGO

"Violación, por aplicación indebida, de los artículos 64, 127, 129, 186, 189, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas. Y violación de los artículos 1714 y 1715 del C. C., por falta de aplicación y por el mismo concepto. El error de hecho consistió: 1º—En no dar por establecido, estándolo, que el demandante señor CARVAJAL, habiendo devengado únicamente un salario mensual, primero de $ 180.00, luégo de $ 300.00 y por último de $ 400.00, retiró semanalmente cantidades que en total, y mes por mes, excedieron a dichos salarios. 2º—En no dar por establecido, estándolo, que el señor CARVAJAL recibió del gerente de la Sociedad MIGUEL NAGED la suma de $ 1.000.00 por concepto distinto al pago de salarios y prima de servicios, suma que no fue devuelta por el actor. Las pruebas dejadas de apreciar son: a).—El libelo de demanda, puntos 5º, 6º y 7º; y b).—Las posiciones del señor CARVAJAL REYES (folio 153).—Las sumas recibidas de más por el trabajador, compensan sobradamente el valor del auxilio de cesantía que pudo corresponderle. La compensación en estos casos, tiene sólido fundamento legal, como en forma reiterada lo ha sostenido la jurisprudencia de casación del trabajo".

CONSIDERA:

I.—El Tribunal dedujo el valor del sueldo devengado por Oliverio Carvajal con base en la constancia dejada por el juzgado en la inspección ocular y el cuadro extractado por el perito. Dice textualmente el *ad-quem*:

"A los folios 109 a 111, aparece el dictamen del perito Sixto Góngora, que demuestra el tiempo trabajado y sueldo devengado por Oliverio Carvajal, al servicio de la "Sociedad Agrícola de la Insula Limitada".—Tanto la constancia del juzgado, como el cuadro extractado de los libros de la Sociedad por el perito que nombró el juzgado, coinciden en la fecha del ingreso de Oliverio Carvajal, como empleado de la Sociedad, así como el día de su retiro y el sueldo que devengó". Pero el impugnador señala, como no apreciados, los puntos 5º, 6º y 7º de la demanda, y omite indicar como mal apreciados los que tuvo en cuenta el *ad-quem*.

Como lo anota el opositor, al no haber invocado el recurrente como mal apreciadas las pruebas en que el sentenciador se funda para determinar lo pagado a Carvajal, queda en firme el fundamento principal del fallo. No se ha demostrado, pues, el error de hecho del Tribunal que le atribuye el recurrente.

II.—Al absolver la posición 16ª, que dice: "Diga el absolvente cómo es cierto, sí o no, que el señor Miguel Naged como gerente de la Sociedad Agrícola de la Insula Ltda. le entregó al absolvente la suma de $ 1.000.00 moneda corriente en cheque número 00211-001 de 17 de agosto de 1954, a cargo del Banco de Colombia, cheque que le fue pagado al absolvente por el mencionado Banco?" Carvajal Reyes contestó: "Sí, señor. Ese cheque me lo dio el señor Naged por esa suma, dinero éste que fue en calidad de préstamo".

La confesión del demandante demuestra que recibió un mil pesos de la empresa demandada en calidad de préstamo. Pero el error de hecho en que incurrió el Tribunal al no dar por demostrado el recibo de los mil pesos por parte de Carvajal, no produce la violación de la ley al no declarar compensada esa deuda con lo recibido por la empresa, por las razones siguientes: La suma le fue entregada a Carvajal Re-

yes en calidad de mutuo, un año después de haberse producido la terminación del contrato de trabajo. Se trataba, por lo tanto, de una operación civil o comercial, sin relación alguna, directa o indirecta, con el contrato de trabajo. La jurisprudencia de esta Sala ha considerado que pueden compensarse las deudas de carácter civil o comercial, con las laborales, siempre y cuando se hayan contraído durante la vigencia del contrato de trabajo, y una vez que éste haya finalizado, pues no sería competente la jurisdicción del trabajo para compensar deudas civiles o mercantiles con deudas laborales, si aquéllas no tienen su origen directa o indirectamente con el contrato de trabajo. Tal se desprende de la jurisprudencia contenida en fallo de 10 de junio de 1965, en donde dijo la Sala: "El préstamo que el patrono le hace al empleado, es una figura de la ley civil, y, en su caso, puede tener su causa en la mercantil. Se admite por la jurisprudencia en examen su compensación con deudas labores si fueron contraídas durante la vida del contrato y por razón del mismo". (Néstor Trujillo contra Cooperativa Telecom). Es decir, que si las deudas civiles o mercantiles no tiene relación directa o indirecta con el contrato de trabajo, la jurisdicción especial del trabajo no es competente para conocer de la compesación. Esta jurisprudencia fue reafirmada por la Sala en sentencia de 30 de julio de 1965: "La jurisprudencia del trabajo tiene recibida la doctrina de que es procedente la compensación de deudas entre trabajador y patrono, expirado el vínculo laboral, de acuerdo con las normas del Código Civil, si las contraídas en favor del empleador nacen a la vida legal durante la vida del contrato y tienen su origen en éste" (Ricardo Fernández contra la Sociedad Limitada "Expreso Suroeste", julio 30 de 1965). No habiéndose contraído la deuda civil durante la vigencia del contrato de trabajo, no es procedente declarar la compensación entre las deudas contraídas por las partes. No prospera el cargo.

DEMANDA DE CASACION DEL TRABAJADOR DEMANDANTE

Pretende que se case parcialmente la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué, en cuanto a los ordinales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 7º y a que como fallador de instancia, la Corte modifique la cuantía de las condenaciones de que tratan los tres primeros ordinales, por presuntivo, vacaciones y cesantía, y condene a la demandada al pago del saldo de las primas de servicio y al de la indemnización por mora, todo ello mediante revocación del ordinal 1º del fallo de primera instancia; confirme el ordinal 2º del mismo fallo de primera instancia, y condene a la demandada a las costas de ambas instancias y del recurso de casación.

Con base en la primera causal de casación formula cinco cargos, y un cargo con fundamento en la causal segunda. Se estudiarán en su orden.

PRIMER CARGO

"Por vía directa, el artículo 127 del C. S. T. por interpretación errónea y consecuencialmente, por aplicación indebida, los artículos 64, 186, 189, 249 y 253 del mismo estatuto, y por falta de aplicación los artículos 65 y 306 de dicho código. El sentenciador da por demostrados los extremos de duración del contrato, despido injusto, salario fijo semanal, derecho al alojamiento y no pago oportuno de prestaciones. Tampoco pone en duda que el derecho del actor a la explotación agrícola de dos lotes hace parte del salario, ni niega que, como lo admitieron ambas partes en las demandas principal y de reconvención, ese derecho se tradujo en una utilidad de $ 39.851.00 en los últimos trece meses de servicio. Esta cantidad (fuera de su salario fijo) fue, pues, la que recibió el trabajador como retribución de sus servicios. Pero arguye que es más lógico y equitativo en estos casos tomar el precio o canon de arrendamiento de los lotes explotados, en vez de la utilidad producida y percibida por el trabajador, para evitar el evento de que si no hay utilidad no hay salario computable o el de que éste pueda llegar a cifras exorbitantes. Esta interpretación del artículo 127 del C. S. T. es arbitraria, porque el texto de la norma es de gran claridad y no se presta a equívocos. El comisionista, cuyo salario consiste en comisión sobre las ventas, por ejemplo, corre el áleas de no recibir sino el "Salario mínimo" cuando no hay ventas o el de recibir altas sumas si las ventas son cuantiosas; lo mismo ocurre con el agente colocador de pólizas de seguro y en general con todos los salarios variables (participación en las utilidades, destajo, etc.). Pero desde que se demuestre la cifra precisa que el trabajador ha *recibido* por tales conceptos, no puede el fallador eludir su cómputo so pretexto de que es demasiado alta o demasiado exigua. Por ese error de interpretación de la cesantía, las vacaciones y la indemnización del lucro cesante no corresponde a la realidad, lo que indujo a la aplicación de las respectivas disposiciones en forma in-

debida (artículos 64 para el lucro cesante, 186 y 189 para las vacaciones, y 249 y 253 para la cesantía), y a dejar sin aplicar el artículo 306 del C. S. T. respecto de las primas de servicio y el 65 para los "salarios caídos" o indemnización por mora".

Según el opositor, es inadmisible la interpretación que el demandante recurrente le da al artículo 127 del C. S. del T., pues si el Tribunal Seccional incurrió en interpretación errónea, no fue por haber dejado de considerar como parte del salario la utilidad que obtuvo el actor, sino por haber incluído en el cómputo el precio del arrendamiento de los lotes explotados.

LA SALA CONSIDERA:

Dijo el Tribunal sobre la explotación de los lotes por parte de CARVAJAL: "Pero, en lo que hace relación a la cesantía no hay constancia de que se le haya pagado ni comprobante alguno que así lo demuestre, por tanto habrá de hacerse este reconocimiento teniendo en cuenta el último sueldo devengado, además de las especificaciones traídas por el artículo 127 del C. S. del Trabajo, el cual dice: 'Constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero, en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario de las horas extras, valor de trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, comisiones o participación de utilidades'. Está demostrado que el señor Oliverio Carvajal, además de su sueldo mensual o semanal, tenía por su cuenta dos lotes de terreno en los que cultivaba arroz, y según las voces del artículo citado 'constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios', por tanto hay que entender que esos ingresos provenientes de la explotación de esos lotes de tierra para su solo aprovechamiento, constituían una remuneración o sobresueldo, al que ya tenía como fijo. En la inspección ocular verificada por el Juzgado del Trabajo de Ibagué el 3 de noviembre de 1955, y que aparece a los folios 81 a 85, el juzgado reconoció los lotes en donde tuvo cultivos Oliverio Carvajal y más exactamente al folio 83 vto., aparece la identificación de dichos lotes, sobre los cuales en la misma diligencia, se nombró por el juzgado al perito Sixto Góngora, a fin de que rindiera un informe o dictamen sobre el producto de esas tierras y el valor de su arrendamiento. A los folios 105 a 107, aparece el dictamen del perito Góngora, quien teniendo en cuenta los factores de localidad, calidad y demás pormenores, calculó la producción de cada lote por cosecha y el valor eventual del arendamiento por uno de ellos, resultando un valor total por concepto de arrendamineto mensual, en la suma de $ 1.050.00. Valor éste que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la cesantía, o sea el canon de arrendamiento y no el producto bruto o líquido de esos lotes, porque lo más lógico y equitativo es tomar una norma o pauta segura, como lo es el precio del arrendamiento por ser invariablemente el mismo, y no estarse a la eventualidad del rendimiento de esas tierras que en algunos casos puede dar pérdidas y en otros producir exorbitantes ganancias; en el primero de los casos no habría lugar a computarlo como sobresueldo puesto que no hubo sino pérdidas, en el segundo resultaría un sobresueldo superiorísimo al que venía devengando como sueldo fijo, resultando ser lo accesorio superior a lo principal. Así que lo más justo para sortear estos escollos es optar por el canon de arrendamiento para deducir el posible sueldo mensual y obtenido éste, hacer las liquidaciones de las prestaciones sociales, conformadas de acuerdo con ese resultado".

Claramente se observa que el Tribunal interpretó correctamente el artículo 127 del C. S. del T., pues considera que constituyó salario lo recibido por el trabajador en especie, que implique retribución de servicios. Si estimó que el valor de esa retribución en el caso en estudio, debía fijarse teniendo en cuenta el dictamen pericial y no la confesión del demandado, tal decisión no se fundamenta en una interpretación errónea del artículo citado, que no señala la forma como deben avaluarse las retribuciones en especie, o los servicios o beneficios que concede el patrón a sus trabajadores. La estimación del valor de este salario, es, por consiguiente, una cuestión de hecho, ajena a la acusación por interpretación errónea. No prospera el cargo.

SEGUNDO CARGO

"Por vía directa, el artículo 127 del C. S. T. por aplicación indebida y el 129 ibidem por falta de aplicación, y como consecuencia de ello, por aplicación también indebida, los artículos 64, 186, 189, 249 y 253 del mismo estatuto, y por falta de aplicación los artículos 65 y 306 de dicho Código (Subsidiario del cargo anterior).—Si

la H. Corte no entiende que el sentenciador incurrió en una interpretación equivocada de la norma que define los elementos integrantes del salario, estaremos entonces en presencia de una franca rebeldía contra el texto diáfano de esa disposición que lleva a su aplicación en forma distinta de como allí se prescribe, como también a dejar de aplicar el artículo 129 sobre salarios en especie.—Y consecuencialmente, producidas aquellas infracciones, vinieron a quedar indebidamente aplicadas (por basarse en un salario muy inferior al percibido) los preceptos sobre lucro cesante (a. 64), vacaciones (186 y 189) y cesantía (249 y 253), y a quedar sin aplicación alguna los que regulan las primas (306) y los salarios caídos (65)".

SE CONSIDERA:

El Tribunal no actuó en rebeldía contra el artículo 127 del C. S. del T., pues como ya se vio, lo aplicó a un hecho que encontró demostrado; es decir, consideró que constituía salario, de acuerdo con lo dispuesto en la norma citada, la explotación de dos lotes de terreno por parte de Carvajal. El avalúo de la retribución, se repite, es una cuestión de hecho, que no tiene cabida en las acusaciones por infracción directa. Cuanto a la violación del artículo 129 del C. S. del T., esta norma señala algunas modalidades del salario en especie, y la forma de valorarlo cuando no se ha fijado su valor en el contrato de trabajo. Así es que en el entendimiento de que la retribución recibida por Carvajal y a que se ha venido haciendo referencia, constituye salario en especie, el Tribunal aplicó el artículo 129 del C. S. T., por cuanto a falta de fijación en el contrato de trabajo, estimó su cuantía a través de la prueba pericial, que es el procedimiento indicado por la citada norma. No prospera el cargo.

TERCER CARGO

"Por vía indirecta, el artículo 127 del C. S. T. por aplicación indebida y el 129 ibidem por falta de aplicación, como consecuencia de evidentes errores de hecho por equivocada apreciación de unas pruebas; lo cual condujo a la aplicación indebida de los artículos 64, 186, 189, 249 y 253 del mismo estatuto, y a dejar sin aplicar los artículos 65 y 306 de dicho Código.—Las pruebas mal apreciadas son la demanda principal y su contestación, la de reconvención y su respuesta, las inspecciones oculares en los libros y planillas y en los lotes explotados por el actor (especialmente las de fs. 86 a 87, 81 a 85) y los peritazgos de fs. 105 a 114. Los errores de hecho son: a).—No dar por demostrado, estándolo, que el último salario fijo fue de $ 433.33 mensuales en vez de $ 400.00 mensuales; b).—Dar por demostrado, sin estarlo, que lo percibido por el trabajador en razón de su derecho de explotación de dos lotes fue apenas la suma de $ 1.050.00 mensuales, y c).—No dar por demostrado, estándolo, que por concepto de la explotación de los dos lotes el actor percibió realmente, durante los últimos trece meses de servicio, $ 39.851.00 de utilidad. Este cargo es subsidiario de los anteriores.

"En realidad, el sentenciador admite que las inspecciones oculares y los peritazgos demuestran que el último salario *semanal* era de $ 100.00; pero para deducir el salario mensual fijo multiplica por 4. Lo exacto es multiplicar 52 semanas para saber el salario anual y dividirlo por 12 para averiguar el promedio mensual. También admite que ambas partes han confesado en las demandas que la utilidad que *recibió* el actor en los últimos trece meses por la explotación de los dos lotes fue de $ 39.851.00. Pero no obstante esa evidencia probatoria, aplica como promedio de utilidad la equivalente a un hipotético arrendamiento de esos lotes. Los errores de hecho consecuenciales a tan desalumbrada apreciación, no pueden ser más evidentes. Y al tomarse arbitrariamente una base de liquidación inferior a la real, es obvio que cae el sentenciador en la aplicación indebida de las normas del C. S. T. reguladoras del lucro cesante (64), de las vacaciones (186 y 189) y de la cesantía (249 y 253), y en la falta de aplicación de las que rigen las primas de servicio (306) y los salarios caídos (65)".

SE CONSIDERA:

I.—El Tribunal dio por demostrado que el sueldo semanal de Carvajal era de $ 100.00, "lo que arroja un salario o sueldo mensual de $ 400.00. Este último período fue de un año siete meses y diez y siete días".

Esta misma confusión entre sueldo semanal y mensual está contenida en la demanda principal, pues en el hecho 7º se dice: "Por último, la Sociedad pactó con mi cliente la suma de cien pesos ($ 100.00) semanales, o sea la cantidad de cuatrocientos pesos ($ 400.00) mensuales, como retribución de sus servicios de administrador;

cantidad ésta que se prolongó hasta terminar el contrato". Al contestar este hecho, la empresa demandada manifestó: "De conformidad con las planillas que confeccionó el mismo demandante, el sueldo de éste fue desde el 23 de septiembre de 1950 hasta la primera quincena de 1952 de $ 300.00 *mensuales;* y de allí en adelante, hasta el 23 de septiembre de 1953, de $ 400.00 mensuales. En la inspección ocular se constató lo siguiente: "En la planilla del 23 al 29 de septiembre de mil novecientos cincuenta aparece la siguiente constancia firmada por el gerente de la empresa y el demandante Carvajal: 'A partir de la presente semana queda ganando un sueldo mensual de $ 30.00'. Así, pues, a partir de la mentada planilla, el demandante Carvajal aparece recibiendo en cada una de las posteriores, esto es, semanalmente, y hasta el 15 de febrero de mil novecientos cincuenta y dos, la suma de setenta y cinco pesos ($ 75.00) moneda corriente; de allí en adelante, es decir, a partir del dieciséis de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, hasta la planilla comprendida entre el veintiséis de septiembre y el dos de octubre de mil novecientos cincuenta y tres, inclusive, aparece recibiendo Carvajal Reyes la suma de cien pesos ($ 100.00) en cada planilla, semanalmente". Ante estas diferencias, bien podía considerar el Tribunal que el sueldo era mensual, como confiesa el demandado, y teniendo en cuenta la intención de las partes, que inicialmente señalaron un sueldo mensual de $ 300.00. A esta misma conclusión llegó el perito Góngora.

Lo anterior se reafirma con la aceptación hecha en confesión por el demandante al responder a las preguntas 1ª y 2ª del pliego de posiciones que absolvió, que dicen así:

"1ª—Diga el absolvente cómo es cierto, sí o no, que en el segundo semestre del año de 1950 el absolvente fue contratado por el doctor Raafel Caicedo Espinosa, obrando éste como gerente de la Sociedad Agrícola de la Insula Ltda., para prestarle sus servicios a la citada Sociedad, como empleado de manejo, en calidad de administrador de la empresa agrícola de cultivos de arroz que la misma sociedad tenía establecida en la hacienda La Insula, en el Municipio de Lérida, con un sueldo mensual de $ 300.00, sueldo que posteriormente le fue aumentado a la cantidad de $ 400.00 mensuales?.—CONTESTO:—Sí señor, es cierto.—Leída la aprobó.—"2ª—Diga el absolvente cómo es cierto, sí o no, que en calidad de administrador de la citada empresa de cultivos de arroz en la hacienda La Insula, como empleado de manejo de la Sociedad Agrícola de La Insula Ltda., tenía las siguientes funciones: a)—Dirigir y disponer los trabajos de laboreos de tierras, siembras, riegos, recolección y transporte; b)—Cuidar y administrar el buldózer, la combinada, los tractores, arados, rastrillos y demás maquinaria agrícola que le fue entregada por la sociedad patronal con destino a dichos cultivos y también una volqueta y una zorra de propiedad de la misma Sociedad destinadas a transportes en los mismos cultivos; c)—Adquirir y distribuír gasolina, tractorina, aceites y grasas para dichas maquinarias; d)—Contratar el personal de trabajadores, asignarles salario y disponer los trabajos que éstos debían realizar; e)—Elaborar semanalmente las planillas de jornales para el pago de los trabajadores; f)—En general, toda la labor administrativa de los referidos cultivos de arroz, como representante de dicha sociedad patronal en la empresa agrícola mencionada?. CONTESTO:—Sí, señor, es cierto.—Leída la aprobó". Así es que al liquidar las prestaciones e indemnizaciones con base en un sueldo mensual, no incurrió el Tribunal en error evidente.

II.—En relación con el avalúo del beneficio que recibió el demandante por la explotación de los lotes de terreno, éste manifestó en el hecho noveno de la demanda, que por el cultivo de esas tierras había tenido una ganancia de $ 39.851.00 o sea un promedio de $ 3.065.46 mensuales, durante los trece meses que lo explotó. Al contestar este hecho dijo el apoderado del demandado: "Lo anotado en este punto contiene una confesión sobre el producto líquido de las cosechas de las 10 hectáreas que dice el demandante haber beneficiado en su provecho, o sea que obtuvo una utilidad de $ 39.851.00. A este respecto aparece con esta confesión que el demandante obtuvo en su provecho un beneficio que pertenecía a los fondos de la Sociedad, confiados a su administración percibiendo una cantidad de dinero que está en mora de reintegrar a la Sociedad, por lo cual se formula con otros reclamos, *demanda de reconvención*. Por lo demás se emite un concepto que está totalmente reñido con la realidad y con el concepto de salario de conformidad con la doctrina del Código Sustantivo del Trabajo".

En los hechos 13 y 14 de la demanda de reconvención dijo el contrademandante: "El mismo demandado Carvajal, dentro de la finca La Insula de que trata el hecho 1º y que él admi-

nistraba como empleado de la Sociedad demandante, según lo ha confesado en el punto 9º de los hechos de su demanda principal que motiva esta demanda de reconvención y en extensión de 10 hectáreas, estableció cultivos de arroz obtuvo en 13 meses una utilidad líquida de $ 39.851.00 en cantidad que no fue entregada por Carvajal a la citada Sociedad Agrícola de La Insula Limitada, no obstante que esta Sociedad hizo el total de los gastos que ocasionaron los mismos cultivos tanto con trabajos de maquinaria como con el pago de servicios de agua para riegos y de planillas de jornales. El demandado Carvajal ha retenido indebidamente la indicada suma de $ 39.851.00 de que trata el punto anterior, cuando no existe causa legal para que pueda apropiarse de ella, ya que la Sociedad no le cedió esa parcela para que la cultivara como salario en especie, ni a ninguno otro título, ni su gerente tenía autorización para destinar parcelas a los trabajadores en concepto de bonificaciones, gratificaciones o salario adicional; y consiguientemente dicho demandado Carvajal se encuentra en mora de hacer la entrega de dicha cantidad de $ 39.851.00 a la Sociedad demandante".

No tuvo en cuenta el Tribunal las afirmaciones del demandado contenidas en la contestación a la demanda y en los hechos de la demanda de reconvención, respecto a las utilidades recibidas por Carvajal al explotar las tierras de propiedad de la Sociedad demandada, y para avaluar el beneficio que derivaba de la dicha explotación tomó el valor que dio el perito Góngora al arrendamiento de las parcelas. Consideró el Tribunal que en esta forma procedía en forma más lógica y equitativa. La manifestación del demandado al contestar la demanda y lo apreciado en los hechos de la demanda de reconvención sobre la presunta utilidad de $ 39.851.00 se funda en el supuesto de ser cierto lo afirmado por el demandante de que obtuvo esa utilidad y que fue como sobresueldo. Ahora bien: en los juicios laborales el fallador goza de autonomía para apreciar las pruebas, puede, por lo tanto, darle preferencia a cualquiera de ellas, sin sujeción a la tarifa legal. Así es que al estimar el dictamen pericial, y desestimar la afirmación del demandante, actuó dentro de las normas y principios que rigen el libre convencimiento, pues hizo una crítica racional de los dos medios probatorios. Si a esto se agrega que la única prueba que existe sobre la cuantía de las utilidades recibidas por Carvajal, es la afirmación del demandante y la réplica bajo ese supuesto por la demandada y al contrademandar bien podía el Tribunal, atendiendo la conducta procesal de esa parte, y la indivisibilidad de la confesión, no señalar como valor de la retribución la cuantía de las supuestas utilidades obtenidas por Carvajal en la explotación de los terrenos, señalado por el perito como precio del arrendamiento, lo cual, por otra parte, está de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 129 del C. S. del T., que señala el procedimiento para avaluar el salario en especie cuando no se ha señalado su valor en el contrato de trabajo. Así es que no incurrió el Tribunal en error de hecho al fijar como valor del salario consistente en la explotación de las tierras, la cantidad de $ 1.050.00, estimada por el perito.

CUARTO CARGO

"Directamente y por interpretación errónea, el artículo 65 del C. S. T., independientemente de las cuestiones de hecho, el sentenciador entiende el artículo 65, sobre indemnización moratoria, en el sentido de que basta cualquier supuesta duda patronal respecto de la claridad en la cuantía de la deuda por prestaciones, para que sea lícito no pagar ni consignar judicialmente ni un centavo".

SE CONSIDERA:

El Tribunal absolvió al demandado de la obligación de pagar la indemnización moratoria, por cuanto consideró que no se había demostrado la mala fe de la Sociedad demandada, por no ser suficientemente claras las prestaciones a cuyo pago se la condenó.

Cita en apoyo de sus conclusiones apartes del fallo de 3 de noviembre de 1955, dictado por el Tribunal Supremo del Trabajo. A juicio de la Sala, el sentenciador de segunda instancia interpretó correctamente el artículo 65 del C. S. del T., al exonerar al patrono del pago de la indemnización por no haberse demostrado su mala fe en mora en el pago, pues ésta es la interpretación que ha dado la jurisprudencia. Si el Tribunal llegó a esa convicción, fundada en las pruebas del proceso, no es procedente la acusación por interpretación errónea, ajena a las cuestiones de hecho.

QUINTO CARGO

"Directamente y por falta de aplicación, el artículo 65 del C. S. T. (Subsidiario del anterior).

Si tal no fue la interpretación que le dio el sentenciador a la norma citada, entonces lisa y llanamente se rebela contra ella al dejar de aplicar a un caso en que él mismo da por demostrado que no hubo razón para la retención de la cesantía y las vacaciones y que éstas no fueron pagadas ni lo han sido hasta el día de hoy".

SE CONSIDERA:

El Tribunal se abstuvo de aplicar el artículo 65 del C. S. del T., por haber llegado al convencimiento de que el demandado obró de buena fe al no pagar las prestaciones sociales, por no ser éstas suficientemente claras, siguiendo así el criterio trazado por la jurisprudencia al fijar el alcance de esta disposición. De modo que no ignoró, ni desconoció la sentencia lo preceptuado en el citado artículo. Si existió o no la buena fe, es cuestión de hecho, cuyo estudio es improcedente en la acusación por infracción directa. No prospera el cargo.

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION LABORAL

"Con base en esta segunda causal (art. 87 del C. P. L.) acuso la referida sentencia porque el único apelante, que fue el actor, resultó ABSUELTO de la demanda de reconvención. En cambio, la sentencia acusada REVOCA ESA ABSOLUCION y en su lugar declara improcedente dicha demanda de reconvención, so pretexto de que correspondería a la Justicia Civil conocer de la misma. El pretexto es inválido, porque las acusaciones de la reconvención se relacionan con el contrato de trabajo y por tanto caen bajo la jurisdicción de los jueces del trabajo (art. 2º del C. P. L.). Pero aunque así no fuera, no le era lícito al Tribunal de Apelación perjudicar la posición del UNICO APELANTE, al cambiar una absolución que hace tránsito a cosa juzgada por una declaración de "improcedencia" que permitiría a la Sociedad demandada reiniciar sus ataques por otra vía contra ese único apelante".

SE CONSIDERA:

Como bien lo anota el recurrente, el Juez de primer grado absolvió a Oliverio Carvajal Reyes de las peticiones de la demanda de reconvención interpuesta por el apoderado de la Sociedad Agrícola de La Insula Limitada. De la sentencia de primer grado apeló únicamente el demandante. El Tribunal revocó la sentencia de primera instancia, y en lo relativo a la demanda de reconvención, la declaró improcedente. Fundamentó esta decisión con base en que las peticiones de la demanda de reconvención serían de competencia de la justicia ordinaria y no de la laboral. Alega el opositor que la sentencia de segundo grado, lejos de hacer peor la situación del demandante, que apeló de la primera, se la mejora notablemente, porque condenó a la Sociedad al pago de cesantía, vacaciones y lucro cesante, a tiempo que el *a-quo* no lo hizo, por haber encontrado probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada.

Como lo ha dicho la jurisprudencia, el mecanismo de la causal segunda de casación laboral no requiere demostraciones diferentes a que la sentencia hubiese hecho más gravosa la situación de la parte que apeló del fallo de primera instancia o en cuyo favor fue surtida la consulta. Ahora bien: en el presente juicio se estudiaron dos demandas: la presentada por Carvajal y la de reconvención propuesta por la parte demandada. La decisión del *a-quo* sobre la primera fue desfavorable al apelante, puesto que declaró la existencia de la excepción perentoria temporal de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada; no así la decisión sobre la segunda, que le fue totalmente favorable, por cuanto lo absolvió de los cargos del libelo de reconvención.

A través del recurso de apelación, el Juzgador de segunda instancia debía pronunciarse sobre lo desfavorable al apelante, y no modificar la decisión que le fue favorable. Y obvio que se agrava la situación de una parte que fue absuelta, si se modifica esta decisión por la declaratoria de improcedencia de la acción, por ser incompetente la jurisdicción laboral.

En realidad no puede hablarse de que se hizo más gravosa su situación desde el punto de vista económico, pero si procesalmente, pues en el caso de la absolución se le evita comparecer a otro juicio, no así cuando no se estudia el fondo del asunto por incompetencia, que deja las puertas abiertas para que la acción sea nuevamente intentada.

No entra la Sala, por razones obvias, a estudiar cuál de las dos decisiones, si las del *a-quo* o las del *ad-quem* está más ajustada a las normas legales, pues basta, como ya se dijo, que se demuestre la extralimitación de la jurisdicción

por parte del Juzgador de segunda instancia, que le fue determinada por el recurso de apelación, para que prospere el cargo. En consecuencia, se casará parcialmente la sentencia en la parte que hizo más gravosa la situación del apelante, y se confirmará la decisión del Juez de primer grado.

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 Seccional del Trabajo de Ibagué, en cuanto declara improcedente la demanda de reconvención, y en función de instancia confirma la sentencia de primer grado del Juez del Trabajo de Ibagué, en la parte que absuelve a Oliverio Carvajal Reyes de la demanda de reconvención interpuesta por el apoderado de la Sociedad Agrícola La Insula Limitada. No la casa en lo demás.

Costas del recurso en un cincuenta por ciento (50%) a cargo del demandado recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DETERMINACION DE LA CUANTIA DE LA ACCION

Requisitos de procedibilidad.—La cuantía de la acción no determina la procedencia o improcedencia del recurso, sólo fija la competencia del juez de instancia.—La naturaleza de la acción no es el único requisito del procedimiento en el recurso, sino también el interés de orden económico que mueva a interponerlo.—Supervivencia probable de una persona.

Si bien acierta la Corporación falladora al entender que la cuantía de la acción, según la estime el demandante en el libelo, no es factor que pueda tomarse en cuenta para determinar la procedencia o improcedencia del recurso, pues su objeto es tan sólo fijar la competencia del Juez de Instancia sin que lo vincule para otros efectos, yerra, en cambio, al considerar que para otorgarlo debe atenerse solamente a la naturaleza de la acción incoada, con prescindencia de cualquier monto o cuantía. Por el contrario, conforme al artículo 59 del Decreto 528 de 1964 —cuyo texto pasó por alto la Sala falladora—, las sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de distrito judicial sólo son susceptibles del recurso cuando "la cuantía del interés para recurrir sea o exceda de treinta mil pesos". No es, por tanto, la naturaleza de la acción el único requisito de procedibilidad para el recurso, como equivocadamente lo entiende el Tribunal de instancia, sino también el interés de orden económico que mueva a interponerlo.

Juicio número 3193 (Procedencia Tribunal de Barranquilla). — Ordinario laboral de Galileo Fiorillo Pérez c/. la Empresa "Jaar & Cía.". (SE ADMITE EL RECURSO DE CASACION).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

Contra el fallo proferido por el Tribunal de Barranquilla en el juicio ordinario laboral de GALILEO FIORILLO PAEZ contra JAAR & CIA., que confirma el absolutorio de primera instancia, el actor interpone recurso de casación que le fue concedido por la Sala sentenciadora con fundamento en que "la estimación de la cuantía de la acción no es factor determinante para los efectos del recurso de casación sino la naturaleza del juicio, o causa de éste".

Si bien acierta la corporación falladora al entender que la cuantía de la acción, según la estime el demandante en el libelo, no es factor que pueda tomarse en cuenta para determinar la procedencia o improcedencia del recurso, pues su objeto es tan sólo fijar la competencia del Juez de instancia sin que lo vincule para otros efectos, yerra, en cambio, al considerar que para otorgarlo debe atenerse solamente a la naturaleza de la acción incoada, con prescindencia de cualquier monto o cuantía. Por el contrario, conforme al art. 59 del Decreto 528 de 1964 —cuyo texto pasó por alto la Sala falladora—, las sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial sólo son susceptibles del recurso cuando "la cuantía del interés para recurrir sea o exceda de treinta mil pesos". No es, por tanto, la naturaleza de la acción el único requisito de procedibilidad para el recurso, como equivocadamente lo entiende el Tribunal de instancia, sino también el interés de orden económico que mueva a interponerlo.

En el caso presente el recurso es admisible, mas no solamente por el motivo en que el Tribunal se apoyó para otorgarlo, sino porque además de tratarse de sentencia definitiva pronunciada en juicio ordinario por un Tribunal de Distrio Judicial, el interés que el recurrente tiene para acudir ante la Corte excede de los treinta mil pesos. Ese interés está representado en este caso por el monto de lo que el trabajador pudiera percibir por concepto de la pensión de jubi-

lación que reclama, en los años que le quedan de vida.

En la imposibilidad de prever en forma siquiera aproximada el tiempo de duración de una persona, la Corte ha admitido en ya numerosos fallos la aplicación de tablas de supervivencia calculadas con base en datos estadísticos, como uno de los métodos más apropiados para establecer esa duración conforme a un razonable cálculo de probabilidades. En las acogidas por las compañías de seguros para Colombia, donde el promedio de la vida humana es inferior al de zonas de mayor desarrollo y más favorables condiciones naturales, a la edad del demandante cuando se extinguió la relación de trabajo (cincuenta y nueve años) corresponden doce noventa y cinco años de supervivencia probable, durante los cuales el demandante habría de disfrutar de los nueve mil seiscientos pesos anuales de pensión jubilatoria de prosperar el recurso, interés que notoriamente excede de treinta mil pesos.

En consecuencia, se admite el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en este negocio.

COPIESE, NOTIFIQUESE E INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL.*

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION

Sustitución patronal.—El derecho del trabajador a la pensión jubilatoria no se altera porque no exista unidad entre las diversas personas jurídicas que hayan explotado sucesivamente el mismo negocio.—El cambio de la persona natural o jurídica en la explotación de la actividad económica identifica, no cambia por sí sola la empresa.—Deficiencias técnicas en la apreciación de los elementos probatorios.

Establecida la identidad de empresa, el cambio sucesivo de patronos al sucederse las tres compañías en la explotación de los mismos negocios, aún con interrupciones de alguna consideración en los servicios y la celebración de diversos contratos de trabajo, no elimina la responsabilidad del patrono a cuyo servicio estaba el trabajador al adquirir el derecho a la pensión, ni excluye tal derecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., veintitrés de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

Por intermedio de apoderado la "COMPAÑIA FRUTERA DE SEVILLA" interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil y Laboral, el veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro, en el juicio ordinario de RICARDO MANJARRES contra la nombrada Compañía.

La litis se trabó a raíz de la demanda para el reconocimiento de pensión jubilatoria por más de veinte años de servicios prestados por Manjarrés sucesivamente a la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla. El Juez Unico del Trabajo de Santa Marta condenó a la demandada al pago de la pensión y el Tribunal confirmó el fallo de primer grado.

Oportunamente se sustentó el recurso extraordinario con la respectiva demanda. No se presentó escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

El acusador pretende que la sentencia impugnada se case totalmente y que, como consecuencia, la Corte, actuando como Tribunal de instancia, revoque el fallo de primer grado y absuelva a la Compañía demandada de los cargos de la demanda.

LA ACUSACION

Con base en la causal primera del artículo 87 del C. de P. L., el recurrente formula dos cargos que se examinan a continuación.

PRIMER CARGO

Se presenta por "violación directa, por interpretación errónea del artículo 194 del C. S. T. e infracción consecuencial, por aplicación indebida de los artículos 67, 68, 69, 70, 259, 260, 273 ibidem y por falta de aplicación del artículo 16 en conexidad con el 490 de la misma obra".

Al desarrollar el cargo, el impugnador examina y comenta el contenido del artículo 194 del C. S. del T. en los siguientes términos:

"Tres (3) son los elementos que integran la noción de empresa, conforme a la aludida definición:

"a).—Una o varias unidades de explotación económica;

"b).—Dependencia de una misma persona natural o jurídica; y

"c).—Trabajadores al servicio de tales unidades, en actividades económicas similares, conexas o complementarias".

Después de expresar que la declaración de la unidad de empresa está confiada por el mismo artículo comentado al Ministerio del Trabajo y el intérprete no puede contrariar la definición dada por el Legislador, agrega:

"Expresa y nítidamente se exige en la referida definición, que la unidad o unidades de explotación económica dependan, no de varias, sino "de una misma persona natural o jurídica". ¿Por qué? Porque dentro del ordenamiento jurídico colombiano, solamente las personas naturales o jurídicas adquieren responsabilidad obligacional. Una unidad de explotación económica, por sí sola, rigurosamente considerada en el plano legal, no puede adquirir derechos ni obligarse. Sólo podrá hacerlo su propietario.

"Desvincular de la noción de empresa al titular del derecho de dominio sobre el bien económico, inevitablemente, conduce a la conclusión de que las cosas son sujetos de derecho, teoría fundamentalmente inadmisible. Por ello, acertadamente el mexicano García Maynez ha podido afirmar: "Entre una persona y una cosa no puede existir un vínculo jurídico; semejante relación carecería de sentido. Por definición, todo derecho es un vínculo entre personas. Es este un axioma inquebrantable, la verdad elemental en que se funda toda la ciencia del derecho". (E. García Maynez: "Introduc. al Estudio del Derecho; pág. 210).

"Por manera que, si para los fines jurídico-laborales se desarticula de la noción de empresa la persona jurídica o natural, no solamente se rechaza un elemento integrante de la significación imperativa del legislador, sino se atribuye capacidad obligacional a una cosa o bien económico.

"El Tribunal Superior de Santa Marta, en el fallo acusado, cometió el nombrado error hermenéutico, al fijar el alcance de la norma contenida en el artículo 194 del C. S. T. Atribuyó personalidad jurídica a una o varias unidades de explotación económica, cuando expresa que se debe prescindir de si pertenecen a una misma persona natural o jurídica". Luégo el acusador vincula el quebrantamiento por errónea interpretación del artículo 194 del C. S. del T. con el de las normas sobre sustitución patronal y pensión jubilatoria que cita en la formulación del cargo y con el del artículo 16 del mismo Código sobre irretroactividad de las disposiciones legales de naturaleza laboral. El argumento sobre la violación de este último mandato legal se basa en que los servicios a la United Fruit Company y a la Magdalena Fruit Company, sin continuidad con los prestados a la Compañía Frutera de Sevilla, determinan situaciones definidas y consumadas conforme a normas legales anteriores a las que crearon la pensión de jubilación.

Se estudia el cargo:

El impugnador plantea su acusación por quebrantamiento directo de normas sustanciales de orden legal, en los conceptos de interpretación errónea del artículo 194 del C. S. del T. y de aplicación indebida de los artículos del mismo Código sobre sustitución patronal y pensión jubilatoria, así como en el de falta de aplicación del artículo 16 ibidem. Las violaciones de las otras normas citadas serían consecuencia de la errónea interpretación del artículo 194. Por esta circunstancia, el recurrente se extiende en las consideraciones ya transcritas en su parte principal sobre el sentido de la definición que de empresa da tal artículo del Código, para concluír que el Tribunal aplicó un criterio equivocado sobre tal definición y que por esa razón atribuyó personalidad jurídica "a una cosa o bien económico" al desvincular la noción de empresa del titular del derecho de dominio sobre el bien económico, cuando una unidad de explotación económica no puede, por sí sola, adquirir derechos ni obligaciones.

Se presenta, pues, la acusación, en forma ajena a toda cuestión de hecho y dentro del plano exclusivo de la conducta del juez frente al mandato legal.

Al estudiarse la motivación del *ad-quem* para su decisión en el punto relativo a la identidad de empresa, se ve que realizó un prolijo examen de elementos probatorios, entre ellos ocho testimonios, el acta de inspección ocular y la respuesta dada por la sociedad demandada a la demanda, en la cual respuesta acepta que es cierto que la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla se sustituyeron sucesivamente en sus negocios, aunque expresa que no es cierto que constituyan una sola empresa. Y luégo de transcribir literalmente la definición del artículo 194 del C. S. del T. agrega que "en la unidad de empresa continúa el desarrollo de los negocios que antes existían; presta los mismos servicios el trabajador; las mismas actividades como antes y los trabajadores continúan laborando en la mis-

ma forma como lo venían haciendo en la empresa anterior. Concretando: que en las empresas haya unidad de explotación económica con las mismas actividades y el trabajador elabore en las mismas ocupaciones que antes tenía.

"Si varias empresas en forma sucesiva se dedican a producir cierto género de artículos para el mercado, con esto indican que se ocupan en la explotación del mismo negocio y por ello la última empresa tiene que atender las prestaciones sociales de los trabajadores que sirvieron en todas ellas, ya que han tenido el mismo género de actividades económicas y ha habido unidad económica de producción".

En estas consideraciones, el Tribunal sólo hace referencia a los factores de hecho que definen la empresa. Finalmente, después de ese examen probatorio y de la transcripción y comentario de la definición de empresa del artículo legal, concluye: "De las declaraciones de testigos, que en parte se transcribieron, se desprende que las actividades económicas de la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla eran las mismas, o sean los mismos negocios, compra de bananos para la exportación, venta de mercancías en los Comisariatos tanto para los empleados como para el público en general, es decir, una verdadera unidad de empresa. Y el actor prestó los servicios en el ramo de mercancías".

Se ve así que la identidad empresarial la estableció el fallador mediante la comprobación de circunstancias puramente de hecho, demostradas con las pruebas que analizó y según las cuales llegó a la convicción de que la unidad de explotación económica a que estuvo vinculado el trabajador demandante y que perteneció sucesivamente a las tres compañías que se han nombrado, fue idéntica. Con lo cual no se trató de un juicio sobre el contenido mismo de un mandato legal, sino sobre la existencia de una cuestión de hecho como lo es la identidad en la explotación económica realizada por las tres sociedades sucesivamente. Por ello, la presentación del cargo como violación por vía directa de la ley no corresponde al tratamiento que el juzgador *ad-quem* dio a la situación litigiosa. La aplicación de las disposiciones ha sido el resultado de una apreciación de elementos probatorios sobre circunstancias de hecho.

El cargo, por consiguiente, no prospera.

SEGUNDO CARGO

Por medio de este cargo, el recurrente acusa la sentencia del Tribunal "por infracción de los artículos 194, 67, 68, 69, 70, 259, 260 y 273 del C. S. T. por aplicación indebida y de los artículos 16 y 490 de la misma obra, a consecuencia de manifiestos errores de hecho y de derecho. Los dos últimos por falta de aplicación".

Señala como errores:

"a).—El error de derecho consistente en dar por demostrada la existencia de las personas jurídicas United Fruit Company y Magdalena Fruit Company, que no fueron demandadas, con medios de pruebas distintas de los solemnes exigidos por la ley.

"b).—Dar por demostrado, sin estarlo, que las actividades en que se ocupó el actor corresponden a una sola "unidad económica" o a varias unidades de explotación económica dependientes de una misma persona natural o jurídica.

"c).—Dar por demostrado, sin estarlo, que la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla son una misma persona jurídica.

"d).—No dar por demostrado, estándolo, que la situación jurídica entre el actor y la United Fruit Company quedó definida o consumada el 30 de junio de 1934; con la Magdalena Fruit Company el 17 de noviembre de 1935; y que la situación surgida con la Compañía Frutera de Sevilla el 21 de mayo de 1948 es distinta de las dos primeras".

Se indica como pruebas no apreciadas por el sentenciador el escrito de demanda (fl. 2), el documento en que consta el contrato de trabajo (fl. 7), los documentos sobre liquidación de prestaciones del actor (fls. 30 a 35), el acta de inspección ocular (fls. 58 a 60 y 63 a 67), los testimonios de Juan Manuel Fergusson y Rodrigo Alfonso Correa (fls. 72 y 73) y de Luis Perdomo (fl. 77) y el certificado de la Superintendencia de Sociedades Anónimas (fl. 79). Y expresa que esas mismas pruebas fueron objeto "en otros aspectos" de equivocada apreciación.

Para demostrar los errores cometidos por la falta de apreciación y la equivocada estimación de los elementos probatorios que singulariza, el impugnador hace el siguiente razonamiento:

"A pesar de los testimonios de Juan Manuel Fergusson, Rodrigo A. Correa y Luis Francisco

Perdomo acerca de la clausura de actividades y licenciamiento de personal por parte de la United Fruit Company y por la Magdalena Fruit Company el juzgador da por demostrado que la actividad fue una misma, dependiente de una misma empresa, personificada en la Compañía Frutera de Sevilla.

"Tanto de la demanda, como de la inspección ocular y el contrato de trabajo aparece que el demandante celebró un contrato de trabajo que se ejecutó con la Compañía Frutera de Sevilla desde el 21 de mayo de 1948 hasta el 31 de enero de 1961, persona jurídica enteramente diferente de la United Fruit Company y de la Magdalena Fruit Company, a cuyo servicio laboró. Sin embargo de tal hecho, el sentenciador, por omisión valorativa, concluye en que el demandante laboró en la misma actividad y que las tres sociedades son una misma persona jurídica.

"No fue siquiera suficiente el hecho, expresado por el fallador, de que trece (13) años seis (6) meses después de haber servido el actor a la Magdalena Fruit Company al ingresar el 21 de mayo de 1948 a órdenes de la Compañía Frutera de Sevilla, hubiera ejecutado un contrato de trabajo totalmente aislado e independiente de los dos que muchos años antes rigieron con las sociedades United Fruit Company y Magdalena Fruit Company que pagaron todos los derechos a que las obligaba la legislación vigente en ese entonces".

Concluye, finalmente, que tales errores indujeron al sentenciador a violar las disposiciones que señala en el cargo, relativas a la definición de empresa, la sustitución patronal, la pensión de jubilación, la irretroactividad de las leyes de carácter laboral y la vigencia de las normas del C. S. del T.

Se estudia el cargo:

Como se expresó en parte al estudiar el primer cargo, el Tribunal para llegar a la conclusión sobre la unidad de empresa hizo el examen de diversos elementos probatorios. Fueron ellos: a).—La respuesta dada por la Compañía demandada a la demanda, hecho primero, en que manifiesta: "1º—Es cierto que la United Fruit Company fue sustituída en sus negocios por la Magdalena Fruit Company; y ésta lo fue por la Compañía Frutera de Sevilla; pero no es cierto y lo niego que las tres empresas constituyan una sola empresa; b).—Los testimonios de Juan Manuel Fergusson Gómez (fl. 99), Ricardo González Cotes (fls. 100 a 101), Víctor Jiménez (fls. 89 a 90), Ricardo Vengoechea (fls. 90 a 92) y Juan Urbina (fls. 92 a 94; c).—La inspección ocular. Y aunque algunos de los deponentes dicen que la Magdalena Fruit Company suspendió sus actividades de cultivo y exportación de banano en 1942 y no las reanudó nuevamente, sino que fueron asumidas luégo por la Compañía Frutera de Sevilla a mediados de 1947 (testimonios de Fergusson Gómez, Correa, Perdomo Charris y González Cotes), los demás coinciden en declarar que el giro de los negocios de la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla (que se sucedieron en los negocios según confesión de la demandada), y que las actividades económicas de estas sociedades fueron no solamente el cultivo y exportación de banano sino la importación y venta de mercancías, esta última a la cual estuvo vinculado como trabajador el demandante en juicio. El *ad-quem*, entonces, dando crédito a estos testimonios, a la respuesta al hecho primero de la demanda y al indicio constituído por la conservación de los archivos de las tres compañías por la Frutera de Sevilla, según se estableció en la inspección ocular, concluyó que existió una identidad en la explotación económica a que las tres sociedades se dedicaron sucesivamente. Ahora bien: tal identidad es una cuestión de hecho que se establece por las pruebas analizadas por el fallador, y los testimonios que hablan de la suspensión del cultivo y exportación de banano por la Magdalena Fruit Company, sucesora de la United y sucedida por la Frutera de Sevilla, y la reanudación ya por esta última de esa actividad, a más de la relativa a la importación y venta de mercancías, no altera el fenómeno de la identidad empresarial. Porque el cambio de la persona natural o jurídica en la explotación de la actividad económica idéntica no cambia por sí sola la empresa. No hubo por ello la falta de apreciación de las pruebas que indica el impugnador, porque a casi todas hace referencia el fallador en su sentencia, ni tampoco equivocada apreciación de las mismas "en otros aspectos", pues aparece claro tanto de la respuesta dada por la Compañía al hecho primero de la demanda como de la mayor parte de los testimonios y de la conservación de los archivos de las tres sociedades comprobada en la inspección ocular, que ha sido una misma la empresa a la cual estuvo vinculado el trabajador demandante en juicio, como lo dice el *ad-quem* cuando concluye:

"De las declaraciones de testigos, que en parte se transcribieron, se desprende que las actividades económicas de la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla eran las mismas, o sean los mismos negocios, compra de bananos para la exportación, venta de mercancías en los Comisariatos tanto para los empleados como para el público en general, es decir, una verdadera unidad de empresa. Y el actor prestó los servicios en el ramo de mercancías".

Por otro lado, establecida la identidad de empresa, el cambio sucesivo de patronos al sucederse las tres compañías en la explotación de los mismos negocios, aún con interrupciones de alguna consideración en los servicios y la celebración de diversos contratos de trabajo, no elimina la responsabilidad del patrono a cuyo servicio estaba el trabajador al adquirir el derecho a la pensión ni excluye tal derecho, como lo expresa también el Tribunal con cita de una antigua jurisprudencia de la Corte. Este fenómeno, ya con la situación mucho más claramente definida por el artículo 260 del C. S. del T., ha dado lugar a repetidas sentencias de esta Sala que lo aclaran suficientemente. Entre ellas cabe citar la muy reciente de fecha ocho de octubre del presente año, al decidir el recurso en que fueron partes Thomas Sánchez o Bicento Thomas Plantijn y la misma Compañía Frutera de Sevilla. Son apartes de este fallo:

"Según lo reiterado por esta Sala, lo que se exige para el nacimiento del derecho a la pensión jubilatoria del trabajador es el servicio por el tiempo legal "a una misma empresa" con el capital requerido, no importa que la unidad de explotación económica —como en el caso presente— haya pasado de la propiedad de una persona natural o jurídica a otra y que existan sucesivos traspasos.—El patrono (que es la persona natural o jurídica) a cuyo servicio esté el trabajador cuando cumpla los requisitos de edad y tiempo de trabajo que generan el derecho a la pensión tiene la obligación de reconocerlo y hacerse cargo del pago correspondiente. En estas condiciones, no tiene ninguna influencia sobre esta conclusión la circunstancia de que no exista unidad entre las diversas personas jurídicas que han explotado sucesivamente un mismo negocio, y que subsistan y coexistan algunas de ellas. Y aunque en algunos casos pueda producirse el fenómeno de la sustitución patronal porque los servicios de un trabajador se mantengan dentro de un mismo contrato de trabajo, no terminado por el cambio de propietarios o explotadres de una misma empresa, es lo cierto que este fenómeno jurídico laboral no entra en la generación del derecho a la pensión, ni tampoco en su exclusión cuando la sustitución no se presenta por la no unidad del contrato de trabajo. Lo determinante, como ya se vio, es la unidad de explotación económica mantenida durante los servicios continuos o discontinuos del trabajador, con cambio de patrono o sin él, e igualmente, el mantenimiento de las mismas varias unidades pertenecientes a una persona natural o jurídica (que es el patrono), así cambie esta persona como propietaria de ellas. Establecida la identidad en la unidad de explotación económica o en las varias unidades dependientes de un mismo propietario o explotador, se encuentra el objeto sobre el cual opera el factor servido para que el derecho del trabajador tenga la causa eficiente. Lo demás consiste solamente, una vez cumplidas las condiciones legales, en localizar el sujeto de la obligación, ese sí necesariamente persona natural o jurídica, que será quien explote el negocio cuando al trabajador se le consolide el derecho".

Por estas razones, no tenía ningún efecto decisorio como prueba el certificado de la Cámara de Comercio de Santa Marta que el acusador dice no haberse apreciado por el Tribunal, ya que no se niega por éste la existencia de las tres compañías varias veces nombradas, como personas jurídicas diferentes.

Se ve, conforme a lo dicho antes, que el Tribunal no incurrió en los errores probatorios que anota el acusador y que, por ello, no hubo la violación consecuencial de las disposiciones sustanciales que se citan en el cargo. Este, en consecuencia, no puede prosperar.

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.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE. INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESCRIPCION

Configuración jurídica de la aplicación indebida de una norma.—Sus modalidades.—Aplicar una norma legal es "trasladar a un caso particular y concreto la decisión contenida en una regla abstracta".—Igualdad de condiciones salariales entre el trabajador colombiano y el extranjero, cuando desempeñan en una misma empresa, funciones o labores equivalentes.—Los artículos 74, inciso 2º y 143 del C.S. del T., no tienen en cuenta la importancia relativa de funciones desiguales, sino solamente la igualdad de funciones.

1.—Ampliar jurisprudencialmente el principio de "a trabajo igual, salario igual", consagrado en los arts. 74, inciso 2º y 143 del C.S.T., en forma que la igualdad salarial pueda decretarse también cuando las funciones, aunque desiguales, sean de la misma importancia o categoría, o la tengan mayor las del trabajador peor retribuído, no podría hacerse sin solucionar previamente intrincados problemas, como el de la determinación de un criterio objetivo con qué evaluar esa importancia o categoría, y el de la manera de probarla.—Dentro de un régimen de libre empresa, sólo el patrono puede calificar la importancia que para él tengan las distintas actividades de sus trabajadores. Y si con ánimo simplista se dijera que la mayor o menor importancia de una labor es fácil de determinar, atendiendo a los beneficios que reporta a la empresa, sería desconocer las grandes dificultades que en la práctica se presentan para fijar la incidencia que sobre las utilidades tienen las diversas tareas en que se descompone todo complejo empresarial.

2.—Aplicar una norma legal "es trasladar a un caso particular y concreto la decisión contenida en una regla abstracta". La decisión de la regla o imperativo jurídico es la de que todas las veces que en la práctica acaezca su hecho jurídico o caso de la ley debe darse vida a su consecuencia, y naturalmente, en forma plena. Pues toda regla jurídica representa un juicio hipotético que relaciona una situación de hecho condicionante (el hecho jurídico o caso de la ley) a una situación de hecho condicionada (la consecuencia), en forma análoga a como en el mundo de la naturaleza la causalidad enlaza un hecho con otro (Kelsen. Teoría para el Derecho). De aquí pues, que se diga que un juez aplica indebidamente una norma cuando provee a la realización de una consecuencia sin que aparezca probado el hecho jurídico de la misma; y también cuando, establecido plenamente el hecho jurídico, no provee a la realización cabal y completa de la consecuencia. Por tanto, la pretensión de un litigante sobre haberse aplicado indebidamente una norma por no haber decretado el juzgador la íntegra realización de la consecuencia, solo será atendible si ha tenido lugar su situación de hecho condicionante a hecho jurídico. Y es claro que si este hecho es complejo, integrado por diversos factores, todos éstos deberán estar acreditados para que pueda hablarse de su acaecimiento, y, por consiguiente, pueda darse vida a la consecuencia.

Se vió que el art. 74, ordinal 2º, del C.S.T. contempla la desigualdad de salarios y la igualdad de funciones, y no propiamente el factor importancia o categoría de estas últimas. Es decir, el hecho jurídico de tal norma está constituído exclusivamente por la igualdad de funciones y la desigualdad de salarios. Su consecuencia que deberá decretarse al comprobarse el hecho jurídico es ésta: El sueldo del colombiano debe igualarse respecto al del extranjero mejor retribuído.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., veintitrés de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau).

En libelo que queda radicado en el Juzgado Séptimo del Circuito del Trabajo de Bogotá, EDUARDO BONITTO DE LA MAZA demanda a la sociedad "GRACE & CO. (COLOMBIA) S. A.", pidiendo sea condenada a pagarle las siguientes sumas de dinero: "a) NUEVE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA (sic) y DOS NOVENTA Y TRES DOLARES (US$ 9.252.93)

y CINCO MIL CINCUENTA Y CINCO PESOS ($ 5.055.00) por concepto de sueldos dejados de percibir desde el 14 de septiembre del año de 1955 a 31 de diciembre del año de 1958, o su equivalente en pesos colombianos al tipo del cambio del día.—b) DIECISEIS MIL TRESCIENTOS DOLARES (US$ 16.300.00) por concepto de diferencia de bonificación entre las bonificaciones recibidas por Bonitto y el primer Vicepresidente y el TERCER Vicepresidente de la Compañía demandada, o su equivalente en moneda colombiana al tipo del cambio del día.—c) VEINTE MIL NOVECIENTOS UNO CON SETENTA Y DOS DOLARES (US$ 20.901.72) y DOCE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE CON TREINTA Y TRES PESOS ($ 12.479.33), por concepto de liquidación de auxilio de cesantía del 28 de enero del año de 1947 hasta el 31 de diciembre del año de 1958.—d) UN MIL CIEN DOLARES (US$ 1.100.00) por concepto de un auxilio especial que da la Compañía a sus empleados para adquirir automóvil.—e) Las costas del presente juicio.—Y, f) La indemnización correspondiente a la mora por no haber la Compañía depositado oportunamente la totalidad de las prestaciones a que mi mandante tiene derecho".

Todo con base en la afirmación, en síntesis, de haber desempeñado en la Sociedad demandada empleos de igual o superior categoría al de trabajadores extranjeros que eran mejor remunerados. Como fundamentos de derecho citó de manera especial los artículos 74 y 143 del C. S. T.

El juzgado condenó a la demandada a pagar diversas sumas a título de diferencia de salarios y subsidios, y de reajuste de cesantía, más el 50% de las costas, absolviendo por lo demás. Consideró, en suma, que el demandante había desempeñado en la empresa labores equiparables a las del señor Henry Russel Goode, tercer Vicepresidente.

Apelada por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá falló de la siguiente manera:

Declara probada "la excepción de prescripción propuesta en esta segunda instancia por el apoderado de la Compañía "Grace y Cía. (Colombia) S. A.", respecto de los salarios dejados de pagar que correspondan a tiempo anterior al catorce (14) de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), y que no fueron pedidos en la demanda, conforme a la parte motiva de esta sentencia".

Reduce a $ 12.000.00 m/cte. la condena por diferencia de salarios;

Confirma la condena a pagar $ 2.400.00 m/cte. como diferencia de subsidio de costo de la vida;

Aumenta a $ 3.113.17 la condena por concepto de reajuste del auxilio de cesantía;

Adiciona el fallo apelado en el sentido de condenar también al pago de $ 5.321.80 como diferencia en la bonificación que recibía el demandante en dólares;

Confirma la absolución por los demás cargos y la condena en costas.

La fundamentación del Tribunal reza: "El apoderado del demandante, al sustentar su apelación, pide que al determinar el monto de los salarios y bonificaciones que correspondían a Bonitto, no se le equipare a lo que recibió el Tercer Vicepresidente, sino que se hagan los reajustes correspondientes colocándolo en un medio proporcional entre lo que devengó el Primer Vicepresidente y lo que recibió el Tercero.

"No encuentra el Tribunal asidero jurídico a esta petición, pues no hay base para estimar que por ser el Primer Vicepresidente superior a Bonitto y el Tercero inferior, las funciones del demandante equivalgan al justo medio entre las de los otros dos. Por otra parte, la determinación del salario que a Bonitto pudiera corresponder en las circunstancias que pretende su apoderado, en que no se le equipare a otro funcionario de la Compañía, sino que en cuanto a la entidad de sus funciones se le ubique en el preciso medio de la diferencia entre las de su inmediato superior y las de su inmediato inferior, no puede ser materia de un simple promedio aritmético de las asignaciones entre uno y otro; tal determinación no podría hacerse sino en forma pericial, con base en el estudio pormenorizado y comparación de las funciones a cargo de cada uno de los tres funcionarios, para poder fijar así, dentro de una escala de asignaciones, la ubicación que correspondería al Segundo Vicepresidente.

'Por tanto, no es procedente acceder a la solicitud del apoderado del actor.

"Ya en cuanto al estudio que hizo el juez *a-quo* para equiparar la retribución del Segundo Vicepresidente a la del Tercero, el Tribunal la comparte. Debiendo, sí advertir, que no es el simple hecho de la mayor o menor amplitud de los poderes generales de cada uno de los tres funcionarios lo que conduce a la decisión adoptada por el juez de primer grado.

"A las razones que él da, deben agregarse las siguientes:

"La simple denominación de los cargos de Presidente, primero, segundo y tercer Vicepresidente, implica de hecho una mayor categoría de funciones que va decreciendo del Presidente al Tercer Vicepresidente, pues a ninguna otra cosa pueden obedecer esos nombres de Primero, Segundo y Tercer Vicepresidente.

"Podría hasta pensarse en que las funciones de uno y otro Vicepresidente fuesen iguales, mas es absurdo creer que el Tercer Vicepresidente tenga funciones de mayor categoría que el Segundo.

"Ahora, que ese orden de precedencia entre los tres Vicepresidentes obedece a una escala de jerarquía y superioridad de funciones entre ellos, lo demuestra la forma misma como los cargos fueron creados y las atribuciones que en los Estatutos de la Sociedad se les dieron.

"En efecto, la creación de estos cargos se hizo por la Asamblea General de Accionistas el 10 de mayo de 1955. (fls. 17 y ss.) en los siguientes términos:

"Créanse los cargos de Presidente, Vicepresidente y Gerentes Seccionales, en sustitución de los cargos de Gerente de la Sociedad, suplentes de éste y administradores de las sucursales, respectivamente.

"Y en virtud de esta reforma, el artículo 19 de los Estatutos quedó así: (fl. 18 vto.):

"Artículo Décimo-noveno.—La Junta Directiva designará al Presidente de la Sociedad dentro de los miembros y designará los Vicepresidentes que considere necesarios que no podrán ser menos de dos en ningún caso, quienes no necesitan ser miembros de la Junta Directiva, los cuales reemplazarán en su orden al Presidente en sus faltas absolutas, temporales o accidentales.

"Todo lo anterior indica en forma fehaciente que sí había prevalencia entre los cargos de Vicepresidente, toda vez que el primero tenía preferencia sobre los otros dos para ocupar la Presidencia y el segundo sobre el tercero, el cual sólo en defecto de los otros dos podía servirla".

Las razones del juzgado, que el Tribunal compartió con salvedades, son del siguiente tenor:

"En el caso *sub-judice* aparece que la demanda se basa en el hecho de que las labores ejecutadas por el señor Eduardo Bonitto de la Maza eran exclusivamente de representación y dirección, al igual que las prestadas por los señores Jan Van Delft y Henry Russell Goode, alegándose por consiguiente que tenía la misma categoría e iguales funciones que el Primer y Tercer Vicepresidente de la Sociedad "Grace y Compañía (Colombia) S. A.", y que por tanto, tenía derecho a devengar igual salario y gozar en igualdad de condiciones de las demás ventajas de orden económico y social que la Compañía concedió a esos otros servidores.

"Para determinar si el actor tenía dentro de la Sociedad demandada las mismas funciones, categoría y responsabilidades que los señores Jan Van Delft y Henry Russell Goode, sólo hay en el conjunto de pruebas allegadas al expediente, algunas que, sin lugar a dudas, aportan valiosos elementos de juicio, como son las afirmaciones hechas por el Presidente de la Grace y Compañía (Colombia) S. A. en el interrogatorio libre efectuado el 24 de febrero del año en curso (folios 118 a 122), la declaración rendida por el demandante Eduardo Bonitto de la Maza el 21 de enero de este año (folios 106 a 114) y los poderes otorgados por escrituras públicas 2.693 de 10 de octubre de 1955, de la Notaría Tercera del Circuito de Bogotá; 439 de 7 de marzo de 1952 y 2.038 de 17 de septiembre de 1952, ambas de la Notaría Quinta de Bogotá.

"De acuerdo con tales pruebas, se establece que tanto el señor Jan Van Delft como los señores Eduardo Bonitto de la Maza y Henry Russell Goode, tenían fuera de las labores propiamente administrativas, otras que aparecen detalladas en los respectivos contratos de mandato, los cuales deben considerarse en este fallo, toda vez que de ordinario suelen integrarse con otros u otros contratos como los de sociedad y los de trabajo, más regularmente con estos últimos, como sucede en el caso de autos, y que por ello el artículo 25 del Código Sustantivo Laboral, regula el caso en que el contrato de trabajo exista en concurrencia con otro u otros contratos, ya sean del mismo o de diverso género.

"Del análisis comparativo de estos tres poderes, solamente el correspondiente al señor Henry Russell Goode es sumamente limitado, hasta el punto de no poder ejecutar por decisión propia ninguna de las funciones en él estipuladas, sino que tenía que actuar siempre conjuntamente con otro de los mandatarios, cosa que no ocurría con los otros dos Vicepresidentes (señores

Jan Van Delft y Eduardo Bonitto de la Maza), quienes sí tenían un amplio margen de autonomía en el ejercicio de la mayor parte de sus funciones. En cambio, entre los poderes de los Vicepresidentes Van Delft y Bonitto de la Maza, se establece una situación de igualdad, dado que la amplitud de las facultades otorgadas a ambos es, a grandes rasgos, la misma, con diferencias que no pasan de ser de simple detalle o de redacción, aparte de algunas de cierta importancia, las cuales en última instancia vienen a favorecer la posición del actor.

"Según las facultades atribuídas en los poderes a los Vicepresidentes de la Sociedad "Grace y Compañía (Colombia) S. A." y las funciones administrativas que dentro de la misma organización ejercían los señores Jan Van Delft, Eduardo Bonittto de la Maza y Henry Russell Goode, se tiene que, tanto por la denominación de los cargos desempeñados por éstos, como por la calidad de las facultades concedidas a los mismos, sus labores eran funciones de representación y dirección, las cuales son esencialmente de orden intelectual y es cuando menos ingenuo tratar de someterlas a un patron de medida invariable tanto cualitativa como cuantitativamente. Cabe a este respecto citar el concepto de algunos tratadistas, como el de Cabanellas, expresado en el sentido de que "el esfuerzo muscular o intelectual no resulta mensurable con precisión", concepto muy acertado por cuanto que la ejecución de una labor, bien sea en el orden intelectual o en el físico, requiere una determinada cantidad de energía, que será mayor o menor relativamente al sujeto de la acción y a sus condiciones intrínsecas, esto es, al hombre. Empero, pese a todas las dudas que apreciaciones de este orden puedan crear en la mente del intérprete, no se puede aceptar que las dificultades en la aplicación de la norma puedan llegar a hacerla nugatoria en la realidad por impracticables y no es posible creer que el legislador se hubiera propuesto promulgar el principio de que se ha venido hablando o el de "a trabajo igual, salario igual" para que fuera aplicable sólo a aquellos casos absolutamente concretos tanto cualitativa como cuantitativamente, porque si así fuera la ley perdería sus caracteres esenciales de generalidad, para hacerse casuista y anticientífica. La aplicación de las leyes del trabajo no debe hacerse con exactitudes matemáticas, ya que la naturaleza humana que las inspira y justifica no es susceptible de tales sistemas de mensura y es imperativo darles la elasticidad y adaptabilidad suficientes a fin de que ninguna situación pueda quedar sin la debida protección jurídica y, sobre todo, para que quien tiene el poder económico no pueda defraudar los legítimos intereses de quien solamente posee la fuerza de trabajo, máxime si se atiende que el Derecho del Trabajo es un derecho esencialmente protector del trabajador, y que el espíritu que lo inspira e informa no es otro que la búsqueda constante de la justicia en las relaciones entre patronos y trabajadores, dentro de una amplia concepción de equilibrio económico y solidaridad social...

"También debe tenerse en cuenta que en ocasiones el señor Eduardo Bonitto de la Maza devengó un salario superior al del señor Henry Russell Goode y en otras igual, aun cuando en la mayor parte del tiempo fue menor, según se pudo verificar en la diligencia de inspección ocular realizada en este negocio. En efecto, al principio la diferencia del salario fue de $ 200.00, pero de junio 1º de 1955 al último de marzo de 1956, el señor Bonitto de la Maza percibió un salario superior al del señor Henry Russell Goode, luego éste pasó a ganar $ 100.00 más y nuevamente el actor, a partir de agosto 1º de 1957 a septiembre último del mismo año, disfrutó de igual salario; solamente a partir de esta fecha se presentaron aumentos al salario del señor Henry Russell Goode y el de Eduardo Bonitto de la Maza continuó siendo el mismo.

"Esta sola circunstancia demuestra claramente que la Sociedad demandada consideraba que el señor Eduardo Bonitto de la Maza y el señor Henry Russell Goode, desarrollaban labores equiparables.

"Respecto a las labores que ejecutaba el señor Jan Van Delft frente a la de los señores Eduardo Bonitto de la Maza y Henry Russell Goode, ellas sí no son equiparables, por cuanto el actor admite expresamente en las posiciones que absolvió el 13 de abril del año pasado (folios 58 a 63) y en el interrogatorio libre realizado el 21 de enero de este año, que aquél "se encuentra casi a la altura del Presidente de la Grace (Colombia) S. A.", por desempeñar varias de las funciones administrativas que le corresponden a éste y por ello lo consideraba su superior.

"Por consiguiente, este Despacho considera que el señor Eduardo Bonitto de la Maza como Segundo Vicepresidente de la Sociedad demandada, tiene derecho a que se le coloque dentro de la relación de trabajo en igualdad de situación jurídica que al Tercer Vicepresidente, señor

Henry Russell Goode, por cuanto sus funciones y actividades dentro de la Compañía eran de igual categoría a las de éste".

Autorizando las dos motivaciones aparece claro que, no obstante haber entendido el Tribunal que la igualdad de condiciones salariales preceptuada por el artículo 74, inciso 2º, del C. S. T., debe decretarse cuando el funcionario extranjero y el colombiano desempeñan funciones iguales, dio aplicación a dicha norma, comparando las funciones del demandante —Segundo Vicepresidente— con las del Tercer Vicepresidente de la empresa, no porque hubiera hallado iguales las funciones que uno y otro desempeñaban, sino porque consideró que, aunque desiguales, las del nacional eran de mayor importancia o categoría que las del extranjero. Y esa mayor importancia la dedujo principalmente de la jerarquización que encontró en la denominación de los cargos y en la precedencia que al mismo tiempo conllevaban en cuanto a la aptitud para reemplazar al Presidente.

Ambas partes recurren en casación contra el proveído del Tribunal.

EL RECURSO DEL DEMANDANTE

Aduce la causal primera del artículo 87 del C. P. L. y formula cuatro cargos. Sobre el alcance de la impugnación expresa en la parte final de la demanda que "no puede ser otro sino el que la sentencia pronunciada... sea revocada para, en su lugar, sea casada en el sentido de que la condena se ciña a las consideraciones y comprobaciones expuestas en la presente demanda".

PRIMER CARGO

"Violación del inciso segundo del artículo 74 del C S. T., en armonía con el artículo 143 de la misma obra proveniente de apreciación errónea y falta de apreciación de algunas pruebas.

"El artículo 74 del C. S. T. establece la necesaria igualdad entre el trabajador colombiano y el extranjero, cuando desempeña, en una misma empresa, funciones o labores similares. Como muy bien lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia en varios fallos: 'El artículo 74 del C. S. T. que regula la proporción e igualdad de condiciones entre trabajadores colombianos y extranjeros, dice en el numeral 2º: "Los trabajadores nacionales que desempeñan iguales funciones que los extranjeros, en una misma empresa o establecimiento, tienen derecho a exigir remuneración y condiciones iguales". El artículo 143 de la obra citada, enuncia el principio "a trabajo igual, salario igual" y su texto es como sigue: 1.—A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127. 2.—No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales". El derecho que estos mandamientos legales conceden a los trabajadores nacionales para exigir remuneración y condiciones iguales a los trabajadores extranjeros, reposa sobre los siguientes presupuestos de hecho: a) Que en una misma empresa trabajen extranjeros y colombianos; b) Que tanto los trabajadores nacionales como los extranjeros, lo sean permanentemente de la empresa; c) Que unos y otros desempeñen *unas mismas funciones* (ha subrayado la Sala); d) Que los nacionales tengan remuneración o condiciones inferiores a los extranjeros... Basta con que en un momento dado haya sido posible la comparación entre el extranjero y el nacional, por reunirse las condiciones de permanencia e igualdad de funciones, para que el salario del trabajador colombiano se entienda igual al devengado por el extranjero y se incorpore como tal en su contrato de trabajo, con efecto para el futuro sin que esta licencia posterior pueda ser obstaculizada por el retiro del trabajador foráneo del servicio de la empresa. Y es que cualquiera que haya sido el salario pactado, cuando el trabajador se encuentra dentro de la situación concreta o de hecho a que debe aplicarse el artículo 4º de la Ley 149 de 1936, el salario concertado es sustituído, *ipso jure*, por el salario legal que es para el caso, el fijado como remuneración al extranjero con quien se encuentra en la hipótesis legal. Tanto más cierto lo anterior si se considera que las leyes que regulan el trabajo humano, por ser de orden público, tienen vigencia inmediata y se aplican aun a los contratos de trabajo que se encuentran en desarrollo al momento de empezar a regir aquéllas y, consecuencialmente, se entienden incorporadas en el pacto laboral'.

"En nuestro caso, como dije anteriormente, el señor Bonitto goza del derecho pleno para exigir de la Grace la nivelación de salarios y condiciones toda vez que se demostró superabundantemente que desempeñó un cargo con facultades tan amplias que casi se equiparaban a las atribuídas al Primer Vicepresidente y, sin em-

bargo, su remuneración, las primas, las remesas en dólares y las bonificaciones quedaron por debajo de las que devengaba el Tercer Vicepresidente. Al respecto dijo el H. Tribunal al resolver la apelación interpuesta contra el fallo de primera instancia: 'Ya en cuanto al estudo que hizo el juez *a-quo* para equiparar la retribución del Segundo Vicepresidente a la del Tercero, el Tribunal la comparte. Debiendo, sí advertir, que no es el simple hecho de la mayor o menor amplitud de los poderes generales de cada uno de los tres funcionarios lo que conduce a la decisión adoptada por el juez de primer grado. A las razones que él da, deben agregarse las siguientes: La simple denominación de los cargos de Presidente, Primero, Segundo y Tercer Vicepresidentes, implica de hecho una mayor categoría de funciones, que va decreciendo del Presidente al Tercer Vicepresidente, pues a ninguna otra cosa pueden obedecer esos nombres de Primero, Segundo y Tercer Vicepresidente. Podría hasta pensarse en que las funciones de uno y otro Vicepresidente fuesen iguales, mas es absurdo creer que el Tercer Vicepresidente tenga funciones de mayor categoría que el Segundo'.

"Pero resulta que tanto el juzgado como el H. Tribunal, al reconocerle el derecho a mi mandante, se lo vulneran ostensiblemente al no decretar en su favor y mediante la condena a la empresa patronal, la nivelación absoluta en salarios, bonificaciones, dólares y demás prerrogativas de que gozaron los extranjeros cuando ocuparon cargos de igual o de inferior categoría al de Segundo Vicepresidente. Y esto se debió a que el fallador no tuvo en cuenta algunas pruebas que obran en el expediente y que demuestran, a cabalidad, los hechos alegados en la demanda. Veámoslo:

"El H. Tribunal, acorde con el señor Juez de Instancia, determina que el señor Eduardo Bonitto tiene derecho a que como Segundo Vicepresidente de la Sociedad, se le coloque dentro de la relación de trabajo que lo vinculó a ella, en una situación igual a aquella en que se encontraba el Tercer Vicepresidente. Creo que la nivelación que ordena el precepto cuya violación estoy demostrando, no debe hacerse por lo bajo sino por lo alto, o al menos, buscando proporcionalidad entre los dos extremos. "Comparando los tres poderes allegados al expediente tempestivamente, se saca la conclusión nítida de que las facultades otorgadas al Primer Vicepresidente y las concedidas a Bonitto en su carácter de Segundo Vicepresidente son similares y establecen, como afirma el señor juez, una situación de igualdad, dado que la amplitud de tales facultades otorgadas a ambos es, a grandes rasgos, la misma, con diferencias que no pasan de ser de simple detalle o de redacción, aparte de algunas de cierta importancia, las cuales en última instancia vienen a favorecer la posición del actor". "Del análisis comparativo de los tres poderes, solamente el correspondiente al señor HENRY RUSSELL GOODE (Tercer Vicepresidente) es sumamente limitado, hasta el punto de no poder ejecutar por decisión propia ninguna de las funciones, sino que tenía que actuar siempre conjuntamente con otro de los mandatarios, cosa que no ocurría con los otros dos Vicepresidentes (señores Jan Van Delft y Eduardo Bonitto de la Maza), quienes sí tenían un amplio margen de autonomía en el ejercicio de la mayor parte de sus funciones". (Apartes del fallo de primera instancia). "Si esto es así, lo lógico y justo hubiera sido que el juzgador determinara el monto de los salarios y bonificaciones teniendo en cuenta los percibidos por el Primer Vicepresidente. Lo que pretermitió por no haber apreciado la prueba documental consistente en los poderes que obran a folios 7 a 11, 23 a 24. Con este proceder violó la sentencia de segunda instancia, el artículo 74, inciso 2º y el artículo 143 del C. S. T. por haber pasado por alto una prueba de la importancia de la indicada, se abstuvo de considerarla y justipreciarla. Al prosperar este cargo, la sentencia debe casarse revocando la sentencia objeto del recurso y, en su lugar, proceder a hacerse el reajuste de salarios y prestaciones equiparando la situación de Bonitto con la del Primer Vicepresidente. O buscando un justo medio entre lo devengado por Van Delft y lo que recibió GOODE.

"Para el reajuste de la diferencia de salarios devengados por Eduardo Bonitto de la Maza y Henry Russell Goode durante el lapso transcurrido entre el 14 de septiembre de 1955 al 30 de septiembre de 1958, no se tuvieron en cuenta las pruebas aducidas para demostrar los devengados por el uno y el otro durante el mismo lapso...".

No obstante los reparos que pudieran hacerse a la manera como está formulado el cargo, que se asemeja a un alegato de instancia, de su detenida lectura resulta que acusa la sentencia de haber aplicado indebidamente los artículos 74, inciso 2º y 143 del C. S. T., por errores de hecho evidentes, emanados de no apreciación o mala apreciación de ciertas pruebas, a consecuen-

cia de los cuales la Sociedad demandada no fue condenada a pagar la totalidad de las sumas a que debió serlo, y que tales errores fueron los siguientes: 1º) El Tribunal no reconoció, debiendo haberlo reconocido, que el demandante desempeñó un cargo de igual categoría al del Primer Vicepresidente, con facultades casi tan amplias como las de éste; 2º) El Tribunal no dio por demostrada la verdadera cuantía de los salarios y bonificaciones reconocidos al Tercer Vicepresidente y que fue superior a lo que aceptó dicho fallador de segundo grado.

Además, dentro del mismo cargo, dice que "la nivelación que ordena el precepto... debe hacerse... buscando un justo medio entre lo devengado" por los Vicepresidentes Primero y Tercero. Como es fácil observar esta última pretensión no se refiere a cuestiones probatorias, sino a la interpretación que debe darse a la ley según el recurrente, y que el Tribunal rechazó. Pero una acusación por interpretación errónea de un precepto no puede involucrarse en un cargo formulado por violación indirecta del mismo precepto a través de errores de hecho.

Este defecto de técnica permitiría rechazar el cargo; sin embargo, usando de amplitud la Sala procede a su estudio.

Y anota, ante todo, que no es cierto que el Tribunal hubiera "pasado por alto", o sea, que no hubiera apreciado, los poderes otorgados por la empresa a los tres vicepresidentes, pues tan los tuvo en cuenta que afirmó que "no es el simple hecho de la mayor o menor amplitud de los poderes generales de cada uno de los tres funcionarios lo que conduce a la decisión adoptada por el juez de primer grado", la que, como se vio, ordenó igualar el salario del demandante al del Tercer Vicepresidente.

Además debe observarse que los poderes confieren tan sólo una aptitud o potencialidad, por lo que mientras no sean ejercidos será impropio hablar de funciones desempeñadas.

Pero lo que debe ser especialmente destacado respecto al primer error es que, aunque el Tribunal se hubiera equivocado en la apreciación de los poderes y desconocido que realmente las funciones del demandante —Segundo Vicepresidente— tuvieron la misma importancia o categoría que las del Primer Vicepresidente —un extranjero—, no habría incurrido en la infracción legal apuntada por el casacionista.

Porque los artículos 74, inciso 2º y 143 del C. S. T. no tienen en cuenta la importancia relativa de funciones desiguales, sino solamente la *igualdad* en las funciones.

La Sala siempre ha sostenido que los mencionados preceptos no pueden aplicarse sino cuando se trata de trabajadores cuyas funciones son iguales o equivalentes. Así aparece reconocido en el trozo jurisprudencial transcrito por el recurrente, y en el mismo sentido se pronunció en sentencia de 6 de junio de 1958: "... La simultaneidad no es, pues, requisito esencial para que surja en favor de los trabajadores nacionales el derecho a exigir remuneración y condiciones iguales a las de los extranjeros que desempeñen o hayan desempeñado iguales funciones, en una misma empresa o establecimiento". (*Gaceta Judicial* número 2198, pg. 322, Tomo LXXXVIII).

Ampliar jurisprudencialmente el principio de "a trabajo igual, salario igual", consagrado en los artículos 74, inciso 2º y 143 del C. S. T., en forma que la igualdad salarial pueda decretarse también cuando las funciones, aunque desiguales, sean de la misma importancia o categoría, o la tengan mayor las del trabajador peor retribuído, no podría hacerse sin solucionar previamente intrincados problemas, como el de la determinación de un criterio objetivo con qué evaluar esa importancia o categoría, y el de la manera de probarla.—Dentro de un régimen de libre empresa, sólo el patrono puede calificar la importancia que para él tengan las distintas actividades de sus trabajadores. Y si con ánimo simplista se dijera que la mayor o menor importancia de una labor es fácil de determinar, atendiendo a los beneficios que reporta a la empresa, sería desconocer las grandes dificultades que en la práctica se presentan para fijar la incidencia que sobre las utilidades tienen las diversas tareas en que se descompone todo complejo empresarial.

Por lo demás aparece de autos que la retribución asignada a cada uno de los tres vicepresidentes no se encaminaba a remunerar las funciones que eventualmente podrían desempeñar cuando les correspondiera reemplazar al Presidente, sino las que sin reemplazarlo, realizaban ordinariamente, de notoria desigualdad.

En cuanto a la violación a través del segundo error referente al salario real devengado por el extranjero, se observa:

Aplicar una norma legal "es trasladar a un caso particular y concreto la decisión contenida en una regla abstracta". La decisión de la regla o *imperativo jurídico* es la de que todas las veces

que en la práctica acaezca su *hecho jurídico* o *caso de la ley* debe darse vida a su *consecuencia*, y naturalmente, en forma plena. Pues toda regla jurídica representa un juicio hipotético que relaciona una situación de hecho condicionante (el hecho jurídico o caso de la ley) a una situación de hecho condicionada (la consecuencia), en forma análoga a como en el mundo de la naturaleza la causalidad enlaza un hecho con otro (Kelsen. Teoría Pura del Derecho). De aquí, pues, que se diga que un juez aplica indebidamente una norma cuando provée a la realización de su consecuencia sin que aparezca probado el hecho jurídico de la misma; y también cuando, establecido plenamente el hecho jurídico, no provée a la realización cabal y completa de la consecuencia. Por tanto, la pretensión de un litigante sobre haberse aplicado indebidamente una norma por no haber decretado el juzgador la íntegra realización de la consecuencia, sólo será atendible si ha tenido lugar su situación de hecho condicionante o hecho jurídico. Y es claro que si este hecho es complejo, integrado por diversos factores, todos éstos deberán estar acreditados para que pueda hablarse de su acaecimiento y, por consiguiente, pueda darse vida a la consecuencia.

Se vio que el artículo 74, ordinal 2º, del C. S. T., contempla la desigualdad de salarios y la igualdad de funciones, y no propiamente el factor importancia o categoría de estas últimas. Es decir, el hecho jurídico de tal norma está constituído exclusivamente por la igualdad de funciones y la desigualdad de salarios. Su consecuencia —que deberá decretarse al comprobarse el hecho jurídico— es ésta: el sueldo del colombiano debe igualarse respecto al del extranjero mejor retribuído.

Según el recurrente, el Tribunal no decretó la realización de tal consecuencia en forma plena, por no haber tenido en cuenta ciertas ventajas de que disfrutó el extranjero. Pero ocurre, como ya se puso de manifiesto, que el Tribunal no consideró que fueron iguales las funciones que desempeñaron el colombiano Bonitto y el extranjero Tercer Vicepresidente, sino diversas. No se realizó, pues, el hecho jurídico del precepto invocado, y por consiguiente no es del caso averiguar si la consecuencia se dedujo o no a plenitud. Se rechaza el cargo.

SEGUNDO CARGO

"VIOLACION, POR APLICACION INDEBIDA, del artículo 488 del C. S. T. y VIOLACION DIRECTA del artículo 489 de la misma obra. Al tenor del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, las acciones correspondientes a los derechos regulados en dicho estatuto, prescriben a los tres años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. Y el artículo 489 dice que tal prescripción se interrumpe con el simple reclamo recibido por el patrón.

"La sentencia que acuso declara probada la excepción de prescripción formulada por el señor Apoderado de la parte demandada dando por cierto que el derecho que invoca mi representado para recabar el reajuste de salarios y nivelación de prestaciones, carece de acción por haberse obrado el fenómeno de la prescripción. Esta prescripción, conforme a la sentencia, abarca todo el tiempo anterior al 14 de septiembre del año de 1955. Es evidente que la obligación que se deriva del derecho que tiene el trabajador de exigir que el patrón le reconozca igual remuneración a las que disfrutan los empleados extranjeros, en igualdad de circunstancias, se hace exigible cuando el derecho desconocido por el patrón lo determine el juez competente. En este caso, está probado que el señor Eduardo Bonitto, en repetidas ocasiones, exigió la nivelación justa a sus superiores jerárquicos, sin que se le hubiera dado oídas. Meras promesas que jamás se tradujeron en la realidad. La prueba de tales reclamaciones se hallan en el expediente: A folios 30 y 31 se leen dos cartas del señor Bonitto al señor Vicepresidente Ejecutivo de Grace y Cía. (Colombia S. A.), en las cuales manifiesta que su determinación de separarse del cargo tiene como causa la siguiente: "El 15 de julio (la carta está fechada el 11 de septiembre del año de 1958, folio 31), manifesté a usted personalmente mi preocupación por el hecho de que mi remuneración estaba muy por debajo de la del personal en la oficina con la misma jerarquía. También manifesté a usted que con anterioridad había hecho la misma observación al señor Pearson y que yo me sentía bastante incómodo por el hecho de que inclusive el personal con menos categoría a la mía había sido reajustado en sus asignaciones y estaba en la fecha ganando más que yo... Posteriormente quiso usted hacerme un reajuste pero yo le manifesté que lo que en realidad solicitaba era que se me fijaran las mismas condiciones de los funcionarios extranjeros ejecutivos". El señor Van Delft, al serle preguntado en las posiciones que absolvió: "Díga el absolvente cómo es cierto que el señor Eduardo Bonitto le formuló formal reclamo por

las diferencias de remuneraciones existentes entre el Segundo Vicepresidente y el Tercer Vicepresidente de la Compañía Grace", respondió: "SI ES CIERTO". (folio 54). Esto demuestra que sí se interrumpió la prescripción por reclamo formal y escrito del señor Bonitto. De donde se deduce que el fallador, al aplicar el artículo 488 del C. S. T. decretando la prescripción de la acción, lo hizo en forma indebida, ya que la obligación no se había hecho exigible y, además, con esta determinación violó directamente el artículo 489 de la misma obra toda vez que declaró prescrita una acción sin parar mientes en que la prescripción había sido interrumpida "por el simple reclamo escrito del trabajador". Basta este razonamiento para concluír que el cargo debe prosperar ya que la violación salta a la vista".

Como anota el opositor, el recurrente sólo cita como infringidas las normas relativas a la prescripción, pero, como tantas veces ha señalado la Sala, los preceptos cuya violación se invoque para producir la infirmación del fallo impugnado, deben constituír una proposición jurídica completa, en orden al quebrantamiento del mismo, y no la constituyen las solas normas sobre prescripción, si no van acompañadas de los preceptos consagradores de los derechos reclamados y no reconocidos por razón del anotado fenómeno extintivo.

Esto es suficiente para desechar el cargo.

TERCER CARGO

"VIOLACION DIRECTA DEL ARTICULO 32 del C. P. L.

"Este artículo 32 ordena que las excepciones las proponga la parte demandada o en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite. El procedimiento es de orden público y obliga tanto a las partes como a los jueces. Claramente establecido está que el señor Apoderado de la parte demandada no propuso en la debida oportunidad la excepción de prescripción. De manera que el juzgador, al haber aceptado una excepción extemporánea, violó el artículo 32 del C. de P. L.—Esta violación aparece con tanta nitidez que me parece innecesario extenderme más en este cargo".

Para desestimar el ataque bastará anotar que la sola violación de ley adjetiva, como la citada por el recurrente, no abre el recurso de casación.

CUARTO CARGO

VIOLACION DIRECTA DEL ARTICULO 65 del C. S. T.

"Si a la terminación del contrato, el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, ordena el referido precepto 65. El fallo absuelve a la Sociedad y la releva de la obligación de indemnizar por falta de pago oportuno de las prestaciones. Esta actitud la fundamenta el H. Tribunal en las mismas razones que adujo el Juez de la instancia y que se condensan así: "No hay lugar a la indemnización moratoria impetrada en la demanda, por cuanto la mora en efectuar la consignación de las sumas que creía adeudarle la Sociedad demandada al señor Eduardo Bonitto se debió a las conversaciones sostenidas entre las partes para tratar de arreglar sus diferencias". Pero el patrón no puede demorar el pago ya que al tenor del ordinal 2º del artículo 65 del C. S. T., si no se llega a algún acuerdo respecto al monto de las prestaciones, o el trabajador se niega a recibir la suma que el patrón le ofrece, entonces está obligado éste a consignar ante el juez la suma que crea deber. Si no lo hace, la sanción debe imponerse sin contemplaciones. Lo depositado debe guardar alguna relación de proporcionalidad con lo que efectivamente se adeude al trabajador. Este precepto tiene un carácter claro de sanción para el patrón renuente a cumplir con sus obligaciones para con el trabajador. Y la mala fe de la empresa se patentizó en la forma como fue ofreciendo el pago de las prestaciones. De $ 20.000.00 subió a $ 30.000.00; de éste pasó a ocho mil dólares, diez mil y hasta doce mil. Creo que una empresa seria debe ofrecer pagar lo justo y no tentar vado por si el empleado incauto y necesitado se resigna a recibir una suma inferior a la debida. La demora en efectuar la consignación y la suma exigua ofrecida y depositada después de mucho tiempo de la separación de Bonitto del empleo indican que la Sociedad incurrió en la sanción impuesta en la ley sustantiva. Luego la violación del artículo 65 se produjo con la sentencia en la parte en que la absuelve del pago de la indemnización cuando se había hecho merecedora de la sanción estipulada".

Estando vinculada la aplicación del artículo 65 en mención a la mala fe del patrono, la cual, si no ha sido reconocida en la sentencia, debe

surgir de las pruebas que singularice el recurrente, no bastaría que resultaran inadmisibles las razones que dio en el presente caso el Tribunal, para que apareciera infringido por vía "directa" el precepto en cita; pues su violación tendría que resultar de un error de hecho evidente que hubiera cometido el sentenciador con relación a las pruebas indicadas en la acusación, y que ésta no señala.

Se rechaza el cargo.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

El apoderado de ésta fija el alcance de la impugnación así:

"Pretendo que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia case parcialmente la sentencia impugnada en cuanto por sus numerales 2º, 3º, 4º y 5º condenó a la Sociedad "Grace & Cía. (Colombia) S. A." a pagar a Eduardo Bonitto las cantidades de $ 12.000.00 por concepto de diferencia de salarios, $ 2.400.00 por concepto de diferencia de subsidio sobre costo de vida, $ 3.113.17, por concepto de reajuste del auxilio de cesantía, y $ 5.321.80 por concepto de diferencia en la bonificación en dólares, para que, en su lugar, convertida en Tribunal de instancia, revoque el numeral 1º del fallo del *a-quo* y absuelva a mi patrocinada de las peticiones correspondientes e imponga al actor la obligación de pagar la totalidad de las costas del juicio".

Invocando la causal 1ª del artículo 87 del C. P. L., formula un único cargo, así:

"El fallo impugnado aplicó indebidamente, por vía indirecta, los artículos 74, inciso 2º y 143 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los 127, 249 y 253 ibidem. Esta violación se produjo como consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador, por comisión y por omisión, al examinar las probanzas producidas en el juicio, errores de hecho que lo condujeron a dar por demostrado, sin estarlo, que Eduardo Bonitto adquirió derecho a remuneración y condiciones iguales a las que tuvo el Tercer Vicepresidente de Grace & Cía. (Colombia) S. A., por haber desempeñado funciones más importantes que las de éste.

"Importa observar, antes de continuar con el desarrollo del cargo, que el *ad-quem*, sin decirlo expresamente, hizo una interpretación de las normas en que apoya sus condenas, consistente, más o menos, en lo siguiente: Si tales normas ordenan que, cuando en una misma empresa exista un trabajador que desempeñe, con remuneración y condiciones inferiores, las mismas funciones que otro, se coloque al primero en igualdad de circunstancias con el segundo, con mayor razón debe efectuarse la equiparación en el caso de que las funciones desempeñadas por quien está colocado en circunstancias de inferioridad, aparezcan ser de mayor importancia que las ejecutadas por el otro trabajador mejor remunerado y en mejores condiciones.

"El cargo, tampoco huelga observarlo, acepta esta interpretación, ya que sólo se endereza a demostrar que las funciones desempeñadas por Eduardo Bonitto, consideradas en su conjunto, siempre fueron de menor importancia que las ejecutadas por el Tercer Vicepresidente de Grace & Cía. (Colombia) S. A.

"Las pruebas mal apreciadas son las siguientes:

"a) Los poderes generales conferidos a Eduardo Bonitto, Henry Russell Goode y Jan Van Delft (fols. 7 a 11), y

"b) El certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 12 a 22).

"Las pruebas no apreciadas son las siguientes:

"a) Los poderes generales conferidos a Gerold Zuehlke y Edward G. Hughes (fls. 96 a 102 de la foliación del expediente);

"b) La absolución de posiciones del actor (fls. 58 a 63);

"c) Las declaraciones de Gerold W. Zuehlke (fls. 65 a 68), y Henry Russell Goode (fls. 74 a 79);

"d) La inspección ocular visible a folios 85 a 93;

"e) El interrogatorio libre a que fue sometido el demandante (fols. 106 a 113), y

"f) El seudo-interrogatorio libre a que fue sometido Henry Arthur Max Pearson (fols. 118 a 131).

"Si el Tribunal hubiera apreciado este segundo complejo de pruebas, habría tenido que llegar a la conclusión de que las funciones desempeñadas por el Tercer Vicepresidente de la Compañía fueron siempre totalmente diversas de las realizadas por Eduardo Bonitto, pero también, por su significación económica y su volumen, de más importancia y de más responsabilidad.

"En efecto, estas probanzas son acordes en demostrar, con claridad que se impone de su sola

lectura, que Eduardo Bonitto tenía a su cargo la oficina seccional de Bogotá y la supervisión administrativa de algunas otras sucursales del país y Henry Russell Goode, en cambio, estaba encargado de los ramos de vapores, aviación y aduanas, para todo el país y con conexiones y problemas de orden internacional; además, que los ramos bajo la responsabilidad de Goode constituyen la base económica fundamental de los negocios de Grace & Cía. (Colombia) S. A.

"Ahora bien, de haber apreciado estas pruebas, el Tribunal hubiera concluído en que los poderes generales otorgados a los Vicepresidentes de la Compañía no obedecieron, en cuanto a facultades, a la mayor o menor importancia de sus funciones, sino, simplemente, a los contactos que tales funciones les imponían en relación con terceros. Pero, tampoco, a las denominaciones de sus cargos, pues también los tenían conferidos, con la diversidad de facultades explicadas, en ocasiones superiores a las otorgadas a los Vicepresidentes, otros funcionarios de la Sociedad demandada.

"En estas condiciones, la apreciación correcta de la reforma de los estatutos, en cuanto a la creación de Presidencia y Vicepresidencia, no podía vincular tales denominaciones, como lo ha venido sosteniendo la Sociedad demandada a lo largo del juicio, con la realidad de las funciones desempeñadas por Bonitto, Goode y Van Delft, ni con la mayor o menor importancia de las mismas".

Se considera:

No entra la recurrente, como es fácil apreciar, a referirse en concreto a cada una de las pruebas que señala como no estimadas por el Tribunal y a demostrar cómo ellas respaldan su afirmación sobre la mayor importancia de las funciones del tercer Vicepresidente con relación a las del segundo, sino que se limita a decir que tal conclusión surge de todas ellas "con claridad que se impone de su sola lectura". Tratándose de poderes generales, de absolución de posiciones, de declaraciones de testigos, de una inspección ocular y de interrogatorios libres —todo un complejo probatorio— es bien difícil que una conclusión como la alegada por la recurrente surja de ellas tan espontánea y fácilmente como pretende —y de hecho no acaece así en el presente caso— sin que la Sala tenga que entregarse a un detenido y pormenorizado examen de ese haz probatorio en la misma forma como lo haría un fallador de instancia.

Lo anterior sería suficiente para rechazar el cargo. Por hay más todavía:

En la impugnación se admite la tesis del Tribunal de que a mayor importancia de funciones debe corresponder mayor salario, y por esto el error de hecho se hace consistir en no haber dado por demostrado el fallador que las funciones del Tercer Vicepresidente fueron, aunque diversas o desiguales, de mayor importancia que las de Bonitto, que era Segundo Vicepresidente.

Parte, pues, la recurrente del supuesto de que el hecho jurídico de los artículos en cita está integrado, entre otros, por el factor importancia relativa de funciones desiguales; pero ya se vio, al estudiar el primer cargo del demandante-recurrente, que tal supuesto es errado, ya que las normas aludidas no tienen en cuenta sino la igualdad en las funciones.

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 DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



TECNICA DE CASACION

Reiterada doctrina de la Corte sobre técnica de Casación.—La demanda de casación tiene que someterse en su forma y contenido a las determinadas reglas y formalidades de ineludible cumplimiento por parte del impugnador, para que pueda resultar eficaz la acusación y conduzca al quebrantamiento de la sentencia que se pretende invalidar.—El planteamiento de una violación por vía directa no puede hacerse a través del análisis de cuestiones probatorias tendientes a demostrar que la sentencia acusada dejó de aprobar unas pruebas o estimó equivocadamente otras, lo cual es materia de una modalidad diferente.—Error de hecho y de derecho.—El error de derecho implica el quebrantamiento de una regla legal sobre prueba, que lleva a la infracción de una norma sustantiva en la cual el derecho que se reclama está consagrado.—El error en la apreciación de una misma prueba no puede ser simultáneamente de derecho y de hecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., veintinueve de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio ordinario seguido por HERNANDO MUNERA ANGEL contra TEXTILES MODERNOS S. A.

Hernando Múnera Angel trajo a juicio a la nombrada Sociedad para que fuera condenada a pagarle la suma de $ 2.869.08 por concepto de auxilio de cesantía; $ 2.386.86 por concepto de prima de servicios; $ 749.73 por vacaciones causadas y no disfrutadas; $ 9.086.82 por salarios correspondientes al término que faltaba para vencerse el contrato de trabajo; $ 36.605.25 por "salarios caídos", a razón de $ 50.49 diarios, a partir de la fecha de la demanda y hasta el día en que se haga el pago total de las prestaciones sociales, y costas del juicio.

Según las voces del libelo el actor fue contratado por la Sociedad demandada el 6 de agosto de 1955, para prestarle los servicios de representante comercial, representante de ventas, jefe de cartera y cobranzas, visitador de clientes, colocador de pedidos y jefe de información. Que fecha la Sociedad demandada puso término al trabajó hasta el 29 de junio de 1957 y en esta contrato de trabajo en forma intempestiva. Que el último contrato de trabajo fijaba como término un año que terminaba el 31 de diciembre de 1957. El sueldo aceptado por la sociedad fue a base de comisión sobre ventas y el actual fluctuó entre 4 y 5%. Durante el tiempo de trabajo no le reconoció la prima de servicios, ni vacaciones remuneradas y al terminarse el contrato, la Sociedad no le pagó cesantía, prima de servicios ni vacaciones.

Se invocaron las normas legales que el demandante consideró pertinentes.

La Sociedad demandada contestó la demanda negando la existencia del contrato de trabajo, aclarando los demás hechos expuestos en el libelo y oponiéndose a todas y cada una de las peticiones.

La controversia fue decidida por el Juez Primero del Trabajo de Cali, quien absolvió a la parte demandada de todos y cada uno de los cargos formulados por el actor. Condenó en costas al demandante.

Apelada por el actor la sentencia proferida por el Juez de conocimiento terminó la segunda instancia con sentencia confirmatoria de la del *a-quo*, y condenó en costas al demandante.

El fallo del Tribunal, después de analizar los elementos constitutivos del contrato de trabajo a la luz de los artículos 22, 23 y 98 del C. S. T. citando respecto a lo que prescribe esta última

disposición sobre representantes, agentes vendedores y agentes viajeros, y jurisprudencia de la Corte que considera pertinente, se expresa así:

"El mandatario goza de libertad para el desempeño del mandato, siempre y cuando siga las instrucciones dadas por el mandante para el buen desempeño de sus gestiones.

"En el expediente aparece la carta contrato que le dirigió la empresa al actor con el objeto de fijarle las condiciones para la colocación de pedidos de los productos fabricados por ella. En dicha carta se le nombra como representante exclusivo en el Departamento del Valle y en la ciudad de Cali, también. Se le dice que no debe aceptar ninguna otra representación que se relacione con ropa interior o calcetines de hombre y en general con cualquier otro producto similar a los producidos por Textiles Modernos. Claramente se ve en estas condiciones que dejaban al representante o viajero, en libertad para representar a otras casas, siempre y cuando esos productos fueran diferentes a los del demandado.—Es una condición lógica, que impone cualquier empresa, a sus representantes, pues sería absurdo desde el punto de vista comercial, que el representante de unos determinados productos pudiera representar otros que le hagan competencia.

"En las relaciones comerciales, y más que todo en la llamada representación, el representante no solamente se encarga de gestionar la colocación de pedidos para los productos representados, sino también, gestiona la pronta cancelación de las cuentas pendientes a consecuencia de tales pedidos.

"Para abundar aún más en razones de carácter comercial, la empresa productora del artículo se reserva generalmente el derecho de abastecer directamente a determinados establecimientos comerciales con sus productos. De acuerdo con lo anteriormente estudiado, es de concluír que desaparece el elemento determinante de la subordinación y se perfila claramente la existencia de un contrato que no tiene las características del laboral.

"Ahora bien, de acuerdo con la disposición del artículo 98 del C. S. del Trabajo, sobre la existencia del contrato de trabajo con los agentes viajeros, se exige que para que exista la relación laboral es necesario que "se dediquen personalmente al ejercicio de su profesión". En el expediente hay constancia dentro de la correspondencia, que el señor Múnero tenía un agente para que colaborara con él en la obtención de pedidos para la firma demandada. Falta, pues, un elemento sin el cual desaparece la relación laboral alegada por el actor, ya que toda la labor del agente viajero o representante debe ser desarrollada personalmente por él. El mismo artículo arriba citado exige también, 'y no constituyan por sí mismos una empresa comercial'; demostrado está, por la declaración que obra en el expediente del señor Aristóbulo Rueda, viajero que fue del señor Hernando Múnera Angel, en ésta época, que éste trabajaba no solamente para Textiles Modernos, sino también para Chans y Portillo, Fábrica de Sombreros.—Con los membretes de las cartas que aparecen en el expediente, y con el certificado de la Cámara de Comercio se demuestra que el actor constituía, en vez de una relación laboral, un mandato comercial que se rige por los artículos 331 y ss. del Código del Comercio. Según lo demostrado en el expediente, faltan las tres condiciones esenciales para determinar claramente la relación laboral existente entre el señor Hernando Múnera Angel y la empresa Textiles Modernos S. A., éstas son: subordinación o dependencia; que la profesión sea ejercida personalmente y que no sea una empresa comercial.

"Sin estas tres condiciones arriba enumeradas no aparece claramente estructurado el contrato de trabajo".

En este recurso de casación se persigue la quiebra total de la sentencia del *ad-quem*, para que la Corte, procediendo como Tribunal de instancia, revoque la de primer grado y en su lugar dicte la que corresponda de acuerdo con las peticiones de la demanda principal.

Alega el recurrente la causal primera de casación y con fundamento en ella formula dos cargos.

El primero dice: "La sentencia materia de la impugnación violó directamente, por falta de aplicación, y en consecuencia dejaron de aplicarse a la controversia siendo de absoluta pertinencia las siguientes normas constitucionales: artículo 26 de la Constitución Nacional, artículo 9º del Acto Legislativo número 1º de 1936, artículo 10º del Acto Legislativo número 1º de 1936, artículo 11 del Acto Legislativo de 1936, artículo 17 del Acto Legislativo número 1º de 1936, artículos 1º, 5º, 9º, 10, 13, 14, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 37, 43, 54, 55, 61, 64, 65, 98, 194, 196, 186, 189, 249, 253, 306,

del C. S. T., artículo 1º de la Ley 48 de 1946 (representantes, agentes viajeros, vendedores). Artículo 1º del Decreto Ejecutivo número 002332 de 1947 (que reglamentó la Ley 48 de 1946), artículos 1765, 1769, 1740, 1741, 1494, 1495, 1498, 1501, 1524, 1602, 1603, 1618, 1619, 1920, 1621, 1622 del C. C., artículo 15 de la Ley 95 de 1890, artículos 31, 33, 51, 74, 79 del C. P. L.; artículos 194, 204, 472, 593, 597, 603, 607, 609, 696, 702, 704 del C. J.".

Para desarrollar este cargo el impugnante se expresa de la siguiente manera: "El fallador de segunda instancia concretó la violación de la ley sustantiva del trabajo y de las otras disposiciones que se han citado en el cuerpo del primer cargo, por la comisión de evidentes errores de hecho, y a ello llegó por errada apreciación de determinados elementos de juicio y por falta de apreciación de otros elementos probatorios del mismo juicio". Y continúa: "Los errores de hecho son éstos: dar por demostrado o establecido, sin existir legalmente, un contrato de mandato comercial entre las partes militantes en el juicio; no dar por demostrado y establecido, existiendo legalmente a la luz de las disposiciones legales pertinentes, contrato de trabajo entre los señores Hernán Múnera Angel, como trabajador, y los señores Textiles Modernos S. A., como empresarios, disponiendo en la sentencia de segunda instancia el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales a favor del primero que se originan en el mismo contrato, son objeto del libelo de demanda y se concretan en la confesión del representante de la Sociedad demandada al dar evasión a la contestación de la citada pieza procesal. A los dos errores fundamentales destacados anteriormente llegó el fallador de la segunda instancia, debido a lo siguiente: a la mala apreciación de pruebas y a haber dejado de apreciar elementos probatorios del juicio. La mala apreciación de pruebas ha consistido de parte del fallador de segunda instancia, en que se ha limitado a extraer de los autos aquellas emanadas por petición de la parte demandada en forma exclusiva, y ni siquiera las pruebas de esta misma parte en su totalidad, sino únicamente aquellas que llegaron a los autos por vía y por procedimientos que establecen un error de derecho que es estudio de desarrollo posterior en el presente recurso. Dejó el sentenciador de segunda instancia de considerar el acervo de pruebas necesarias a la formación del criterio jurídico preciso al negocio, y esa mala apreciación lo llevó a los dos errores de hecho antes descartados. En efecto, el sentenciador, después de hacer un estudio de los artículos 22, 23 y 98 del C. S. T., para descartarlos en su aplicación al negocio materia del juicio y dictar su fallo con fundamento en los artículos 331 y ss. del C. de Co., estima los siguientes y especiales elementos de prueba: a) La carta-contrato de fecha 6 de agosto de 1955 —acerca de la cual dice el recurrente— que "no es otra cosa que un contrato de trabajo, por sus términos, condiciones, limitaciones y obligaciones inherentes conforme al artículo 23 del C. S. T." y que "no puede entender cómo hizo el Tribunal Superior de Cali (Sala Laboral) en la sentencia recurrida para darle un alcance distinto a ella y cómo hizo para desconocer el contrato de trabajo que contempla y consigna sin la menor duda. Así las cosas ha habido mala apreciación del documento aludido". b) La declaración del señor Aristóbulo Rueda, es otra de las pruebas mal estimadas por el fallador de instancia, porque, además de ser único y solo en su deposición, su testimonio es incierto, impreciso y vago en todas sus partes". Acerca de esta prueba comenta: "Si es verdad que el Tribunal es soberano en la apreciación de pruebas y más en materia laboral, también lo es que la libertad de apreciación no llega hasta el extremo de aceptar algo que no se configura o concreta como verdadera prueba, pues para confirmar lo dicho por el testigo referido, sería necesario por lo menos otro testimonio. Dado lo anterior el fallador de instancia apreció mal, por el aspecto personal y legal, la declaración cuestionada". c) El certificado de la Cámara de Comercio de Cali, que es materia del comentario por parte del fallador de la segunda instancia. está diciendo precisamente que el señor Múnera Angel se dedicaba precisamente a las actividades propias de las representaciones, agentes vendedores y viajeros en un lapso de tiempo que no abarca todo aquel en que cumplió sus funciones el mismo para los señores Industrias Textiles Modernos S. A. y en las condiciones por ellos impuestas. Pasa en seguida el recurrente a hacer un comentario al "papel membreteado de Múnera Angel" y afirma: "Dice el sentenciador que el papel membreteado de Múnera Angel, utilizado en las cartas cruzadas con la empresa, son una prueba más que demuestran el contrato de mandato comercial. Olvida el juzgador que es apenas normal que las personas más o menos organizadas y que cumplen funciones propias de la Sociedad actual, tienen pleno derecho para usar en papeles, documentos u otros medios de comunicación epistolar sus nombres,

sus apellidos y cualquier otra distinción especial, sin vulnerar derechos de otros". Y concluye así: "Hubo en consecuencia también por parte del juzgador y fallador de la segunda instancia por lo menos una apreciación a la ligera de los documentos en cuestión".

Como pruebas dejadas de apreciar por parte del Tribunal señala las siguientes: "La contestación de la demanda, las declaraciones de Elías Gallegos (f. 55), Nayib Chuaire (f. 55 v.) y Ana Gallegos (f. 66), la carta de despido o terminación del contrato de fecha 29 de junio de 1957, la carta del folio 15, número 404, la carta 1776, folio 14, y la carta de 13 de marzo de 1957".—"Si el fallador de la segunda instancia hubiera estimado y considerado los elementos de juicio anteriormente anotados, hubiera llegado seguramente a establecer lo siguiente: tiempo de servicio y remuneración devengada (contestación de la demanda); la naturaleza del contrato, la subordinación continuada del trabajador a la empresa". Dice después que la Corte debe determinar como consecuencia del primer cargo "que no existe contrato de mandato mercantil y que existió un verdadero contrato de trabajo, con las consecuencias, prestaciones y derechos sociales para Múnera Angel, reconocidos en la legislación colombiana".

El error de derecho lo hace consistir el recurrente "en que el fallador de segunda instancia tuvo en consideración en la providencia o sentencia materia de la impugnación, elementos del juicio que no autoriza la ley, debido a que no están revestidos de las solemnidades del caso y también porque dejó de apreciar los medios de prueba de la parte demandante aducidos al juicio con las formalidades legales y que destaqué al concretar el cargo primero por errores de hecho". Al efecto indica: "La fecha del traslado de la demanda, la fecha de su contestación por el propio gerente de la Sociedad demandada, en que solicita la práctica de pruebas y nombra apoderado; la designación de apoderado después de haberse vencido el término legal del traslado y la petición de pruebas". Alega que debiendo contestar la Sociedad la demanda por medio de abogado titulado e inscrito, ella tiene el alcance de una confesión judicial únicamente y que las pruebas no podían ser decretadas por el señor juez *a-quo* porque fueron solicitadas por persona que no tiene capacidad para litigar ni en causa propia ni ajena y menos en la que figura una persona jurídica como lo es la demandada".

"No puede sostenerse o alegarse entonces que la ratificación dada por el apoderado constituído con posterioridad a la oportunidad legal de los seis días del traslado, haya validado o ratificado la actuación, porque la adelantada por el señor juez *a-quo* es de nulidad absoluta, que invalida en su totalidad toda la prueba solicitada por la parte demandada y decretada por el funcionario en la audiencia de trámite correspondiente. Resulta entonces el error de derecho indicado. Y en el mismo incurrió el sentenciador de segunda instancia al dar valor legal a las pruebas solicitadas por la parte demandada fuera de término y dejando de apreciar las pruebas de la parte demandante, obtenidas en el juicio con todas las formalidades propias a las mismas y sin causa de nulidad absoluta".

El opositor, al refutar este primer cargo, se refiere a que la sentencia recurrida está ceñida en un todo a los hechos demostrados en las instancias y acorde con las disposiciones legales sustantivas de carácter nacional y al comentar los motivos de casación se expresa en la siguiente forma: "Por lo anteriormente dicho, no es el caso de invocar la causal primera del artículo 87 del C. P. L., que se aplica únicamente a los casos en que la decisión del *ad-quem* es violatoria de las disposiciones sustantivas del trabajo de carácter nacional; pero que desde luego no se aplica cuando la decisión se ajusta exactamente al mandato de la ley. Se estaría en presencia de esta causal si la sentencia se hubiera proferido en sentido contrario. En este caso estaría violando la ley sustantiva laboral, porque ésta no se puede aplicar a relaciones comerciales, como las que existieron entre el recurrente y la opositora".

"El recurrente acusa la sentencia por infracción directa (aquí enumera el opositor todas las disposiciones señaladas por el impugnante que se copiaron en la formulación del cargo) y afirma: "Al sustentar el cargo el recurrente expresa: 'El fallador de segunda instancia concretó la violación de la ley sustantiva del trabajo y de las otras disposiciones que se han citado en el cuerpo del primer cargo, por la comisión de evidentes errores de hecho y a ello llegó por errada apreciación de determinados elementos de juicio y por falta de apreciación de otros elementos probatorios del mismo juicio'". A continuación el libelista se refiere a los posibles (imposibles en este caso) errores de hecho en que, según él, incurrió el sentenciador. La simple lectura del cargo, sin mayor argumentación de mi

parte, determina para la H. Sala el deber de inhibirse de su estudio, por no estar planteado de acuerdo con la técnica que regula este recurso extraordinario de casación. El recurso de casación, se ha dicho y repetido por la H. Corte Suprema de Justicia, no puede confundirse con una tercera instancia y de consiguiente los alegatos que lo sustentan han de sujetarse a rígidos preceptos de forma y de fondo, sin los cuales se hace imposible la comparación entre la sentencia impugnada y la ley sustantiva de carácter nacional, que es lo que se persigue como fin primordial en casación". Y más adelante agrega el opositor que "por olvidar el recurrente que el objeto del recurso es "unificar la jurisprudencia nacional del trabajo" se pretende que la Sala se pronuncie sobre la interpretación de la Constitución Nacional, del Código Civil, del Código Judicial y sobre todas las normas de derecho positivo. Y que ni siquiera se acomete la labor de establecer la relación existente entre la infracción de las normas de derecho común y la interpretación de las normas laborales, o mejor, su infracción directa. Esta omisión, por sí sola, determina la ineficacia del cargo".

"Se plantea el cargo —continúa diciendo el opositor— como infracción directa de la ley y, al sustentarlo, se afirma que esa infracción es consecuencia de la mala apreciación probatoria o de la falta de apreciación de algunos medios de prueba que obran dentro del juicio. La sustentación del cargo lo destruye a sí mismo". Se refiere el opositor a renglón seguido a lo que se entiende por infracción directa, conforme a la jurisprudencia de la Corte, para concluír que "cuando la violación de la ley se opera a través del examen del acervo probatorio la infracción no es directa sino indirecta y es otro error de planteamiento del recurrente que determina la desestimación del cargo". Argumenta igualmente que en el procedimiento laboral colombiano existe para los jueces de instancia la libre formación del convencimiento y la no sujeción a tarifa legal de pruebas y al efecto cita lo dicho en sentencia de 27 de abril de 1959 por el Tribunal Supremo del Trabajo que reza al respecto: "En cuanto al error de hecho en la apreciación de las pruebas, es de observar que según reiterada jurisprudencia, cuando la sentencia materia del recurso de casación se apoya en un conjunto de medios de prueba que concurrieron todos a formar la convicción del fallador, no basta para infirmarla que se ataquen algunos de tales medios, suponiendo eficaz el ataque, si los que restan son suficientes para apoyar la solución a que llegó aquél, ni tampoco que se hayan dejado de estimar algunas pruebas, si la sentencia se funda en otras que no han sido atacadas".

"Pero aceptando en gracia de discusión que el recurso estuviera bien formulado, el Tribunal de segunda instancia, al confirmar la decisión del *a-quo*, se limitó a aplicar rigurosamente el artículo 3º del Decreto 3129 de 1956, que modificó el artículo 98 del C. S. T., según el cual hay contrato de trabajo con los agentes vendedores cuando se dedican personalmente al ejercicio de su profesión y no constituyen por sí mismos una empresa comercial. En el caso de autos se probó hasta la saciedad que el demandante-recurrente tenía establecida en la ciudad de Cali una oficina de representaciones comerciales, que estaba inscrito en la Cámara de Comercio como agente comercial, que pagaba impuesto de industria y comercio por el negocio, y que tenía agentes vendedores a su servicio. Eso quiere decir que el señor Múnera constituía una empresa, por tener organizada una unidad de explotación económica, con trabajadores a su servicio según lo enseña el artículo 194 del C. S. T.—Entonces, por ser empresa y por no trabajar personalmente sino por medio de sus trabajadores, no podía existir un contrato de trabajo entre el recurrente y la opositora o entre el recurrente y cualquiera de los otros comerciantes por él representados".

El segundo cargo lo formula el recurrente de esta manera: "El fallador de segunda instancia, con los errores de hecho y de derecho estudiados en el primer cargo, llegó a la aplicación indebida de la ley sustantiva; pero no propiamente a las disposiciones que reconocen y aceptan los derechos y prestaciones de los trabajadores, sino a unas correspondientes al C. de Co. Terrestre, como son los artículos 331 y ss. de la citada obra".

En la sustentación del cargo dice el acusador que "el Tribunal dio por establecido el contrato de mandato comercial, teniendo presente pruebas sin valor legal y desestimando pruebas legalmente producidas en el juicio o actuación" para imputarle al Tribunal "el olvido" de las disposiciones contenidas en los artículos 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 194 del C. S. T.". Incorpora jurisprudencias relativas a los agentes viajeros, al mandato, al arrendamiento de servicios, con citas del Título Sexto del C. de Co. y otras disposiciones del C. C. para concluír "que hubo por parte del juzgador aplicación indebida

de ley sustantiva para no considerar la existencia de un contrato de trabajo y por el contrario aceptar, aplicando los artículos 331 y ss. del C. de Co., que existe un contrato de mandato comercial violando las leyes sustantivas del trabajo".

El opositor refuta el cargo en los términos siguientes: "En primer lugar no singulariza las disposiciones de carácter laboral indebidamente apreciadas, es decir, no formula el cargo sino que se limita a invocar una norma del C. de Co., cuya interpretación jurisprudencial corresponde a organismos distintos a la Sala Laboral de la C. S. de J.—Esta deficiencia por sí sola exoneraría a la parte opositora de mayores argumentaciones. Pero vale la pena anotar que, al sustentar el cargo, el recurrente confunde el error de derecho con los errores de procedimiento que son muy distintos y que no son alegables ni discutibles en casación. Igualmente critica las decisiones de instancia por no sujetarse a la tarifa legal de pruebas, por olvido lamentable de la libre formación del convencimiento que informa el procedimiento laboral colombiano".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La demanda que se estudia adolece de fallas fundamentales en cuanto a la técnica de casación, como puede observarse en la transcripción que se hizo de los cargos, tales como los formula el recurrente. Sea lo primero anotar que la demanda se asemeja más a un alegato de instancia que a un escrito sustentatorio del recurso, que está sujeto en su forma y contenido a determinadas reglas y formalidades de ineludible cumplimiento por parte del impugnador para que pueda resultar eficaz la acusación y conduzca al quebrantamiento de la sentencia que se pretende invalidar.

Primer cargo.—Ha de destacarse en este cargo que el ataque se hace por violación directa de las disposiciones constitucionales que se citan, de las de derecho común que se señalan, de las de índole laboral que se enumeran, de las que corresponden al C. P. L. y de las otras del C. de P. C. que se indican como infringidas por el sentenciador, a consecuencia de los errores de hecho evidentes y errores de derecho en que a su juicio incurrió el Tribunal, ya por apreciación equivocada de determinados elementos probatorios que obran en el proceso, ya por falta de apreciación de otros, en cuya virtud, según el recurrente, el fallador dio por demostrado el contrato de mandato comercial que existió entre las partes y no el de trabajo que, a juicio del demandante, fue el que se celebró entre ellas. Al desarrollar el primer cargo el recurrente se refiere a las pruebas mal apreciadas o dejadas de apreciar por el sentenciador para tratar de demostrar con éstas los errores que le imputa.

Pero, resulta que si para comprobar la violación de la ley que por error de hecho le atribuye al fallador, es necesario acudir al examen de las pruebas, ya no se está dentro del ámbito de la infracción directa, sino que se trataría de una modalidad distinta y no precisamente la escogida por el impugnante, puesto que, como lo ha dicho la Corte de manera reiterada, el planteamiento de una violación por vía directa no puede hacerse a través del análisis de cuestiones probatorias tendientes a demostrar que la sentencia acusada dejó de apreciar unas pruebas o estimó equivocadamente otras, lo cual es materia de una modalidad diferente.

Además, no puede olvidarse que el error de derecho implica el quebrantamiento de una regla legal *sobre prueba* (se subraya) que lleva a la infracción de una norma sustantiva en la cual el derecho que se reclama está consagrado. El recurrente no demuestra el error de derecho en la forma que lo exige el art. 87 del C. P. L. en concordancia con la parte final del inciso primero del artículo 61 del mismo Código. El entendimiento de ambas disposiciones está vinculado al aspecto de determinadas solemnidades exigidas por la ley, en los casos en que ella misma reclama requisitos que deban llenarse para que el acto sea válido. El impugnador se refiere a dicho error de modo general, sin precisar exactamente la *prueba* que a su manera de ver no reviste la solemnidad requerida para la validez del acto. Por otra parte, el error en la apreciación de una misma prueba no puede ser simultáneamente de derecho y de hecho, como se deduce del planteamiento que hace el recurrente en el texto de su escrito. Ahora bien: si del acervo probatorio que obra en el proceso, el sentenciador prefirió algunas de las piezas para formar su convicción y entre las testimoniales aducidas le dio mayor validez a una de ellas, como sucede en el caso de autos con la declaración de Aristóbulo Rueda, no resulta justificada la acusación del fallo, pues si tiene facultad para escoger, mal puede haber incurrido en error de hecho por haber preferido la que según él ofrecía mayor credibilidad en cuanto a los hechos afirmados; y más aún teniendo en cuenta la libertad de que

goza el juez para apreciar las pruebas que han de determinar su convencimiento sobre la materia discutida en el juicio. En relación con las irregularidades procedimentales que anota el recurrente, sabido es que ellas no son alegables en casación sino en las instancias.

Las deficiencias técnicas de que adolece la formulación de este cargo y las observaciones hechas por la Sala respecto de los errores imputados al fallador, son suficientes para desestimarlo y por tanto no prospera.

Segundo cargo.—El recurrente impugna la sentencia por aplicación indebida del artículo 331 y ss. del C. de Co. por cuanto el vínculo que ligaba a las partes era de carácter laboral y no de índole comercial, llegando así a la violación de las normas que cita.

Se remite en la acusación a los "errores de hecho y de derecho" que le atribuye al fallador en el primer cargo, en el cual, según él, incurrió el Tribunal "por equivocada apreciación de las pruebas o falta de estimación de algunas de ellas y porque tuvo en consideración en la providencia, elementos del juicio que no autoriza la ley debido a que no están revestidos de las solemnidades del caso y porque dejó de apreciar los medios de prueba del demandante aducidos al juicio con las formalidades legales".

Pero ocurre que el impugnante en este segundo enfoque de la acusación de la sentencia no singulariza los elementos probatorios y se limita a remitir el ataque que aquí formula a los errores que a su manera de ver cometió el *adquem* al decidir la litis, aduciendo los mismos argumentos que presentó para hacer el primer cargo, haciéndolos consistir en idénticas causas que, según él, originaron la violación.

Como los errores de hecho y de derecho que le imputa al sentenciador ya fueron materia de estudio por parte de la Sala al considerar el cargo anterior, las razones allí expuestas son igualmente valederas para que éste, tal como está formulado, no contenga la eficacia necesaria para llegar a quebrar la sentencia proferida por el Tribunal. En tal virtud el cargo no prospera.

Por lo anteriormente dicho, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo materia del recurso.

Costas a cargo del 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.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TECNICA DE CASACION

Deficiencias técnicas de casación en la elaboración de la demanda, por no aparecer en el proceso cumplidas las formalidades que el recurrente anota en su escrito de impugnación.—La verificación o el conteo de la verdad de las proposiciones que se afirman en la demanda solo puede realizarlas el juez por los medios de prueba establecidos y determinados por la ley, lo mismo que el sistema para valorarlos.—Sólo puede llegar hasta donde la norma procesal lo indica.

La verificación o el control de la verdad de las proposiciones que se afirman en la demanda, sólo puede realizarlas el Juez por los medios de prueba establecidos en la ley, ya que éstos no son creación de las partes, sino que los establece y determina aquella lo mismo que el sistema para valorarlos. La libertad de que goza el juzgador para formar su convicción no puede llegar hasta el extremo de que él pueda acudir a instrumentos o piezas que no han sido allegadas al juicio legalmente, es decir, por los medios y en la oportunidad que la misma norma procesal indica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., veintinueve de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo).

GUILLERMO OMAR HURTADO CORTES, por medio de apoderado, instauró demanda ordinaria laboral contra la CERVECERIA ANDINA S. A. para que se le condenara a pagar indemnización de perjuicios por daño emergente y lucro cesante, prima de servicios, cesantía, indemnización moratoria, salarios dejados de recibir, auxilio de invalidez y costas.

Como hechos, relacionó los siguientes:

"Mi representado el señor Guillermo Omar Hurtado Cortés, trabajó mediante contrato de trabajo escrito en la Empresa Cervecería Andina S. A., desde el 7 de marzo de 1961 hasta el 14 de junio de 1962, que fue despedido de la Empresa;

Mi patrocinado devengó como último salario a razón de $ 31.02;

El demandado está debiendo a Guillermo Omar Hurtado Cortés la cesantía correspondiente al tiempo de servicio;

La Cervecería Andina S. A. aún está debiendo a mi poderdante la prima de servicio correspondiente al semestre del año de 1962;

El patrono rompió unilateralmente y en forma intempestiva el contrato de trabajo sin pagarle indemnización alguna al demandante, el día 13 de junio de 1962;

El día 13 de junio de 1962 se hallaba incapacitado el señor Guillermo Omar Hurtado Cortés por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, según constancia de la historia clínica;

A partir del 7 de marzo de 1962 a mi patrocinado, por disposición del Jefe de Personal, se le removió del cargo de Agente Vendedor, por el de Cajero de la Central del Sur con una remuneración de $ 550.00 mensuales, violando el contrato de trabajo firmado por mi apoderado (sic);

Con fecha 13 de junio de 1962 se pasó un aviso para dar por terminado el contrato de trabajo, violando el artículo 48 del C. S. T. por no haber cancelado previamente todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones;

Según oficio del señor Médico Director de Riesgos Profesionales del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, mi patrocinado padece de una enfermedad que tiene un tratamiento indefinido, la incapacidad fue dada desde el día 13 de junio de 1962 hasta el día 9 de agosto de 1962;

El señor Guillermo Omar Hurtado Cortés se encontraba en perfecta salud el día 7 de mar-

zo de 1961 cuando firmó el contrato de trabajo".

La parte demandada contestó el libelo manifestando que ninguna de las peticiones era procedente, negó los hechos y se remitió a lo que se probara en el juicio.

El Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá decidió la litis así: "1º Condénase a la Sociedad Cervecería Andina S. A. a pagar en favor del señor Guillermo Omar Hurtado Cortés, en su condición de extrabajador, las siguientes cantidades y por los siguientes conceptos: Cesantía, $ 1.157.00; prima semestral, $ 456.37; auxilio de invalidez, $ 3.651.00; Salarios caídos. $ 1.278.06. 2º Declárase probada la excepción de pago a favor de la parte demandada hasta por la cantidad de $ 2.863.70; dedúzcase esta suma del monto de las condenas. 3º Absuélvese a la demandada de las demás peticiones formuladas en el libelo. 4º Costas a cargo de la parte demandada en un 60%".

Apelada la sentencia por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resolvió el recurso de la siguiente manera: "Modifícase el fallo apelado, el cual quedará así: 1º—Condénase a la Sociedad Cervecería Andina S. A. a pagar al señor Guillermo Omar Hurtado Cortés las siguientes sumas de dinero: $ 1.158.64 por cesantía, $ 410.61 por prima de servicios, $ 3.651.00 por auxilio de invalidez, $ 2.495.26 por lucro cesante, $ 1.430.21 por indemnización moratoria. 2º—Declárase probada la excepción de pago hasta por la suma de $ 2.863.70. Dedúzcase esta cantidad de las condenas anteriormente relacionadas. 3º—Absuélvese a la entidad demandada de los restantes cargos formulados en su contra. 4º—Costas de primera instancia a cargo de la Sociedad demandada en un 85%. 5º—Sin costas en esta segunda instancia".

Interpuesto y concedido el recurso de casación por ambas partes, ha llegado el negocio a la Corte, en donde tramitado legalmente pasa a decidirse, mediante el estudio de las respectivas demandas.

La parte demandada aspira a que esta Sala "case totalmente la providencia impugnada para que, en su lugar, actuando como *ad-quem*, revoque la del *a-quo* y absuelva a la Cervecería Andina S. A. de todas las súplicas del libelo originario de la litis".

Para tales efectos invoca la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, por ser la decisión violatoria de ley sustantiva.

Formula un solo cargo así: "Por aplicación indebida, la sentencia recurrida infringió los artículos 64, 306, 249, 253, 278 y 65 del C. S. T.— Esta infracción se produjo como consecuencia del evidente error de hecho en que incurrió el *ad-quem* al dar por acreditado un salario de $ 30.43 diarios sin que aparezca en el expediente prueba idónea sobre él ni sobre ninguno otro".

En el desarrollo del cargo el recurrente razona en esta forma, refiriéndose a la sentencia: "En efecto, acerca de este punto dijo: 'El salario devengado por el trabajador fue de $ 30.43 diarios, según se desprende de la documental de folio 78' y acontece que esta documental no fue decretada como prueba ni a solicitud de parte ni de oficio; el actor no la relacionó en su demanda (folios 2 a 6 del cuaderno principal), por lo cual el decreto pertinente (folios 44 a 45 ibidem) no la podía aludir ni contener; cuando se llevó al juicio se hizo 'por vía puramente informativa'; según palabras textuales del apoderado del demandante (folio 79 ibidem); el Juez del conocimiento la ordenó agregar a los autos 'sin que ello implique un nuevo decreto de pruebas' (folio 80 ibidem); con posterioridad por ninguna parte aparece que este funcionario lo hubiera tenido de oficio como prueba; tampoco la tuvo como prueba el Tribunal ni de oficio ni a solicitud de parte; por último no existe ninguna prueba legalmente asumida referente al salario devengado por el actor".

Se considera:

El sentenciador de segundo grado dice lo siguiente: "Existencia del contrato de trabajo.— Con los documentales de folios 7, 9, 10, 91 y ss. y las copias de las diligencias de pago por consignación, se establece que el demandante Guillermo Omar Hurtado Cortés prestó sus servicios a la Sociedad demandada desde el 7 de marzo de 1961 hasta el 13 de junio de 1962, fecha esta última en que el patrono dio por terminada la relación laboral, de conformidad con la nota de despido de folio 10. El salario devengado por el extrabajador fue de $ 30.43 diarios, según se desprende de la documental de folio 78. Sentado lo anterior, se estudian las súplicas de la demanda. . .".

Se estudia el cargo: El recurrente demandado, como se ha visto en la transcripción del desarrollo que hace para fundamentar las acusación de la sentencia, sostiene que la pieza que obra a folio 78 del expediente (que le sirve al

sentenciador para determinar la cuantía del salario) no fue relacionada en la demanda como prueba de la cual se iba a valer el actor para demostrar la cuantía de la remuneración, ni incluída en el decreto de pruebas, sino que el juez ordenó agregar aquella documental a los autos sin darle el carácter de prueba y que por último no existe ninguna prueba legalmente asumida referente al salario devengado por el demandante.

Evidentemente, en el proceso no aparecen cumplidas las formalidades que el recurrente demandado anota en su escrito de impugnación. A folio 79 del informativo consta que el apoderado del actor allegó al expediente "por vía puramente informativa" la carta que Cervecería Andina S. A. dirigió a Guillermo Omar Hurtado C. y que es la misma pieza que obra a folio 78.

La Ley de procedimiento determina claramente el momento en que pueden incorporarse al juicio los instrumentos que han de servir de prueba para acreditar las afirmaciones hechas por quien pretende el reconocimiento de sus derechos dentro del proceso.

Por otra parte, la verificación o el control de la verdad de las proposiciones que se afirman en la demanda, sólo puede realizarlas el juez por los medios de prueba establecidos en la ley, ya que éstos no son creación de las partes, sino que los establece y determina aquella lo mismo que el sistema para valorarlos. La libertad de que goza el juzgador para formar su convicción no puede llegar hasta el extremo de que él pueda acudir a instrumentos o piezas que no han sido allegadas al juicio legalmente, es decir, por los medios y en la oportunidad que la misma norma procesal indica.

Como se ha anotado antes, la documental del folio 78, según aparece de autos, no fue aportada legalmente y sin embargo el sentenciador la consideró como pieza eficaz para demostrar el salario devengado por el trabajador, por lo cual incurrió en manifiesto error de hecho al tomar como cuantía del salario la suma de $ 30.43 y por consiguiente infringió por este aspecto las disposiciones sustantivas citadas por el recurrente aplicándolas indebidamente para fijar el monto de las condenas.

Por las consideraciones que anteceden el cargo ha de prosperar y por consiguiente la sentencia habrá de casarse.

La parte demandante-recurrente aspira a que se case la sentencia y para tales efectos señala como motivos de casación el de que ella "es violatoria de ley sustantiva laboral" y formula la acusación así:

"Capítulo primero. a) Por aplicación indebida del artículo 1º del Decreto 616 de 1954, ya que el juzgador presumió sin fundamento la existencia contractual de la cláusula de reserva en la relación laboral existente entre Cervecería Andina S. A. y Guillermo O. Hurtado Cortés.

Capítulo segundo. b) Por interpretación o apreciación errónea de los artículos 1º, 19, 55 y 65 del C. S. T. y artículos 1604 y 2341 del C. C., ya que restringió el alcance del artículo 65 del C. S. T. engañado por la apariencia de derecho que generaba la consignación arbitraria hecha de mala fe por Cervecería Andina S. A. de una suma de dinero que se quiso hacer aparecer por dicha empresa empleadora como lo que confesaba deber al trabajador Guillermo O. Hurtado Cortés y que como arriba lo expresé sólo tenía por fin atajar de cualquiera manera la causación indefinida de los salarios caídos. Mala fe que ha seguido apareciendo ostensiblemente a lo largo del proceso con la interposición de recursos dilatorios, todo encaminado a hacer más y más gravosa la situación de la parte débil en la relación laboral y a dilatar y "mejor demorar" legalmente la acción de la justicia".

Se estudia el cargo:

Se acusa la sentencia por aplicación indebida del artículo 1º del Decreto 616 de 1954 (reformatorio del artículo 48 del C. S. T.) por haber presumido el fallador la cláusula de reserva en la relación laboral existente entre las partes. Según el contenido de lo que el recurrente denomina "capítulo primero" del cargo, no se indica la clase de error que hubiera cometido el sentenciador; pero entendiendo su texto como un posible error de hecho mediante el cual se produjera la violación legal por aplicación indebida de la norma que se cita en él, no se hace referencia alguna a las disposiciones de derecho material que como consecuencia de la indebida aplicación del artículo 1º del Decreto 616 de 1954 hubieran resultado infringidas y por tanto desconocidos los créditos reclamados. Tal circunstancia lleva a la conclusión de que por estar incompleto el cargo, su formulación carezca de eficacia para quebrar la sentencia.

En relación con el llamado "capítulo segundo" de la impugnación, por "interpretación o apreciación errónea" de las normas allí invoca-

das, se observa que tanto el texto transcrito como en la argumentación que presenta para sustentar el cargo, vincula éste al aspecto probatorio del proceso, como son el documento de consignación y la mala fe, lo cual no cabe dentro del motivo escogido para atacar el fallo; a más de que en el pasaje pertinente de la sentencia no se aprecia que el Tribunal hubiera desviado el recto entendimiento del artículo 65 del C. S. T., pues precisamente por entenderlo correctamente se produjo la condena hecha por la mora en el pago de lo debido, según el demandante.

El cargo no prospera.

Consideraciones de instancia.

Como la acusación de la sentencia por la parte demandada se funda exclusivamente en el evidente error de hecho en que incurrió el *ad-quem* al dar por establecido un salario promedio de $ 30.43 diarios, sin estarlo mediante prueba idónea; la misma acusación dejó incólumes los demás fundamentos de hecho, distintos de la cuantía de tal salario, en que se basan las condenaciones sobre cesantía (artículos 249 y 253 del C. S. T.), auxilio de invalidez (artículo 278), prima de servicios (artículo 306), indemnización del lucro cesante (artículo 64) e indemnización moratoria (artículo 65). Por lo tanto, habiendo prosperado el ataque de la empresa pero solamente con el alcance limitado que se indica, quedan en pie: la duración del contrato desde el 7 de marzo de 1961 hasta el 13 de junio de 1962; la invalidez permanente parcial del actor, de origen no profesional, y la graduación del respectivo auxilio equivalente a cuatro meses de salario; el despido ilegal del trabajador y, finalmente, la mora de la empresa en el pago de la prima de servicios correspondiente a 1952 y de la cesantía, entre la fecha del despido y la consignación judicial (30 de julio de 1962), sin motivo razonable que la explique. En consecuencia, la prosperidad del aludido recurso no conduce al desconocimiento del derecho de Guillermo Hurtado Cortés a las prestaciones e indemnizaciones decretadas (salvo que se haya extinguido) sino a una nueva liquidación de sus cuantías, con base en el salario que resulte de autos o, a falta de toda prueba, en el mínimo legal. Pues la Corte ha censurado reiteradamente la conducta de algunos falladores que, no obstante admitir la existencia de una relación laboral y las prestaciones consiguientes, absolvían a los patronos so pretexto de no hallar acreditado el monto del salario; pero, además, la norma positiva refrendó aquella jurisprudencia al ordenar: "A falta de prueba del salario estipulado en cada caso, las condenas a que haya lugar en las controversias laborales se calcularán sobre el que se señale por peritos designados oficiosamente por el juez, sin bajar del respectivo mínimo" (Ley 187 de 1959, art. 4º).

Obran en el proceso, entre los documentos enunciados y producidos oportunamente, las copias de la consignación judicial de $ 2.863.70, hecha por Cervecería Andina S. A. a favor de Hurtado, "con destino al pago de las acreencias laborales" del mismo (f. 71) y el original de la carta de despido (f. 10), en donde se le dice:

"Sírvase pasar por la oficina de personal de la empresa... para pagarle el valor del preaviso y demás prestaciones a que tenga derecho".

Como la Cervecería discutió en el juicio la invalidez indemnizable de su ex-trabajador, las prestaciones a que se refieren la carta de despido y la consignación judicial no pudieron ser otras que la cesantía por un año 3 meses y 8 días (464 días) y la prima de servicios por 5 meses y 13 días (164 días). El monto de "las acreencias laborales" confesadas por la empresa al consignar los $ 2.863.70, corresponde por lo tanto "al valor del preaviso" y al de las mencionadas prestaciones y no a otros factores adicionales (v.gr. salarios, vacaciones, etc.) porque no los menciona la carta de despido, ni acompañó la empresa la liquidación que pudiera demostrarlos, a pesar de haberla anunciado (f. 19, letra c).

Ahora bien: conocido que la cesantía por un año equivale al salario de 30 días, a la de 464 días corresponderá necesariamente el de 38.13; y si la prima de servicios de un año equivale al salario de 30 días, la de 164 días será el de 13.47. Las prestaciones consignadas valen, pues, 51.6 días de salario, y el preaviso 45 días.

Dividiendo $ 2.863.70 por 96.6 se obtiene un promedio diario de $ 29.64. Ante esta confesión no puede estimarse que falta la prueba del último salario, para ordenar su fijación pericial conforme a la Ley 187 de 1959; pues en el evento de que el estipulado o devengado hubiere sido mayor, no aparece acreditado en el proceso por la parte a quien correspondía desvirtuar el así confesado por la empresa.

De otro lado, por virtud del mismo razonamiento anterior es forzoso aceptar que la consignación judicial extinguió por pago (consta que su valor fue retirado por Hurtado) la deuda por

cesantía y prima de servicios, y así habrá de declararse.

Finalmente, establecido el pago de 45 días por concepto de un preaviso no causado, deben descontarse esos días del tiempo faltante para el vencimiento del plazo presuntivo del contrato (85 días) y liquidarse la indemnización del lucro cesante sobre 40 días.

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, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto, por sus ordinales 1º y 2º hace determinadas condenas contra la Sociedad demandada y declara probada una excepción, y en función de instancia, reforma los ordinales 1º y 2º del fallo de primera instancia, los cuales quedarán así:

PRIMERO: Condénase a la Sociedad Cervecería Andina S. A. a pagar a Guillermo Hurtado Cortés, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, las siguientes sumas de dinero: Tres mil quinientos cincuenta y seis pesos con ochenta centavos ($ 3.556.80) por auxilio de invalidez; un mil ciento ochenta y cinco pesos con sesenta centavos ($ 1.185.60) por indemnización del lucro cesante, y un mil trescientos sesenta y tres pesos con cuarenta y cuatro centavos ($ 1.363.44) por indemnización moratoria.

SEGUNDO: Declárase extinguida por pago la deuda de la misma Sociedad en favor del mencionado Guillermo Omar Hurtado Cortés, por cesantía y prima de servicios, y en consecuencia se la absuelve por esos conceptos.

No la casa en lo demás.

Costas de la segunda instancia a cargo de la parte demandada, en un sesenta por ciento. 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.

PAGO SOLIDARIO POR INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR RUPTURA ILEGAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

La solidaridad legal en beneficio del trabajador.—Personería sustantiva o adjetiva.—Controversia relativa a la prueba de la personería de la parte demandada, y sus efectos procesales.—Alcance en casación de la inobservancia de las formalidades previstas para el perfeccionamiento de una sociedad.—Indemnización moratoria.—Alcance del art. 65 del C.S. del T. referido al punto de la buena fé del patrono.

1.—La solidaridad legal que establece el art. 36 del C.S.T., es un principio que solo afecta las relaciones de las sociedades de personas y sus miembros y de éstos entre sí, en la forma en que indica el precepto, respecto de los derechos y prestaciones emanados del contrato de trabajo, todo en beneficio del trabajador. También consagra esa norma la solidaridad entre los condueños o comuneros de una misma empresa, mientras permanezcan en indivisión, en beneficio del trabajador.

2.—Para que se produzca la sanción prevista en el artículo 65 no se requiere, que se demuestre mala fé del patrono en el no pago de las prestaciones debidas. La norma debe aplicarse en todos los casos en que no se ha producido el pago de los salarios y prestaciones debidos a la terminación del contrato, no estando el patrono autorizado por la ley o por convención para retener esos valores, a menos que la conducta del patrono se justifique en la forma antes dicha, y esta justificación es lo que configura la buena fé de su proceder como causal eximente de la sanción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., treinta de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

AMILCAR PUENTES ANGARITA, por medio de apoderado, demandó al doctor OSCAR DUQUE PEREZ y al establecimiento comercial denominado FERRETERIA INDUSTRIAL LIMITADA, cuyo representante legal es el mismo Duque Pérez, para que se le condenase a pagarle solidariamente indemnización de perjuicios por ruptura ilegal del contrato de trabajo, los salarios correspondientes a la última quincena de servicios, el valor del auxilio de cesantía, la prima de servicios y la indemnización de perjuicios por mora en el pago de las prestaciones reclamadas.

Al fundamentar la demanda, dijo que ingresó al servicio del establecimiento comercial denominado "Ferretería Industrial, Limitada" por haberlo contratado personal y directamente el doctor Oscar Duque Pérez. Que prestó sus servicios desde el 16 de febrero de 1956 hasta el 19 de junio del mismo año, como administrador del referido establecimiento, con un salario básico de $ 350.00 mensuales más el 2% sobre las ventas brutas. Que Duque Pérez, diciéndose propietario del citado establecimiento, lo obligó a retirarse del cargo en la fecha antes indicada, y que no le ha pagado los salarios de los 19 días de junio de 1956, ni la cesantía, ni las demás prestaciones a que tiene derecho. Agrega que le inició un juicio ordinario de trabajo para obtener el pago de salarios y prestaciones insolutos, pero como el establecimiento comercial denominado Ferretería Industrial, Limitada, no tenía existencia jurídica para la época en que prestó sus servicios, el juzgado absolvió a dicho establecimiento de las peticiones de la demanda, por haberse incoado mal la acción de cobro. Que en posiciones el doctor Oscar Duque Pérez reconoció la existencia del contrato de trabajo, el salario promedio de seiscientos cincuenta pesos ($ 650.00) mensuales, el tiempo de servicio y el no pago de ninguna prestación, así como los salarios correspondientes a los días 1º a 19 de junio de 1956, que tampoco le fueron cubiertos.

En derecho invocó los artículos 22, 23, 24. 32, 33, 36, 47, 127, 57, ordinal 7º, 65, 249, 253, 306 del C. S. T. y los pertinentes del Código Procesal del Trabajo.

Surtido el traslado de rigor, la parte demandada dejó transcurrir el término correspondiente y no contestó la demanda. En la cuarta y última audiencia de trámite se apersonó al juicio por medio de apoderado y, en esa oportunidad, el mandatario judicial alegó en favor de su representado las excepciones de cosa juzgada, "ya que anteriormente fue absuelta la Ferretería Industrial, según lo dice la demanda", y la ilegitimidad de personería del demandado doctor Oscar Duque Pérez por no ser éste socio de la "Ferretería Industrial, Ltda." y no ser, por tanto, responsable de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo de Puentes con la citada empresa.

El Juez del conocimiento, que lo fue el del trabajo del Circuito de Cúcuta, desató la litis por sentencia mediante la cual declara probadas las excepciones perentorias de cosa juzgada y de ilegitimidad de personería sustantiva de la parte demandada, por lo que se refiere a la demanda contra el doctor Oscar Duque Pérez como obligado directo; absuelve a la Ferretería Industrial, Limitada y al doctor Oscar Duque Pérez de todos los cargos formulados en el libelo de demanda y condena en costas al demandante.

La parte vencida interpuso el recurso de apelación contra el fallo del juzgado, que decidió la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pamplona, en sentencia mediante la cual "revoca el punto primero del fallo del juez *a-quo* en cuanto a la declaratoria sobre excepción perentoria de cosa juzgada y lo confirma en lo demás". Revoca el punto segundo del mismo fallo y condena "a la empresa o establecimiento comercial Ferretería Industrial, Limitada, representada por su gerente, doctor Oscar Duque Pérez, o quien haga sus veces, a pagar al señor Amílcar Puentes las siguientes sumas: "$ 220.18 por cesantía; $ 220.18 por prima de servicios; $ 23.199.12 por concepto de "salarios caídos", más "los que se produzcan hasta la fecha en que se haga el pago definitivo". Condena en costas de primera instancia a la parte demandada. Sin costas en la segunda instancia.

El apoderado de Oscar Duque Pérez interpuso el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido y tramitado debidamente, la Corte procede a decidirlo teniendo en cuenta la demanda de casación y el correspondiente escrito de réplica.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación:

Persigue se case la sentencia del Tribunal para que la Corte, convertida en Tribunal de instancia, absuelva "de todos los cargos de la demanda al establecimiento comercial denominado "Ferretería Industrial, Limitada" como lo hizo el Juzgado Unico Laboral de Cúcuta, en la sentencia de primer grado".

Con apoyo en la causal primera del artículo 87 del C. P. L. formula cuatro cargos, que se estudian en su orden.

Primer cargo

Acusa la sentencia de ser violatoria "por infracción directa de los artículos 36 del Código Sustantivo del Trabajo; del artículo 2083 del Código Civil; del artículo 472 del Código del Comercio y del artículo 27 del Código de Procedimiento Laboral".

Al desarrollar el cargo, dice el recurrente que el Tribunal, con apoyo en el acervo probatorio, concluye en su sentencia que el establecimiento denominado "Ferretería Industrial, Limitada" era una sociedad de hecho, perteneciente a las señoras Dorothy Maé de Duque e Ilva Rueda de Alarcón; que el mismo fallo considera que el demandado Oscar Duque Pérez no es el propietario del mencionado establecimiento comercial y que el demandante no trabajó en su beneficio, por lo cual encuentra probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería de dicho demandado.

Sin embargo, agrega, la parte resolutiva del fallo "concluye desatinadamente por no haber tenido en cuenta o aplicado las disposiciones que considero violadas en este cargo, por cuanto condena al pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones reclamadas, no a las propietarias del establecimiento comercial Sociedad de hecho "Ferretería Industrial, Limitada", sino a "la Empresa" mencionada que no tiene existencia jurídica alguna".

Concluye de allí que el concepto de violación de las normas señaladas en el cargo consiste "en no haberlas aplicado, siendo el caso de hacerlo", porque todas ellas, particularmente el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, es-

tablece perentoriamente que los condueños o comuneros de una empresa (Ferretería Industrial, Limitada) son solidariamente responsables en el cumplimiento de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo. Que los trabajadores que hubieren contratado con ella deben dirigir la correspondiente acción contra cada uno de los socios o condueños de la Sociedad de hecho, como ha interpretado esta disposición la jurisprudencia nacional.

Que como violación de medio, la sentencia infringe el artículo 27 del C. P. L. que no aplicó el Tribunal, siendo el caso de hacerlo, puesto que la demanda debe dirigirse contra el patrono o contra su representante "que tenga facultad para comparecer en juicio". Que habiendo considerado que la "Ferretería Industrial, Limitada" es una Sociedad de hecho, cuyos condueños son la señora Dorothy Maé de Duque e Ilva Rueda de Alarcón, si hubiese aplicado la citada disposición procedimental, el fallo habría decidido que estaba probada la falta de personería sustantiva de la demandada "Ferretería Industrial, Limitada", que carece como tal de personería jurídica, o sea, que no existe la legitimación en causa de la parte demandada en este juicio.

Agrega que no se trata simplemente de la excepción dilatoria consagrada en el numeral segundo del artículo 333 del C. J., sino de la titularidad del derecho, cuestión fundamental para la estabilidad de las relaciones jurídicas en todo juicio. Termina el cargo manifestando que de acuerdo con la jurisprudencia que invoca y la claridad de las disposiciones que señala como violadas, se infiere que si se demanda una empresa que no es una Sociedad legalmente constituída y que por tanto carece de personería jurídica, se sitúa el caso dentro de la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva o falta de legitimación de la parte demandada.

Segundo cargo

Acusa la sentencia de ser violatoria, por aplicación indebida del artículo 36 del C. S. T., los artículos 467, 470 del Código del Comercio, los artículos 40 y 41 de la Ley 28 de 1931; el artículo 341 del C. J. y los artículos 27 y 36 del Código de Procedimiento Laboral.

Al sustentar el cargo manifiesta que la indebida aplicación de las disposiciones citadas ocurrió a consecuencia "de errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas y la falta de apreciación de otras, o por haber dado por demostrado hechos que manifiestamente no han ocurrido".

Dice que el Tribunal da por demostrado legalmente el hecho de la constitución de la Sociedad Ferretería Industrial, Limitada, con pruebas consistentes en un certificado fragmentario de la Administración de Hacienda Nacional de Cúcuta que obra al fl. 15, correspondiente a los años de 1955 y 1956, en el cual figuran como socios de la Ferretería Industrial Limitada, Ilva Rueda de Alarcón y Dorothy Maé de Duque y con un certificado expedido por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Cúcuta que obra al folio 13. Que en esta forma y por lo que respecta a la apreciación de las anteriores pruebas, el Tribunal "incurrió en manifiesto error de derecho en la apreciación de ellas, porque de acuerdo con los artículos 467 y 470 del Código de Comercio y 40 y 41 de la Ley 28 de 1931, sólo es prueba eficaz para demostrar la existencia de una Sociedad comercial y su representante legal, la escritura pública de constitución y la certificación expedida por el secretario de la respectiva Cámara de Comercio, donde se halla inscrita la Sociedad". Que como la ley exige prueba solemne en el caso de constitución de una Sociedad comercial, al atribuírle esa calidad a los certificados de los fls. 13 y 15, el Tribunal aplicó indebidamente las citadas disposiciones legales "por manifiesto error de derecho" a consecuencia de lo cual declaró no probada la excepción perentoria "de falta de personalidad sustantiva de la entidad comercial demandada Ferretería Industrial, Limitada, que no tiene existencia jurídica". Que si no hubiese sido por ese error de derecho el sentenciador hubiera declarado probada la falta de legitimación en causa de la parte demandada, propuesta antes del fallo de primera instancia.

Dice que la aplicación indebida de los artículos 27 y 36 del Código de Procedimiento Laboral y del artículo 36 del C. S. T. "obedece a los errores manifiestos de hecho cometidos por el sentenciador en la apreciación de los dos certificados, de los folios 13 y 15 y del libelo de demanda (folios 2 a 4), pues los representantes de la Sociedad de hecho Ferretería Industrial Limitada, no son otras personas que las propietarias del mencionado establecimiento comercial, que carece de personería jurídica como Sociedad comercial, por lo que la demanda "para llenar los requisitos de legitimación en causa de la parte demandada" ha debido dirigirse contra

las condueñas de la empresa señoras Ilva Rueda de Alarcón y Dorothy Maé de Duque.

Que el sentenciador no apreció como prueba lo afirmado por el demandante en su demanda respecto al hecho de haber iniciado un juicio de trabajo contra Ferretería Industrial, Limitada, juicio que no prosperó porque dicho establecimiento no tenía existencia jurídica para la época en que el demandante prestó sus servicios. Que con el presente juicio no han cambiado las circunstancias anotadas, porque el demandante es el mismo, la causa petendi idéntica y la parte demandada el mismo establecimiento comercial a quien el Juez del Trabajo de Cúcuta absolvió en el primer juicio por falta de personería sustantiva de la parte demandada.

Que no habiendo el demandante siquiera afirmado que la Ferretería Industrial, Limitada, era una Sociedad comercial, no puede sostenerse que la Sociedad de hecho que encontró el juzgador, se transformó en Sociedad de responsabilidad limitada con base en los certificados de los folios 13 y 15, porque ello quebranta, por aplicación indebida, los artículos 467 y 470 del Código de Comercio y 40 y 41 de la Ley 28 de 1931, por manifiestos errores de hecho.

Que el sentenciador violó por no haber aplicado, siendo el caso de hacerlo, los artículos 473 y 474 del C. J. (violación de medio) porque aceptando en la misma sentencia que en otro juicio entre las mismas partes y por la misma causa, se había absuelto a la demandada, no declaró probada la excepción perentoria de cosa juzgada propuesta por el apoderado de la parte demandada. Que la falta de legitimación en causa de una de las partes en un juicio, declarada en la sentencia que se dicte, tiene las consecuencias de la cosa juzgada, tal como ocurre en el presente caso.

Tercer cargo

Acusa la sentencia de violar por interpretación errónea el artículo 65 del C. S. T., los artículos 341 y 343 del C. J. y 32 del Código de Procedimiento Laboral.

Dice que la errónea interpretación del artículo 65 del C. S. T. se advierte cuando el sentenciador condena a la sanción moratoria que sólo puede aplicarse por mala fe comprobada o por ánimo injusto o por intención temeraria del patrono que se niega a pagar. Que según jurisprudencia de la Corte, para la aplicación del mencionado artículo 65 es indispensable allegar las pruebas que establezcan la mala fe o la intención temeraria del patrono deudor.

Que el Tribunal erró igualmente al desentrañar el correcto sentido del artículo 32 del Código de procedimiento Laboral que debe entenderse en armonía con los artículos 341 y 343 del C. J., en cuanto estimó en el fallo que las excepciones perentorias sólo pueden proponerse en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite. Que si no hubiese interpretado erróneamente la norma anotada, habría declarado probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva de la parte demandada, en la misma forma y por las mismas razones que fue decretada a favor del demandado Oscar Duque Pérez. Que al demandarse a la Ferretería Industrial, Limitada, resulta más clara la excepción, porque, según el artículo 36 del C. S. T., la acción sólo puede dirigirse contra los condueños o socios y no contra un simple nombre de establecimiento comercial que no es persona natural ni jurídica y que por tanto, no puede ser sujeto de derecho ni de obligaciones, resultando de todo que no se halla demostrada la legitimación en causa de la parte demandada.

Cuarto cargo

Impugna la sentencia por aplicación indebida de los artículos 47, 64, 65 y 249 del C. S. T. y del artículo 49 del Código de Procedimiento Laboral, como consecuencia de errores manifiestos de hecho en la apreciación de unas pruebas y por falta de apreciación de otras.

Los errores de hecho los hace consistir en dar por demostrado, sin estarlo, "la mala fe o el ánimo injusto o temerario en el pago del auxilio de cesantía" a consecuencia de lo cual aplicó en forma indebida el artículo 65 del C. S. T. al condenar a la Ferretería Industrial, Limitada, al pago de "los salarios caídos".

Al desarrollar el cargo dice que para aplicar el artículo 65 se hace necesario demostrar "la culpa como elemento integrante de la mala fe", que debe probarla quien la alega. Que se ha condenado a la Ferretería Industrial, Limitada, como demandado solidario, por considerar su actitud contraria a la lealtad personal en razón de la posición asumida por Oscar Duque al absolver las posiciones que obran a fls. 21 y 22 si se las compara con las absueltas en el presente juicio (fls. 16 a 18), en donde resulta que el ab-

solvente manifiesta no recordar los hechos que fueron confesados como ciertos en la primera diligencia. Que la forma como el doctor Oscar Duque absolvió las posiciones es la que corresponde a una conducta prudente para el absolvente que debe responder al interrogatorio desleal y suspicaz a que se le sometió y en que tuvo que responder sobre muchos hechos que no recordaba por no tener el texto de las posiciones anteriormente absueltas y sobre las cuales se le preguntaba si era cierto lo que allí había confesado. Que por la forma como el sentenciador apreció los pliegos de posiciones para deducir una conducta desleal por parte del doctor Oscar Duque, se advierte el error manifiesto de hecho, si se tiene en cuenta que en la misma sentencia se reconoce que Duque facilitó durante el juicio los Libros de Contabilidad que fueron objeto de inspección ocular, cuando hubiera podido negarlos, en cuyo caso no se hubieran encontrado las pruebas fundamentales que el juzgador tuvo en cuenta. Que en el proceso no existe siquiera indicio de que pueda demostrar deslealtad procesal de la parte demandada, pues por el contrario ésta asumió una actitud pasiva, porque no contestó la demanda, ni pidió la práctica de pruebas a su favor, facilitó la inspección ocular sobre los libros de contabilidad, y Duque Pérez absolvió dos pliegos de posiciones sin estar obligado a ello y "únicamente ejerció la función exceptiva por motivos perentorios, como la falta de legitimación en causa y la excepción perentoria de cosa juzgada con fundamento en las mismas pruebas pedidas por la parte demandante".

Que el sentenciador dio por demostrado, sin estarlo, que el único demandado solidario que aparece condenado en el juicio, Ferretería Industrial, Limitada, era una Sociedad de responsabilidad limitada, debidamente constituída con fecha posterior a aquella en que el demandante afirma que prestó sus servicios a dicho establecimiento, "cometiendo el error de hecho manifiesto, de considerar demostrada la justificación en causa de una persona jurídica o moral, sin estarlo". En consecuencia, estimó que Oscar Duque Pérez era el representante legal de esa imaginaria Sociedad comercial por lo cual aplicó indebidamente las disposiciones señaladas en el cargo.

Como pruebas no apreciadas por el Tribunal y con las cuales "demuestra ausencia de mala fe por parte de Oscar Duque como supuesto representante de la Sociedad de hecho condenada en este juicio", señala las siguientes:

La demanda que obra de folios 1 a 4, principalmente la manifestación del demandante de que el establecimiento comercial Ferretería Industrial no tenía personería jurídica en la época en que prestó sus servicios, por lo cual se le absolvió en otro juicio; el ordinal d) de la petición de pruebas; los certificados de fls. 13 y 15 y la constancia que obra en la copia de las posiciones absueltas por Oscar Duque el 22 de febrero de 1957, para indicar que proceden "del juicio seguido por Amílcar Puentes contra Ferretería Industrial Limitada en demanda de prestaciones, salarios caídos, etc., en cuantía mayor de $ 2.000.00".

Que de esas pruebas no apreciadas por el Tribunal se demuestra que con anterioridad al presente juicio existió otro del mismo demandante Amílcar Puentes, con igual causa petendi y contra el mismo establecimiento comercial "Ferretería Industrial Limitada" y en el cual se dio como representante legal, sin serlo, al doctor Oscar Duque. Que en ese primer juicio se absolvió a la empresa demandada por falta de legitimación en causa, por no existir la Sociedad de responsabilidad limitada "presumida por el legislador" y por tanto "la fuerza de la cosa juzgada ampara a la parte demandada".

Dice que habiéndose absuelto a Oscar Duque y no habiendo recurrido en casación el demandante sino únicamente la parte demandada, es evidente la buena fe de la Ferretería Industrial, Limitada, pues su conducta está amparada por el fallo absolutorio a su favor, proferido en el primer juicio de que ya se habló.

Agrega que el sentenciador dejó de aplicar, siendo el caso de hacerlo, los artículos 47 y 64 del C. S. T., porque habiendo encontrado probado, según los considerandos del fallo, que Puentes entró el 16 de febrero y trabajó hasta el 19 de junio de 1956 en la Ferretería Industrial, Limitada y que su retiro fue voluntario, no consideró que el demandante fue quien produjo la ruptura unilateral del contrato presuntivo de trabajo en forma deliberada "y por tanto de mala fe, lo que daría derecho al patrono a la indemnización de perjuicios durante el mes y 17 días que hicieron falta para los seis meses del contrato presuntivo de trabajo". Lo anterior significa "que para el caso eventual de que el auxilio de cesantía le pudiera ser reconocido como única prestación social a que se refiere la parte resolutiva de la sentencia, sólo equivaldría a más de mes y medio de salarios". Termina di-

ciendo que lo que se constata en el juicio es la mala fe del demandante manifiesta en la ruptura del contrato de trabajo y en la actitud procesal reñida con las normas de la lealtad que ha debido tener al pedir pruebas. Que a la parte demandada le acompaña la buena fe, demostrada por las pruebas que dejó de apreciar el sentenciador o por las que apreció erróneamente.

Por su parte, el opositor dice que los cargos son improcedentes y expresa las razones que estima apropiadas para confutar las apreciaciones del recurrente y pide se mantenga la sentencia del Tribunal.

Se estudia la acusación

La Corte examina conjuntamente los cargos primero y segundo porque la cuestión de fondo que en ellos se plantea es una misma, relacionada con la falta de existencia jurídica de la "Ferretería Industrial, Limitada", codemandada en este juicio, como obligada solidaria, con Oscar Duque Pérez.

Sobre el particular el Tribunal, después de analizar las pruebas aportadas al juicio, expresó lo siguiente:

"El doctor Oscar Duque Pérez tenía un establecimiento comercial o negocio al que denominó Ferretería Industrial Ltda., seguramente con el ánimo de convertirla en Sociedad de responsabilidad limitada, como efectivamente lo hizo con posterioridad al retiro del demandante Amílcar Puentes. De las varias pruebas que obran en el expediente se deduce que como dueñas ó propietarias de dicho establecimiento figuraban su señora Dorothy Maé de Duque e Ilva Rueda de Alarcón, esposa de su socio doctor Alarcón. Durante el tiempo que el demandante prestó sus servicios, en realidad lo que existía era una Sociedad de hecho, que inclusive llevaba libros de contabilidad, como lo demuestra la inspección ocular que se practicó sobre los mismos y en los cuales consta toda la actividad del demandante y sueldos devengados. También está claro que quien gerenciaba y dirigía con absoluta autonomía el negocio era el doctor Oscar Duque, como expresamente fue aceptado por él en la absolución de posiciones que hizo en juicio anterior, y cuya copia tenida como prueba en este juicio, obra a los fls. 21 y 22".

Más adelante, agregó:

"Pues bien, está plenamente demostrado el trabajo del demandante, su actividad personal, su subordinación, su salario. Y está demostrado también que prestó sus servicios al establecimiento Ferretería Industrial, Limitada, que es una Sociedad de hecho o de derecho, que tiene un gerente que es el doctor Oscar Duque Pérez, que tiene dos socias propietarias que son las ya mencionadas señoras. Hay entonces una empresa o entidad que necesariamente tiene que responder por las prestaciones de su empleado Amílcar Puentes. Se ha visto cómo su gerente se contradice en las dos posiciones absueltas y también cómo durante la inspección ocular presentó una relación exacta de ventas, sueldos, etc. Que es una empresa que tiene Libros de Contabilidad registrados. Está también claro que el doctor Duque no es el propietario de la Ferretería Industrial, pero sí es su gerente y entonces está bien encauzada la demanda contra el establecimiento comercial Ferretería Industrial Limitada, representada legalmente por su gerente, como Sociedad de hecho para la fecha en que prestó sus servicios Amílcar Puentes, de acuerdo con el certificado de la Secretaría de Hacienda Municipal de Cúcuta (fl. 13) y con el de la Administración de Hacienda Nacional de la misma ciudad (folio 15)".

De lo que se deja transcrito de la sentencia se saca en claro que lo que el Tribunal pretendió fue separar y examinar la situación del establecimiento denominado "Ferretería Industrial, Limitada", respecto de dos momentos o épocas diversas: la primera referida a aquella en que el demandante trabajó en dicho establecimiento, que tenía la apariencia de una Sociedad limitada, según su nombre o razón social, pero que en realidad no existía jurídicamente, pues sólo era una Sociedad de hecho. La segunda, en que presupone constituída la Sociedad demandada para la fecha en que se inició el presente juicio, pues estima bien dirigida la acción contra el establecimiento comercial "Ferretería Industrial, Limitada", representada legalmente por su gerente doctor Oscar Duque Pérez, y a quien personalmente absuelve como codemandado por considerar que él no es propietario de dicho establecimiento, sino sólo el gerente de esa empresa.

Así las cosas, no se ve cómo el sentenciador pudo violar el artículo 36 del C. S. T. por falta de aplicación, según se expresa en el primer cargo. Porque si el Tribunal no encontró demostrado que Oscar Duque Pérez estaba obligado a responder con la Ferretería Industrial, Limitada de las prestaciones e indemnizaciones recla-

madas por el demandante, tenía que absolverlo como lo hizo y condenar a la codemandada a quien consideró como única obligada al pago de las prestaciones reclamadas.

La solidaridad legal que establece el artículo 36 del C. S. T., es un principio que sólo afecta las relaciones de las Sociedades de personas y sus miembros y de éstos entre sí, en la forma que indica el precepto, respecto de los derechos y prestaciones emanados del contrato de trabajo, todo en beneficio del trabajador. También consagra esa norma la solidaridad entre los condueños o comuneros de una misma empresa, mientras permanezcan en indivisión, en beneficio del trabajador. Si ninguna de estas hipótesis legales allí contempladas corresponde realmente a la situación de hecho que se planteó y debatió dentro del juicio, no se ve cómo el sentenciador debía aplicar esta disposición para producir su condena contra el demandado Oscar Duque y contra las otras personas que pretende el recurrente que no son partes del juicio.

Tampoco aparece la violación del artículo 27 del Código de Procedimiento Laboral, puesto que el trabajador indicó en la demanda que dirigía su acción contra el establecimiento comercial denominado "Ferretería Industrial, Limitada", representado por su gerente, el señor Oscar Duque Pérez, a quien también demandó como obligado solidario. Si el demandante designó a dicho establecimiento comercial como una Sociedad de responsabilidad limitada, representada por su gerente Duque Pérez, y así se le hizo saber a la parte demandada al notificársele la demanda y corrérsele el traslado de la misma, no se ve cómo pueda haberse violado por el sentenciador el artículo 27 del C. P. L. ni el 36 ibidem. La pretensión de la parte demandada recurrente de que la acción debió dirigirse contra las señoras Dorothy Maé de Duque e Ilva Rueda de Alarcón, como condueñas del establecimiento denominado Ferretería Industrial, Limitada, que señala como Sociedad de hecho, plantea a destiempo una cuestión principal, puesto que la prueba de la personería de la parte demandada no fue objeto de controversia al adelantarse el juicio, y dentro del procedimiento laboral y acorde con el espíritu que informa el artículo 36 de dicho estatuto, los problemas sobre personería sustantiva o adjetiva no interfieren la actividad juzgadora, a menos que en el juicio se debata como cuestión principal este punto, por lo cual el silencio de las partes sanea los vicios de que en esta materia pudiera adolecer el proceso. Por ello, en la parte final del citado artículo 36 se dispone que si el juicio se ha adelantado sin que se presente la prueba mencionada y no ha habido controversia sobre el particular, el juez decidirá sin consideración a la falta de esa prueba.

Por otra parte, como lo tiene ya establecido la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, la controversia relativa a la existencia o personería sustantiva de la demandada, o a la validez de su representante, para que pueda producir efectos en juicio debe plantearse *como cuestión principal del debate*, y es sabido que las cuestiones principales se proponen como acción o como excepción al comienzo del juicio, con la presentación de la demanda y su contestación y hasta la primera audiencia de trámite, momento en el cual queda precisada la relación jurídico procesal que debe desatar la sentencia.

Para hacer resaltar lo inadecuado que resulta el aspecto por el cual se ataca la sentencia en los dos primeros cargos, basta recordar que de conformidad con los artículos 472 y siguientes del Código de Comercio la inobservancia de las formalidades prescritas para el perfeccionamiento de una Sociedad sólo es motivo de nulidad entre los socios, por lo que la cuestión de no aparecer la Sociedad que figura como parte de un juicio, no puede ser materia del recurso de casación si no ha sido punto que se haya discutido como cuestión principal en el pleito.

Se advierte finalmente que la sentencia del Tribunal condena a la Ferretería Industrial Limitada al pago de cesantía, prima de servicios y de los llamados "salarios caídos" o indemnización por mora y ocurre que el recurrente se abstiene, en los cargos que se examinan, de indicar las normas de derecho sustancial en que se consagran los derechos y prestaciones reconocidos en el fallo que se impugna. Significa lo anterior que las proposiciones jurídicas formuladas por el recurrente en los cargos primero y segundo resultan incompletas, sin que sea posible a la Corte subsanar tal deficiencia, que por sí sola es suficiente para hacer inestimable la acusación. No prosperan los cargos examinados.

Tercer cargo

El tercer cargo encamina la acusación a obtener la quiebra de la sentencia en lo relacionado con la condena por los llamados "salarios caídos" o indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C. S. T. El ataque se hace consistir en haber apreciado erróneamente el men-

cionado artículo y las demás disposiciones que en el mismo se indican.

Para proferir la condena indemnizatoria de perjuicios por mora en el pago de las prestaciones, el Tribunal tuvo en consideración que el gerente de la empresa demandada no se comportó con lealtad durante el proceso, como lo exige el artículo 49 del C. P. L. y además, que no consignó el valor de las prestaciones del demandante, pues en el juicio no se acreditó tal hecho. El razonamiento que al respecto hace el sentenciador no contraría el sentido y alcance del artículo 65 del C. S. T. que impone al patrono la obligación de pagar al trabajador, a la terminación del contrato, los salarios y prestaciones debidos so pena de incurrir en la sanción que allí se establece, consistente en la obligación de pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. Tampoco resulta opuesto a lo preceptuado en el numeral 2º del mismo artículo que establece la forma como el patrono puede liberarse de la sanción moratoria consignando ante el Juez del Trabajo, y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia, en el evento de que no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir.

El Tribunal para producir la condena indemnizatoria por mora no aplicó ni tuvo en cuenta, porque ello no era procedente, el artículo 32 del Código de Procedimiento Laboral, ni los artículos 341 y 343, del C. J., que el recurrente acusa como erróneamente interpretados por el sentenciador. Esas disposiciones se refieren a la procedencia y oportunidad en que pueden proponerse las excepciones que el demandado crea tener en su favor, posibilidad que, en el caso *sub-judice*, ninguna relación tienen con la condena indemnizatoria decretada, puesto que en el juicio no se ha alegado ni probado que la parte demandada haya pagado al trabajador los salarios y prestaciones que le adeuda. El cargo no prospera.

Cuarto cargo

En el cuarto cargo el recurrente persigue la infirmación de la sentencia recurrida por haber aplicado indebidamente los artículos 47, 64, 65 y 249 del C. S. T. y 49 del C. P. L. Considera la Sala, en primer término, que la supuesta violación de los artículos 47 y 64 del C S. T., no pudo producirse por el concepto que indica el recurrente, pues la sentencia no contiene condena alguna referente a la indemnización de perjuicios (lucro cesante), por ruptura ilegal del contrato, lo que significa que el sentenciador no aplicó dichas normas y antes bien absolvió a la parte demandada de la petición contenida en el punto segundo del libelo inicial.

En cuanto a los perjuicios moratorios de que trata el artículo 65, al analizar el cargo anterior se dejó establecido que el Tribunal, al decidir lo referente a este extremo de la demanda, se fundamentó no sólo en la falta de lealtad procesal del gerente de la Ferretería Industrial, Limitada, sino principalmente en el hecho de no haberse demostrado en el juicio que la demandada hubiese negado el valor de las prestaciones a que tenía derecho el trabajador. El recurrente encamina todos sus esfuerzos para demostrar que Oscar Duque como gerente de la empresa demandada observó una conducta acorde con la lealtad procesal, y mediante una alegación propia de instancia trata de explicar las razones por las cuales dicho señor, al absolver posiciones dentro de este juicio, trató de ignorar determinados hechos y circunstancias que había aceptado, recordado y reconocido en las posiciones que había absuelto anteriormente.

Sin embargo, el recurrente, a través de las pruebas que señala como mal apreciadas y de las que indica como dejadas de apreciar, no logra desvirtuar el fundamento principal de la condena, consistente en que no se demostró dentro del juicio que el demandado hubiese pagado al trabajador los salarios y prestaciones reclamados. Este soporte del fallo no es siquiera atacado en el cargo que se examina y ello es suficiente para que no se infirme la sentencia.

Además, debe advertirse que en el presente caso la empresa demandada no ha controvertido siquiera la existencia del contrato de trabajo invocado por el demandante, por lo que la renuencia en el pago de las acreencias debidas al trabajador resulta injustificada. Por otra parte debe agregarse, para aclarar conceptos del recurrente, que la jurisprudencia ha aceptado no aplicar la sanción del artículo 65 del C. S. T. cuando la conducta patronal, de abstenerse de pagar los salarios y prestaciones debidos al trabajador al tiempo de la terminación del contrato, resulta abonada por la buena fe de su proceder, bien sea por tener el convencimiento honesto de que no ha existido contrato de trabajo

entre las partes y lo haya discutido con razones valederas dentro del juicio, o porque también de buena fe y por motivos plausibles acreditados dentro del proceso, considere que no está obligado al pago de determinadas prestaciones, aún sin que sea el caso de que niegue la existencia del contrato de trabajo. Por tanto, para que se produzca la sanción prevista en el artículo 65 no se requiere, como pretende el recurrente, que se demuestre mala fe del patrono en el no pago de las prestaciones debidas. La norma debe aplicarse en todos los casos en que no se ha producido el pago de los salarios y prestaciones debidos a la terminación del contrato, no estando el patrono autorizado por la ley o por convención para retener esos valores, a menos que la conducta del patrono se justifique en la forma antes dicha, y esta justificación es lo que configura la buena fe de su proceder, como causal eximente de la sanción.

El cargo no prospera.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida proferida en este juicio por el Tribunal Superior —Sala de Casación Laboral— del Distrito Judicial de Pamplona.

Costas a cargo de la parte recurrente.

PUBLIQUESE, COPIESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TECNICA DE CASACION

Por falta de los requisitos legales de la demanda se declara desierto el recurso de casación.—Falta de indicación de la sentencia impugnada.—Señalamiento del alcance de la impugnación.—Qué persigue el recurso de casación.—Qué debe contener el petitum de la demanda de casación.

Juicio de Pedro León Herrera Castro vs. Círculo de Ibagué.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., noviembre treinta de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

Se procede a calificár conforme al mandato del artículo 65 del Decreto-Ley 528 de 1964, la demanda de casación que mediante apoderado presenta el señor PEDRO LEON HERRERA CASTRO.

La calificación dicha se encamina a establecer si la demanda reúne los requisitos establecidos por el artículo 63 del decreto referido. El texto del mismo es como sigue: "La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas".

Antes de expedirse esta disposición, el artículo 90 del Decreto 2158 de 1948, convertido en ley permanente y que contiene las normas sobre procedimiento en los juicios del trabajo, señaló los requisitos que debe reunir la demanda de casación. Sobre la materia dispuso: "La demanda de casación deberá contener: 1º—La designación de las partes; 2º—La indicación de la sentencia impugnada; 3º—La relación sintética de los hechos en litigio; 4º—La declaración del alcance de la impugnación; 5º—La expresión de los motivos de casación, indicando: a).—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. b).—En caso de que se estime que la infracción legal ocurrió como consecuencia de errores de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas, citará éstas singularizándolas y expresará qué clase de error se cometió".

Por otra parte, el artículo 70 del Decreto 528 de 1964 dice que éste "no reglamenta íntegramente las materias a que se refiere; en consecuencia, deroga solamente las disposiciones que le sean contrarias".

Si se examina con mediano cuidado lo estatuído por el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, se verá que ninguna de sus normas es contrariada por lo dispuesto en el artículo 90 del Decreto 2158 de 1948, y que, en cambio, éste es un desarrollo detallado y de acuerdo con la técnica que la doctrina y la jurisprudencia han señalado a la demanda de casación, de lo ordenado en forma general por el artículo 63. Los requisitos que aparecen en el artículo 90 del Decreto 2158, no visibles en aquel artículo 63, no son sino exigencias obvias dentro de la demanda de casación y su objetivo, como es fácil deducir de lo dispuesto en los ordinales 1º, 2º y 4º del primer artículo nombrado. E igualmente lo que se establece en el ordinal 5º no es nada distinto del complemento específico de lo mandado por el artículo 63. El texto de éste es idéntico al del artículo 351 del C. J., sobre cuya aplicación la Corte Suprema de Justicia fijó en numerosas sentencias el criterio que guió al codificador de las normas de procedimiento laboral para señalar en detalle los requerimientos del ataque en casación contra las sentencias que quebrantan normas sustanciales de orden nacional. Esos requerimientos, que corresponden a las características específicas de cada concepto de

violación así como a la intervención o no de factores de hecho en la determinación del quebrantamiento legal, deben cumplirse dentro de una estricta exigencia de técnica del recurso para que a la Corte le sea viable el examen y confrontación de los textos legales que se estimen violados por la sentencia impugnada.

Por las anteriores circunstancias, los mandatos del artículo 90 del Decreto 2158 de 1948 se encuentran en plena vigencia y al efectuarse la calificación de la demanda conforme al artículo 65 del Decreto 528 de 1964, debe atenderse a las exigencias del artículo 63 del mismo decreto y a los requisitos de dicho artículo 90, que encierran las primeras y las complementan.

En la demanda de casación que se califica se encuentra lo siguiente: a) No se indica la sentencia impugnada, y b) No se señala el alcance de la impugnación. Este es el petitum de la demanda de casación y debe contener no sólo lo que se pide para tutelar los intereses litigiosos de la parte interesada, sino también, y primeramente, lo que se pretende dentro de la finalidad propia del recurso, que busca esencialmente unificar la jurisprudencia nacional y quebrar la sentencia que viola la ley sustantiva que quebranta el principio defendido con el segundo motivo de casación o se pronuncia cuando existe alguna de las nulidades del artículo 448 del C. J.

Por otro lado, la sustentación del recurso está hecha como un alegato de instancia antes que como una demanda de casación, y la indicación de las normas legales de carácter sustantivo que se consideran violadas se hace en tal forma impropia, que no permite un estudio de fondo de la acusación. Por ello pecaría contra la más elemental norma de economía procesal continuar la tramitación del recurso en este negocio. Y precisamente lo que busca el ordenamiento del artículo 65 del Decreto 528 de 1964 como medida de economía procesal, es el rechazo oportuno de aquellas demandas que no permiten, por su falta de técnica formal, el examen de fondo de la acusación.

Por lo expuesto, se considera que la demanda examinada no llena los requisitos legales y, conforme a lo dispuesto por el artículo 65 del Decreto 528 de 1964, SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Ignacio Reyes Posada, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Violación indirecta de la ley.—Falsa imputación de error de hecho en la apreciación probatoria.—Compensación.—Requisitos indispensables para que las deudas sean compensables.—Apreciación antitécnica del presunto error de hecho.—Las dos modalidades de falta de apreciación y de apreciación equivocada de los elementos probatorios son diferentes y no pueden presentarse sin definirlos de manera concreta en relación con cada prueba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., treinta de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

Se estudia y decide la demanda de casación que por intermedio de apoderado formuló la "COOPERATIVA DE PROFESIONALES LIMITADA", con domicilio en la ciudad de Medellín, contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de ese Distrito —Sala de Casación Laboral— en el juicio ordinario promovido por el doctor Gabriel Arenas Sánchez contra la nombrada Sociedad, dentro del cual ésta formuló, por su parte, demanda de reconvención contra el actor.

El recurso extraordinario se interpuso sólo por la Cooperativa, y contra la sustentación que presentó su apoderado, no se formuló oposición.

ANTECEDENTES DE INSTANCIAS

La demanda en juicio pidió la condena de la entidad demandada por concepto de auxilio de cesantía, compensación de vacaciones, prima de servicios, salarios insolutos, indemnización compensatoria (lucro cesante) o de preaviso e indemnización moratoria. En demanda de reconvención la Sociedad demandadà solicitó la condena del actor por concepto de perjuicios presuntamente causados a la Cooperativa con los actos y omisiones del demandante reconvenido durante el período posterior a la fecha en que se dio por terminado su contrato de trabajo y en que continuó "usurpando el cargo de gestor y director de la Cooperativa, utilizando sus muebles y enseres, cobrando sus cuentas y haciendo pagos en forma arbitraria".

La litis se desató en primera instancia con la sentencia proferida por el Juez Primero del Trabajo de Medellín, en la cual se condena a la Sociedad demandada al pago de diversas sumas por concepto de auxilio de cesantía, prima de servicios, salarios insolutos y compensación por vacaciones no disfrutadas, se la absuelve de la petición sobre indemnizaciones compensatoria y moratoria y se condena al actor al pago de una indemnización con base en el artículo 56 del C. de P. L.

La providencia del *a-quo*, apelada por ambas partes, fue modificada por el fallo de segunda instancia en lo relativo a la cuantía de las condenas en favor del actor, fallo que revocó la resolución de primer grado sobre aplicación del artículo 56 del C. de P. L. y, además, declaró probada la excepción de pago por parte del valor de las condenas mantenidas.

LA DEMANDA DE CASACION

El impugnador de la sentencia del *ad-quem* señala como alcance de la impugnación la casación total de la sentencia recurrida y pide, en consecuencia, que la Corte, como Tribunal de instancia, revoque o modifique el fallo del *a-quo* conforme a las peticiones concretas que formula en el curso de la acusación.

Para lograr su propósito, el recurrente acusa el fallo del Tribunal con base en la causal primera del artículo 87 del C. de P. L. y concreta su ataque mediante tres cargos que se examinan y deciden a continuación.

PRIMER CARGO

"Violación indirecta, a través de manifiesto error de hecho, de los artículos 55, 58 (numeral 3º), 60 (numeral 8º) y 64 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto el juzgador *ad-quem* dejó de aplicar dichas disposiciones cuando debió haberlas aplicado, en concordancia y relación con los artículos 1.613 y 1.614 del Código Civil y con los artículos 1.714 y 17 y 15 de la misma obra".

Dice el acusador que el error de hecho consistió "en que el Tribunal de Medellín consideró... que no se encontraban demostrados "los hechos que sirvieron de fundamento a las peticiones formuladas por los representantes de la entidad demandada" en su demanda de reconvención, al no existir "una prueba clara sobre los presuntos perjuicios que el demandante hubiese causado a la Cooperativa de Profesionales Ltda.", (fl. 381, al final y vto.) cuando en realidad aparece plenamente demostrado a través de numerosas piezas del informativo... que el actor reconvenido incumplió en materia grave algunas de las obligaciones contractuales...".

Estima que al error de hecho anotado llegó el *ad-quem* a causa de la indebida apreciación de las siguientes piezas del informativo: a) Del acta de la inspección ocular, practicada por el Tribunal de Medellín en las Oficinas del Banco Popular de dicha ciudad el día 10 de septiembre de 1958 (folios 369 y ss.); b) De las respuestas a los pliegos de posiciones que fueron absueltas por Arenas Sánchez (folios 202 y ss.); c) De los documentos suministrados por el Banco Popular que aparecen a folios 296 y ss.; d) De la carta de Arenas Sánchez que aparece a folios 259 y ss.; e) Del acta de la inspección ocular practicada por el juzgado el día 7 de noviembre de 1957 (folio 24 del 2º cuaderno); f) De los documentos que aparecen a folios 265 y ss. contentivos de una diligencia de requerimiento; g) Del talonario de cheques numerados como los folios 203 y 244 y del talonario que aparece a continuación del folio 370; h) Del dictamen pericial que aparece a folios 304 y ss. y de su ampliación que se lee a folios 27 y siguientes del segundo cuaderno; i) De la declaración de Jaime Alvarez (folio 373); y j) Carta visible a folio 26".

Luégo el impugnador agrega que el error de hecho anotado a) figura en el siguiente párrafo de la sentencia acusada: "Dentro de las súplicas formuladas por el actor aparecen (sic) la de sueldos entre el 10 de noviembre de 1956 y el 26 de marzo de 1957. Inocua es esta petición YA QUE SE TRAJO CERTEZA SOBRE EL FENECIMIENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO EL 10 DE NOVIEMBRE DE 1956 (mayúsculas mías) y el actor no ha probado que hubiese prestado su actividad como gerente en dicho lapso y apenas aparecen algunas actuaciones esporádicas, generalmente, el pago del señor Jaime Alvarez y de la oficina que ocupaba la Cooperativa. Al respecto cabe observar que el citado Alvarez verificaba gestiones en favor del doctor Arenas Sánchez, como áquel lo confiesa en declaración rendida ante este Despacho y ratificada con las testificaciones juradas de la señorita Ofelia Uribe y Jesús Agudelo y, además, que la oficina cuyos arrendamientos pagaba ES Y HA SIDO OCUPADA POR EL DEMANDANTE PARA EL EJERCICIO DE SU PROFESION (mayúsculas mías)". (Pág. 6 de la sentencia recurrida). El recurrente dice que estos mismos hechos son los anotados por la Sociedad demandada en el hecho sexto de la demanda de reconvención, con lo cual aparece en forma manifiesta y ostensible el error de hecho del Tribunal al afirmar que no aparecen probados los hechos que sirvieron de fundamento a la demanda de reconvención.

El recurrente se detiene en el examen del experticio para calificarlo como muy deficiente por la calidad del perito designado y expresa que, no obstante esto, hay una precisa estimación de los perjuicios sufridos por la Cooperativa al no hacerse entrega oportuna por el gerente de los libros, bienes, enseres, en la suma de un mil quinientos pesos, y considera que la Corte, una vez casada la sentencia, mediante auto para mejor proveer debe ordenar nuevamente la práctica de la prueba pericial.

Finalmente indica que la incidencia en el fallo de este error de hecho del Tribunal consiste en que, de no haberse incurrido en él, han debido admitirse, aunque en forma parcial, las pretensiones de la demanda de reconvención y declarándose las compensaciones correspondientes conforme a los artículos 1714 y 1715 del C. C., de acuerdo con jurisprudencia laboral reiterada.

Se estudia el cargo:

El quebrantamiento de la norma sustancial contenida en el artículo 64 del C. S. del T., que consagra las consecuencias indemnizatorias por

incumplimiento del contrato de trabajo, unido al de las demás disposiciones que se citan en el enunciado del cargo, se señala como resultado de manifiesto error de hecho por "indebida apreciación" de algunas de las pruebas que obran en los autos y que el recurrente singulariza. Pero al revisar el desarrollo de la acusación, se encuentra que el impugnador no hace sino un corto análisis de la prueba pericial, que reconoce como extremadamente deficiente por la calidad del perito que el juez *a-quo* escogió para auxiliarlo. De manera que en relación con las demás pruebas singularizadas, no se hace en concreto ningún esfuerzo demostrativo de la equivocada apreciación que de ellas hubiese hecho el *ad-quem*. La cita del párrafo de la sentencia en la que se reconocen hechos que concuerdan con parte de los indicados en la demanda de reconvención, no puede considerarse como la demostración del error de hecho. Por el contrario: Si no existiese diferencia en cuanto a la existencia de los hechos entre el Tribunal y el reconviniente, a pesar de lo cual la conclusión del primero en cuanto a los derechos fuese contraria a lo establecido en la ley, no se trataría de violación por error de hecho, y como consecuencia por vía indirecta, sino de quebrantamiento por alguno de los conceptos que caracterizan la violación directa de la ley.

Si la demostración de la apreciación equivocada de las pruebas se concreta al dictamen pericial a éste sólo debe reducirse el examen por parte de la Sala.

Ya se vio cómo el mismo impugnador da poco mérito a esta prueba y llega a solicitar su nuevo decreto por la Corte. Ahora veamos lo que al respecto expresa el Tribunal: "En cuanto a la demanda de reconvención no se demostraron los hechos que sirvieron de fundamento a las peticiones formuladas por los representantes de la entidad demandada. En efecto, se repite, no existe una prueba clara sobre los presuntos perjuicios que el demandante hubiese causado a la Cooperativa de Profesionales Ltda., ni menos que la gestión del doctor Arenas hubiese llevado a esta entidad a su liquidación. Obra a fls. 304 y ss. un dictamen pericial que nada dice al respecto y que se limita a expresar, en forma por demás ilegal, que los perjuicios que hubiese sufrido la Cooperativa serían compensados con los salarios caídos. El perito se limitó entonces a fallar el juicio. En síntesis dicho experticio no tiene el carácter de tal y sólo fue una actuación inoficiosa y costosa para las partes. En tales condiciones, se confirmará la absolución con la cual el Juzgado Primero del Trabajo de la ciudad amparó al doctor Gabriel Arenas Sánchez". Es decir, que el *ad-quem* no dio valor probatorio alguno al peritaje por las razones que expone. ¿Habrá en esta apreciación un error? Al revisar el dictamen pericial (fls. 304 y ss. del C. Nº 1) y su ampliación (fls. 27 y ss. del C. Nº 2), se encuentra que sobre los presuntos perjuicios causados a la Cooperativa demandada y reconviniente por actos y omisiones del demandante, expresa: "No obstante la comunicación del doctor Gonzalo Escobar, el gerente continuó desempeñando algunas funciones relativas a dicho cargo y así se puede apreciar por la serie de cheques que giró contra el Banco Popular de esta ciudad en favor de diferentes personas y casas comerciales. Estas funciones las continuó desempeñando el doctor Arenas, según su propio decir, por orden dada por el doctor Gil Sánchez y según él mismo no se convino remuneración por dicha ayuda.

"El doctor Gil, por su parte, niega el mandato conferido al doctor Arenas para que continuara prestándole servicios a la Cooperativa. Si ello fue así para dicha entidad hubo perjuicios, los que considero que ascienden en la actualidad a la suma de $ 1.500.00 si se tienen en cuenta los intereses que con dicha suma pudo haber obtenido la Cooperativa y debido a que la misma se vio impedida a cubrir las prestaciones sociales del doctor Arenas Sánchez.

"Lo anterior se dice con fundamento en las pruebas que aparecen en el expediente, tanto en la relación de folio 257 lo mismo que en la chequera que aparece a folio 284 (sic). Sin embargo, ya hubo de expresarse que de la época mencionada (10 de noviembre de 1956) el doctor Arenas S. había terminado su función como gerente y por ello, si puede hablarse de violaciones y omisiones, de allá para acá".

Y en la ampliación del mismo dictamen se lee:

"Dije que los perjuicios irrogados por el gerente a la Cooperativa ascienden a la suma de MIL QUINIENTOS PESOS ($ 1.500.00), si se tiene en cuenta "la negativa de entrega de libros, bienes, enseres, deterioro de muebles en su poder".

"Añadí, para terminar y aclaro a la vez, que valoraba en la misma cantidad que el demandante cobra a la Cooperativa por salarios caídos,

las sumas por perjuicios que se le han irrogado por la falta de entrega de las cantidades que aparecen giradas contra el Banco Popular y en las cuales la Cooperativa fue giradora".

Se ve de manera muy clara que el perito señaló una suma como valor de perjuicios causados por el actor a la entidad demandada, sin dar ningún fundamento a esa apreciación, ya que la indicación que hace de elementos probatorios en abstracto y la concreta del documento de fl. 257 del C. Nº 1, no puede constituír dicho fundamento. Es entonces una apreciación caprichosa que el *ad-quem* hizo bien en desechar.

Si no existió, pues, el error en la apreciación probatoria, no pudo producirse la violación indirecta de la ley sustancial que se señala en el cargo, y éste, por consiguiente, no prospera.

SEGUNDO CARGO

Se presenta por violación indirecta de los artículos 249, 306, 186, 57 (ordinal cuarto) y 58 (ordinal tercero) del C. S. del T. en concordancia con el artículo 343 del C. J. y los artículos 1.625 y 1.626 del C. C. "incorrectamente aplicados por el juez *ad-quem*" como resultado de manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas.

El recurrente manifiesta que tal error "consistió en no haber declarado el Tribunal, cuando de ello había prueba suficiente en el informativo (y cuando así lo reconoce en parte la misma sentencia), que el valor de los salarios y prestaciones que la Cooperativa pudiese haber adeudado al demandante, se los había pagado, y con exceso, por su propia mano, el ex-gerente demandante".

Se singularizan como elementos de prueba mal apreciados por el Tribunal los siguientes: a).—El acta de inspección ocular (fls. 369 y ss.); b).—Las respuestas dadas por el actor Arenas Sánchez a los pliegos de posiciones (fls. 202 y ss.); c).—Los documentos suministrados por el Banco Popular (fls. 296 y ss.); d).—La carta del actor Arenas Sánchez (fls. 259 y ss.), y e).—El libelo de la demanda (fl. 30).

Para la demostración del error de hecho, el acusador transcribe los siguientes apartes de la motivación del fallo recurrido:

"Está acreditado en el expediente que el doctor Arenas Sánchez como gerente que era de la Cooperativa de Profesionales Limitada, SE PAGABA EN FORMA DIRECTA SUS SUELDOS. Los señores liquidadores de la entidad demandada han sostenido a través del juicio que el demandante retiene los documentos de la Cooperativa y que no ha dado cuenta de los valores contenidos en algunos cheques girados a nombre de la Cooperativa. En la inspección ocular verificada por esta Sala se constató (sic) en las oficinas del Banco Popular que el 23 de marzo de 1957 el doctor Gabriel Arenas Sánchez giró el cheque número 452759 a favor de la Cooperativa de Profesionales por valor de $ 1.300.00 y el cual fue cobrado por el señor Jaime Alvarez. Al respecto aparece acreditado que con anterioridad a esa fecha el doctor Arenas Sánchez estaba reclamando el pago de sus prestaciones sociales y en tal sentido se dirigió al doctor Jaime Gil Sánchez en carta datada el 11 de marzo de 1957, legible a folio 26, COMO A LA FECHA DE HABER GIRADO EL CHEQUE ALUDIDO EL DOCTOR ARENAS SANCHEZ NO DESEMPEÑABA EL CARGO DE GERENTE DE LA COOPERATIVA Y AL NO HABER DEMOSTRADO ESTE QUE INVIRTIO ESE DINERO EN PROVECHO DE LA ENTIDAD DEMANDADA, necesario es imputar su valor al pago de prestaciones" (mayúsculas mías)".

Luégo dice que en el acta de inspección ocular se establece que en la misma forma que el cheque número 452759 de 23 de marzo de 1957 por valor de $ 1.300.00, fueron girados otros con posterioridad al 10 de noviembre de 1956 y cobrados de la misma manera por Alvarez, sin que el ex-gerente hubiese demostrado que los respectivos valores hubiesen sido invertidos en provecho de la Cooperativa. Cita entre tales cheques el distinguido con el número 452728, por valor de $ 500.00. Agrega que, por otra parte, en el texto de la demanda presentada por el actor se lee en el hecho cuarto la manifestación de que "a partir del 10 de noviembre solicité a los doctores dichos el pago de mi última década y mis prestaciones sociales", lo que demuestra que la reclamación venía haciéndola con anterioridad a la emisión por parte del demandante de todos los cheques de que habla el acta de inspección ocular verificada en las oficinas del Banco Popular.

Concluye que "aparece carente de toda lógica la forma en que el Tribunal estimó la prueba de la inspección ocular de que ha venido haciéndose mención, pues los mismos méritos había para aceptar como pago hecho al demandan-

te, por él mismo, el valor del cheque por la suma de $ 1.300.00 como el valor de otros cheques girados con posterioridad al 10 de noviembre, entre ellos, por ejemplo, el Nº 452728 por la suma de $ 500.00". Por lo cual "si el Tribunal hubiese sacado en su integridad las consecuencias lógicas de sus propias premisas en la estimación de la prueba pericial de folios 369 y ss. hubiese debido declarar probada en su integridad, y no sólo parcialmente, la excepción perentoria de pago".

Señala finalmente que la incidencia del error de hecho en la parte resolutiva del fallo acusado se manifiesta en la condena a la Cooperativa a pagar prestaciones y salarios que ella no adeudaba al demandante, con violación de las normas legales señaladas atrás.

Anota que la sentencia carece de técnica jurídica al efectuar la condena por concepto de salarios y prestaciones que a renglón seguido declara, mediante el reconocimiento de la excepción de pago, ya cubiertos al actor, y que la excepción de pago ha debido declararse probada en su totalidad.

Se considera:

Aunque el impugnador singulariza como mal apreciados diversos elementos de prueba, realmente la demostración del equívoco del fallador *ad-quem* se concreta esencialmente al acta de inspección ocular (fls. 269 ss.) y al hecho cuarto contenido en el libelo de la demanda en juicio (fl. 30 del C. Nº 1). La desacertada apreciación por el Tribunal de estos dos elementos probatorios habría consistido en no dar a los cheques girados por el ex-gerente actor con posterioridad al 10 de noviembre de 1956, cuando terminó la vigencia de su contrato de trabajo, el significado de valores ingresados al patrimonio del doctor Arenas Sánchez para amortizar la posible deuda a cargo de la Cooperativa con el mismo por concepto de salarios y prestaciones, teniendo en cuenta que según el acta de inspección ocular de 23 de marzo de 1957, no sólo el cheque número 452759 por $ 1.300.00, sino muchos otros más, fueron girados por el doctor Arenas Sánchez sin ser ya legítimamente gerente de la Cooperativa, es decir, después del 10 de noviembre de 1956, y cuando había reclamado el pago de salarios y prestaciones.

El Tribunal, como consta en la parte del fallo que transcribe el acusador, imputa la suma de $ 1.300.00, correspondiente al cheque número 452759, al pago de prestaciones, con el argumento de que, según aparece en la inspección ocular, el giro de ese cheque se hizo por el doctor Arenas Sánchez con posterioridad a la fecha en que reclamaba el pago de sus prestaciones, cuando ya no era gerente de la Cooperativa y sin que hubiese demostrado que la suma dicha la hubiese invertido en provecho de la entidad demandada. Parte, para el efecto, de la comunicación dirigida por el doctor Arenas Sánchez al doctor Jaime Gil S., de la junta liquidadora de la Cooperativa, el 11 de marzo de 1957 (fl. 26), en la que solicita el pago de lo que cree se le adeuda y fija el correspondiente valor.

En el acta de la inspección ocular se encuentra que efectivamente ningún cheque distinto del número 452759 por $ 1.300.00 fue girado por el doctor Arenas Sánchez con posterioridad a la fecha de la carta en que reclama el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones que cree le adeuda la Cooperativa (ver folio 370). Pero debe anotarse que, según lo expresado por el mismo actor en el libelo de su demanda (fl. 30), el pago de sus salarios (última década) y prestaciones sociales fue solicitado a los representantes de la Cooperativa "a partir del 10 de noviembre" de 1956, por lo cual no habría fundamento para concluír que los cheques girados con posterioridad al 11 de marzo de 1957 sólo por tal circunstancia debían imputarse al valor de los salarios y prestaciones reclamados si no se demostraba la inversión de las sumas respectivas en provecho de la Sociedad demandada. Si la sola circunstancia del giro de los cheques con posterioridad a la reclamación de los salarios y prestaciones que el actor creía debérsele por la Cooperativa determinara la conclusión del Tribunal, los dineros correspondientes a los numerosos cheques que según el acta de inspección ocular varias veces citada se giraron después del 10 de noviembre de 1956, deberían tener la misma imputación dada por el Tribunal a los $ 1.300.00 del cheque número 452759. Mas ocurre, por otra parte, que ni el cheque Nº 452759 ni el Nº 452728 por $ 500.00, de que habla el acusador, ni los otros numerosos cheques que según la inspección ocular fueron girados por el doctor Arenas Sánchez como gerente de la Cooperativa después del 10 de noviembre de 1956, lo fueron a favor del mismo ex-gerente, sino de otras personas o entidades, por lo cual no puede presumirse sin prueba que dé base para el efecto, que los respectivos valores se destinaban a favorecer al propio girador por el hecho de que, como lo expresa el Tribunal, éste "se pagaba en

forma directa sus sueldos". Cosa distinta debería concluírse si los cheques hubiesen sido girados a favor del mismo doctor Arenas Sánchez. La demostración de que las sumas pagadas a otras personas o entidades implicaron gastos e inversiones en provecho de la entidad demandada, como condición para no cargar las sumas respectivas al valor de los salarios y prestaciones adeudados al ex-gerente de la Sociedad, no puede exigirse dentro del juicio laboral por ser materia tal demostración de un proceso judicial diferente. Pero si se pretendía realmente una compensación, la parte interesada tenía la carga de probar que los valores pagados a esas otras personas o entidades, por alguna circunstancia que las convirtiera en obligaciones a cargo del actor, eran compensables con las deudas de la Cooperativa para con el mismo por concepto de salarios y prestaciones.

No ocurriendo esto así dentro del juicio, el Tribunal no tenía fundamento para hacer la imputación que parcialmente hizo, tomando como base solamente la prueba constituída por la inspección ocular y la carta de 11 de marzo de 1957, y no lo tendría tampoco para hacerla, como lo pretende el acusador, por el valor de todos los cheques girados con posterioridad al 10 de noviembre de 1956.

El Tribunal ha dado, así, un valor que no tiene a la prueba de inspección ocular y a la manifestación sobre reclamo de salarios y prestaciones hecha por el actor, pero en sentido contrario precisamente al que el impugnador anota. No obstante, como sólo se considera la única impugnación formulada, que es la de la Cooperativa demandada en el juicio, debe mantenerse lo decidido por el Tribunal.

Por lo dicho, el error en la apreciación de las pruebas que indica el recurrente, no aparece demostrado, y por ello tampoco la violación de las normas legales anotadas en el planteamiento del cargo, y éste, en razón de lo dicho, no prospera.

TERCER CARGO

Se formula, como los dos anteriores, por violación indirecta de los artículos 249, 306, 186, 57 (ordinal cuarto) y 58 (ordinal tercero) del C. S. del T. en relación con los artículos 22 y 23 ibidem y 1.714 y 1.715 del C. C., en el concepto de aplicación indebida, y como consecuencia de error de hecho en la apreciación de algunas pruebas, que se singularizan así: "falta de lógica en la estimación del acta de inspección ocular" (fls. 369 y ss. del C. P.), y "falta de apreciación" o "deficiente apreciación de las siguientes piezas procesales": a).—Las posiciones absueltas por Arenas Sánchez (fls. 202 y ss.); b).—El dictamen pericial y su ampliación (fls. 304 y ss. del C. P. y 27 y ss. del C. Nº 2); c).—La carta de Arenas Sánchez (fls. 259 y ss.); d).—Los talonarios de cheques (fls. 203 y 244), y e).—Los documentos suministrados por el Banco Popular (fls. 296 y ss.).

Según el impugnador, el error de hecho consistió en no haberse declarado por el Tribunal que "en manos de Arenas Sánchez estuvieron sumas de dinero por valor de $ 2.500.00 con posterioridad a la fecha de desvinculación de la Cooperativa, sumas pertenecientes a ésta, las cuales debió haber entregado a los representantes de la Cooperativa o sobre las cuales, al menos, debió haber rendido cuentas demostrativas de haberlas invertido en favor de la misma".

El recurrente se extiende en largas consideraciones sobre las obligaciones del trabajador de conformidad con el artículo 58, ordinal tercero, del C. S. del T., que estima debe aplicarse en armonía con el artículo 19 del mismo Código, con criterio diferente al del *ad-quem* sobre rendición de cuentas, cuando entre la Sociedad y el gerente existe un contrato de trabajo y no un mandato de carácter civil.

Concluye la sustentación del cargo con la manifestación que "si el Tribunal no hubiese incurrido en grave error al omitir la declaración de que se encontraba plenamente probado en el informativo el hecho de que el ex-gerente demandante recibió dineros que ni restituyó ni sobre los cuales rindió cuentas, debió haber declarado la obligación a cargo de dicho gerente de restituír a favor de la Cooperativa demandante (sic) dichas sumas, orden de restitución que debió haber dado lugar, además, al fenómeno jurídico de la compensación hasta concurrencia de las sumas que la Cooperativa adeudase al demandante por concepto de prestaciones y salarios, quedando así, por el saldo restante, un crédito exigible a favor de la Cooperativa y a cargo del demandante".

Se considera:

En este cargo se formula acusación por quebrantamiento de las normas sustanciales que ya fueron señaladas en los dos cargos precedentes, que sólo se complementan con la cita de los ar-

tículos 22 y 23 del C. S. del T. Igualmente la violación se presenta como ocurrida por vía indirecta, con singularización de medios probatorios ya indicados también en los dos primeros cargos.

Al estudiar la demostración sobre el presunto error de hecho en la apreciación de las pruebas en que hubiese incurrido el sentenciador de segunda instancia, se encuentra, en primer lugar, que las pruebas singularizadas se señalan indistintamente como mal apreciadas o dejadas de apreciar por el juzgador, lo que ya implica una presentación antitécnica del presunto error, pues las dos modalidades de falta de apreciación y de apreciación equivocada de los elementos probatorios son diferentes y no pueden presentarse sin definirlas de manera concreta en relación con cada prueba. No es de recibo al plantear el error de hecho expresar indistintamente que una prueba dejó de tenerse en cuenta por el fallador o fue mal apreciada, y una presentación en tal forma sería suficiente para que la Corte no entrara en el examen del argumento. Pero aparte de tal falla, se encuentra que el acusador no se preocupa por demostrar en relación con las pruebas que singulariza en qué consistió el error de hecho cometido por el Tribunal en su apreciación, sino que se extiende en críticas a las conclusiones y al criterio del fallador, que cabrían en una acusación de violación por vía directa, o en la que formula el recurrente pero sólo una vez demostrados los errores de hecho de manera concreta y para establecer las consecuencias de los mismos.

No presentándose la acusación en la forma debida y no hallándose demostrados los errores de hecho que se imputan al sentenciador, el cargo no prospera.

Como consecuencia de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION O REINTEGRO

La retención del trabajador de orden del Gobierno, con apoyo en el art. 28 de la Constitución no es un "arresto correccional" para los efectos del Ordinal 7º del art. 62 del C. S. del T.—Cómo debe ser impugnada en casación la sentencia que ordena el reintegro de un empleado o el pago de cierta indemnización.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., diciembre 13 de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

La BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA puso término al contrato de trabajo existente con RAIMUNDO LIZARRALDE R., invocando como causal que éste se hallaba *retenido* por motivos de orden público, conforme al artículo 28 de la Constitución, desde siete días antes.

Acudió el empleado despedido a la justicia laboral en demanda de su reintegro o, subsidiariamente, de una indemnización. El juez del conocimiento, que lo fue el primero del trabajo de Bogotá, accedió a estas peticiones en forma alternativa, a opción de la Beneficencia.

Apelado por ambos litigantes el aludido fallo, el Tribunal de Bogotá lo confirmó, mediante sentencia contra la cual interpuso la Beneficencia el recurso de casación que va a decidirse. Hubo escrito de oposición.

I.—EL CARGO

Solicita la entidad recurrente que la Corte case la sentencia y, en función de instancia, revoque el fallo condenatorio de primer grado y en su lugar absuelva.

Formula al efecto este solo cargo, con apoyo en la causal primera de casación laboral: "Violación directa, por interpretación errónea, del numeral 7º del artículo 62 del C. S. T. y por ser violatoria, por la misma causa, del artículo 5º de la Ley 57 de 1887".

Que el arresto es una pena, lo define el art. 41 del Código Penal, y que en este sentido lo toma la ley laboral emerge paladinamente, y con reiteración enfática, del mismo precepto discutido cuando le agrega el calificativo de "correccional" y alude a "la causa de la sanción". De dónde si no hay infracción delictual o contravencional, ni investigación, ni defensa, ni proceso, ni decisión judicial o policiva, en un régimen de derecho, no podrá haber arresto correccional.

Ahora bien, la garantía constitucional del habeas corpus **"no impide que aún en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbaciones del orden público, sean aprehendidas y** retenidas **de orden del Gobierno y previo dictamen de los Ministros (y audiencia del Consejo de Estado), las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública". (C.N., a. 28 y 122).**

La aprehensión y retención aquí previstas, no configuran ninguna pena, ni presuponen la prueba de una infracción, ni son el resultado de un proceso normal. Típicas medidas precautelativas del orden público, para su imposición basta la "orden" precedida del "dictamen de los Ministros" y de la "audiencia del Consejo de Estado", sin que el concepto de estos ni el dictamen de aquellos obliguen al Gobierno. Es, pues, el Gobierno quien aprecia libremente la naturaleza y gravedad de los indicios que encuentre en cada caso para ordenar, mantener, prolongar y revocar la retención de una persona, sin más freno que la ulterior responsabilidad por un posible abuso.

Por consiguiente, la retención **del trabajador, de orden del Gobierno, con apoyo en el art. 28 de la Constitución, no es un "arresto correccional" para los efectos del ordinal 7º del art. 62 del C.S. del T.**

Qué incidencia puede tener entonces aquella "retención" sobre el contrato de trabajo? A este interrogante responde el ordinal 1º del artículo 51 de dicho Código, que incluye la fuerza mayor entre las causales, también taxativas, de la suspensión, y el art. 53, enunciativo de sus consecuencias jurídicas.

Aunque en seguida se estudien los argumentos de los contendientes, dado el interés doctrinario del tema, debe observarse de una vez que el planteamiento de la acusación es incompleto y por tanto ineficaz. Pues cuando se intenta invalidar la decisión judicial que obliga a reintegrar a un empleado o a pagarle cierta indemnización es ineludible invocar las normas de derecho material que se refieran concretamente al reintegro o a la indemnización de perjuicios y combatir su aplicación por el fallador, sin que baste atacar disposiciones apenas determinantes de las circunstancias o presupuestos fácticos eventuales que aquellas otras requieren, como el artículo 62 del C. S. T., ni reglas de prelación legislativa, como el artículo 5º de la Ley 57 de 1887.

II.—LA SENTENCIA

Véase ahora la interpretación que de estos preceptos hizo el Tribunal:

"La causa aducida, por la parte demandada, como atrás se relacionó, fue la retención del trabajador. En consecuencia el debate se plantea en torno de un punto esencialmente jurídico: indagar y establecer si el fenómeno de la retención cabe dentro de la causal 7ª del artículo 62 de nuestro Estatuto Sustantivo.

"Las causales que enumera este precepto, para que se pueda provocar la extinción del vínculo laboral, sin previo aviso, son ciertamente taxativas.

"El examen de esta norma, se refiere la Sala a la causal 7ª del artículo 62 del C. S. del T., consigna tres eventos que pueden originar la ruptura del contrato sin previo aviso y si se está dentro de ellos sin indemnizaciones para el extremo patronal. Estos eventos son:

"a).—'La detención preventiva' del trabajador por más de treinta días;

"b).—El 'arresto correccional' que exceda de ocho días;

"c).—El 'arresto correccional', aún por tiempo menor cuando la causa de la *sanción* sea suficiente por sí mismo para justificar la extinción del contrato". (Las comillas y el subrayado son de la Sala).

"Nuestro Código sustantivo, al consagrar la causal 7ª del artículo 62, a no dudarlo, tuvo en cuenta las figuras de la ley penal como fueron las que expresamente mencionó: 'detención preventiva' y 'arresto correccional', con lo cual se quiso expresar siempre una precedencia investigativa, un juicio penal propiamente dicho que pudiera conducir a la captura y detención preventiva de un sindicado, cuando concurrieran las circunstancias o mínimos elementos de que hablan los artículos 379 y 384 del C. de P. P. Esto quiere decir que se haya producido un proceso de responsabilidades para singularizar a un presunto agente activo de un ilícito; pero que en todo caso se haya producido una investigación para establecer el quebrantamiento de la ley. Así que para llegar a la detención preventiva, es preciso agotar, siquiera, un procedimiento mínimo que sirva de base o motivación al auto que se denomina, asimismo, de detención preventiva. Este es el primer evento, en donde se ubica la situación del actor, ya que si en verdad fue capturado no hubo providencia que ordenara su detención; porque la captura siendo un hecho eminentemente material puede tener fundamentos jurídicos o dimanar de procedimientos arbitrarios.

"Los otros dos eventos se refieren en términos generales, al arresto correccional. El arresto correccional por ocho días o por menos tiempo, según se explica en el texto laboral, también se establece, según las voces de la misma norma, como "sanción", lo que implica, aún a la luz de los procedimientos policivos, más breves, expeditos y sumarios la violación de algún precepto, la infracción de un ordenamiento, porque peca contra la lógica común, presumir sancionado a quien no se pueda responsabilizar de una falta y no hay en el juicio prueba para acreditar que se siguió contra el actor, señor Lizarralde, un procedimiento singular, ni judicial ni policivo; por lo tanto dentro de los dos eventos del arresto 'correccional' tampoco se ubica la situación jurídica del señor Raimundo A. Lizarralde. Y es tan evidente lo que el Tribunal afirma que es el mismo Ministro de Guerra quien, a través de su oficio número 271 de 23 de enero de 1964 (folio 66), dice que la 'retención' del señor Raimundo A. Lizarralde se cumplió en desarrollo de las facultades que da al Gobierno el artículo 28 de la Constitución Nacional'. Y aunque para aplicar esa norma, de singulares matices en los Estados de Constitución Democrática como el nuestro, se requiere el concepto del Consejo de Estado y del Consejo de Ministros, formalidades que se desconocen en este juicio, a esta Sala, como Juez laboral no le compete averiguar si fue correcta o incorrectamente apli-

cada esa norma por el Organo Ejecutivo, sino decir, como lo está diciendo, que demostrada como está, que la retención del señor Lizarralde fue la causa de su despido si ésta pudiera tenerse por legal y por justa a tenor de lo que preceptúa el artículo 62, en su séptima causal, del C. S. del T. Ya se dijo que sólo la detención preventiva y el arresto correccional cuando se demuestren son capaces de producir la extinción del contrato laboral, pero cuando se priva a un ciudadano de su libertad por 'retención', medida que no requiere fórmula de juicio, como se desprende del texto constitucional y de lo que ha manifestado el Ministro de Guerra en este juicio, al decir: 'Dentro de estas circunstancias no se requiere presentar pruebas...', la norma invocada por la parte demandada no tiene operancia. La retención es un fenómeno jurídico que mira a la seguridad del Estado y que surge de diversas y complejas circunstancias que pueden apreciar, errada o acertadamente, los agentes del Estado y en su apreciación, cualquier ciudadano de la República puede ser privado de su libertad aún siendo intachable su conducta. Bien entiende el precepto constitucional el señor Ministro de Guerra, cuando explica en el oficio atrás citado, que la retención se puede producir cuando se considere que un ciudadano, su conducta, sea 'susceptible de alterar el orden público'. Se tiene entonces que la retención no es causal para terminar, unilateralmente, el contrato de trabajo por parte del patrono; pero es más, en el caso del actor ésta fue breve, once días, y luégo fue suspendida para el ciudadano en mención, como para también los demás, tan pronto en concepto del Gobierno, desaparecieron las causas que la motivaron'. No cabe, pues, no se identifica, no son sinónimas 'detención preventiva' y 'arresto correccional' con lo que se denomina 'retención' tanto por el aspecto procedimental como se llega a esos fenómenos, como por los fines mismos que persiguen, de donde resulta acertada la conclusión a que llegó el *a-quo*, aunque con razonamientos diferentes, de que la empresa violó el contrato laboral y en su contra surgen las indemnizaciones legales y convencionales".

III.—LA IMPUGNACION

La Beneficencia, al sustentar su recurso, empieza por aceptar los fundamentos de hecho en que se apoyó el sentenciador: "El presente cargo se hace y formula independientemente considerado de toda situación de hecho o de medio, es decir, del tema probatorio".

Transcribe luégo el artículo 28 de la Constitución y el ordinal 7º del 62 del Código Laboral, y comenta:

"El arresto o 'retención' de que trata el artículo 28 de la Carta, son iguales jurídicamente hablando. Esto fue lo que no vio el *ad-quem* y para plantear un sofisma de distracción cita los artículos 379 y 384 del C. P. P. como único recurso para poder confirmar una sentencia tan injurídica como la del *a-quo* y reforzar la misma.

"La disposición violada establece que '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', es decir, la terminación de éste sin previo aviso.

"Se tiene entonces que para efectos del arresto correccional no es necesario que el patrono averigüe si fue o no fue justa la sanción que se le impuso al trabajador, porque quien debe responder por este abuso o extralimitación o injusticia, no es el empresario a cuyo servicio estaba el trabajador sancionado, sino el funcionario correspondiente dependiente de la administración pública, así sea el Primer Magistrado de la Nación. Al empresario le basta saber que el trabajador fue privado de su libertad —y en esto consiste la sanción, la privación de la libertad— que haya durado ocho días o más, o que siendo menor tal privación de la libertad, por arresto correccional, la causa de tal arresto sea por sí misma suficiente para justificar la extinción del contrato de trabajo.

"Es evidente que las causales de terminación que comprende el artículo 62 del C. S. T., son taxativas, esto tiene una aceptación general desde la vigencia de este estatuto. Pero, la ley no es letra muerta, ni en ella existe únicamente lo que el ad-quem le ha provocado ver. Tiene su contenido doctrinario y jurídico más amplio y más real conforme a lo que los romanos previeron en sus normas universales y eternas de interpretación de la norma general y abstracta.

"Es claro que si se está, como realmente se está ante un caso de arresto correccional, previsto, ordenado y aplicado por la norma Constitucional, tal circunstancia tiene y debe producir sus efectos en el tiempo y en el espacio.

"El error gravísimo del *ad-quem* es establecer una diferencia o clasificación entre arresto correccional y 'retención' de que trata el artículo 28 de la Carta, cuando tal diferencia, jurídi-

camente no se puede establecer, porque son igual cosa. La diferencia de denominación no afecta en nada, porque los efectos son los mismos, privación de la libertad. La detención preventiva o la retención no se pueden confundir con el arresto; esto también es claro, por lo ya visto hasta aquí. Pero, se trata simplemente de la retención' y arresto correccional.

"Para que se produzca un arresto o retención no se requiere que haya juicio, sumario, se requiere, al tenor del artículo 28 de la Carta que: a) Que haya graves motivos para temer perturbación del orden público; b) Que contra las personas contra quienes se haya ordenado la retención haya "graves indicios de que atentan contra la paz pública"; y c) Que antes de producirse la aprehensión para hacer efectiva la retención' o arresto correccional, haya habido concepto favorable del H. Consejo de Estado y del H. Consejo de Ministros. Entonces, se tiene que cuando la Rama del Poder Público denominada Ejecutivo, toma una medida de esta clase, no es porque las personas contra quienes va la aprehensión y la retención sean unos apóstoles del orden y de la corrección ciudadana, es porque contra ellos hay graves indicios, los cuales le han llegado al Poder Público por diversos medios informativos y generalmente por los servicios secretos oficiales y particulares. Y ante una amenaza de que se afecte el orden público, ninguna Rama del Poder Público puede permanecer inactiva para contrarrestar tales hechos, o mejor aún, preverlos y conjurarlos antes de que sea demasiado tarde. Y esto aún en el caso de que se trate de los denominados delitos políticos que se han convertido en una patente de corso para que el comunismo implante sus reales en nuestro suelo patrio impunemente.

"Una vez que se produce un hecho como el arresto correccional o la retención; ésta que se podría clasificar como una entidad superior al arresto, únicamente por el origen de la misma —la Constitución y practicada por el Presidente de la República— es de tal gravedad, que el empresario pierde la confianza de su trabajador y es apenas natural que así suceda, puesto que una persona contra la cual hay graves indicios de que atenta contra la paz y el orden público no es ninguna garantía para ningún empresario, ni mucho menos para una entidad oficial que está velando por la asistencia y salubridad pública del Departamento de Cundinamarca y que tiene su fuente de ingresos en cesión de impuestos que le ha hecho la Nación por intermedio de la entidad Departamental; es decir, viene a ser el Estado mismo el que por medio de uno de sus servidores es atacado o iba a ser atacado cuando su empleado es inculpado porque contra él hay graves indicios de que atenta contra el orden y la paz público".

A lo cual rearguye el apoderado del actor-opositor:

"A nadie se le escapa que cuando el legislador habla de 'detención preventiva' y 'arresto correccional' no está incluyendo otro fenómeno completamente distinto que el constituyente bautiza como 'aprehensión' y 'retención'. Tampoco podría incluírse, por ejemplo, la simple captura ilegal dentro de la enumeración taxativa. En consecuencia, el recurrente aplica a un caso (el despido del trabajador) tutelado por norma expresa, explícita y clara del Estatuto Laboral una disposición traída de un cuerpo diferente (la Constitución Nacional) que trata acerca de un instituto distinto.

"El propio artículo 18 del Código de la materia invoca su primera disposición para que sirva como herramienta interpretativa. El artículo 1º del citado cuerpo legal señala que su finalidad 'es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social'. No puede ser justo autorizar la ruptura de un contrato de trabajo con base en un hecho ajeno a la voluntad del asalariado, que, como después veremos, fue cumplido sin justificación alguna del funcionario. No existiría 'equilibrio social' si al trabajador se le sanciona por una conducta de la que no es responsable.

"Por ello, el legislador instituye como causa justa el 'arresto correccional' que significa, como precisaremos adelante, una sanción policiva grave por un mal comportamiento del trabajador. Y fue tan cuidadoso que, al incluír la 'detención preventiva' —que no constituye sanción—, le fijó una duración evidentemente prolongada (30 días), exceptuando de ella el evento de que 'posteriormente sea absuelto', ya que la absolución demuestra la inculpabilidad del asalariado y, por consiguiente, desdibuja cualquier responsabilidad en la detención cautelar.

"Sobra preguntar: Si el legislador elimina la justa causa cuando el trabajador es absuelto, por más que haya perdido la libertad durante un largo período, ¿cómo hubiera podido incluír la

retención del artículo 28, que es proferida sin pruebas, sin debate y por funcionarios ajenos a la rama jurisdiccional?

"Bien puede concluírse que, siendo taxativas las causales del artículo 62, es incorrecto adicionarlas como pretende el apoderado patronal.

. . . . . .

"2.—*Detención y arresto*

"El numeral 7 tantas veces mencionado erige tres causales para que el patrono pueda terminar en forma unilateral un contrato de trabajo. La primera es la '*detención preventiva*', del trabajador por más de treinta días, siempre que después no sea absuelto. La segunda, el *arresto correccional* 'que exceda de ocho días'. Y la tercera, el *arresto correccional* inferior a ocho días 'cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato'.

"Parece que la primera causal, suficientemente clara, no es discutible. Como bien lo indica el fallo de segunda instancia, se trata de una medida procesal prevista expresamente por los artículos 379 y 384 del C. de P. P. Según lo ha definido la Sala Penal del mismo Tribunal la detención 'emana de una providencia propiamente judicial, ejercida a nombre y representación del Estado, por un funcionario público que representa la potestad judicial' (C. P. "Justicia", Tomo 15 números 154-155, página 115).

"Puede describirla, entonces, como una providencia cautelar, dictada por funcionario judicial, en un proceso controvertido, cuando en él aparece una prueba mínima (declaración de testigo o indicio grave) de que una persona es autora o partícipe de una infracción al Código Penal. Como requisito formal, el legislador exige que conste en una providencia motivada (auto interlocutorio), en donde se puntualice el hecho que se investiga, los elementos probatorios de responsabilidad, su calificación legal, la pena prevista y los elementos que comprueban la existencia del hecho. Como se lee en sentencia de la Sala Penal de esa Corporación, 'la detención obedece principalmente a la necesidad de impedir que el culpable sea sustraído a la acción de la justicia' (XXXVI, 247), por lo cual no procede sino cuando la acción que se imputa tenga señalada pena de presidio o prisión, comoquiera que infracciones de menor importancia no sólo representan menor daño y peligro para la Sociedad, sino que se presume que el sindicado carezca de interés en burlar la ley.

". . . Mucho discute el recurrente sobre el segundo caso, es decir, el *arresto correccional*. Vale la pena anotar que nuestra legislación penal ha recogido la división bipartita de las infracciones, de origen italiano, clasificándolas en DELITOS y CONTRAVENCIONES (artículo 2 del Código). Para distinguir los unos de las otras, se acude a dos grupos de teorías, las subjetivas y las objetivas.

"Según los primeros, hay delito cuando interviene en la conducta un factor psíquico o moral (el dolo o la culpa), en tanto que para la contravención no es menester la imputabilidad volitiva, 'bastando solamente para integrarlas la simple acción u omisión', como las defiende el profesor Luis Carlos Pérez con apoyo en los artículos 12 y 13 del Estatuto Penal (Cr. DERECHO PENAL COLOMBIANO, Bogotá, 1959, Vol. IV, 175).

"Nuestra jurisprudencia, siguiendo en esto a Georges Vidal (ver Cours de Droit et de Science Penitenciare, París, 1935, páginas 500 y ss.), ha optado por la explicación objetiva, como se desprende del siguiente texto:

"'Considera la Corte, de acuerdo con la comisión que elaboró el Código Penal, que el delito infringe determinado derecho, protegido con sanción penal, mientras que la contravención apenas viola una norma protectora del derecho penal, sin afectar directamente el derecho mismo, el homicidio y las lesiones personales quebrantan directa e inmediatamente el derecho a la vida o a la integridad personal y de consiguiente son delitos por definición; en cambio, el quebrantamiento de las reglas sobre tránsito. . . no es delito porque no viola directamente un derecho, pero se castiga como contravención porque infringe la norma que ampara de modo mediato aquellos derechos' (Cas., febrero 4 de 1944, LVII, 181).

"Pero, cualquiera que sea la solución porque se opte (subjetiva u objetiva) lo cierto es que la contravención es una *infracción* de la ley penal, realizada por un acto humano. A esta infracción sobreviene un castigo. Por eso, el artículo 2º del Código Penal dicta claramente que 'las infracciones de la ley penal se dividen en delitos y contravenciones'. La infracción es, pues, un ataque —directo o indirecto, con voluntariedad o sin ella— a la libertad, que tiene como característica principal el que dicho ata-

que esté previsto en la ley como un acto antijurídico, sancionable penalmente.

"Es lo que los tratadistas han denominado el *objeto jurídico genérico* de la infracción; que no existe ella sin ley previa que la defina como tal. Es lo que recoge el principio básico del Derecho desde Beccaría, aplicable por extensión al acto contravencional: *nullum crimen sine lege.* No puede existir violación de la ley penal (delito o contravención) que no esté previamente determinada por el legislador. Así lo dispone categóricamente el artículo 1 del Estatuto Penal vigente cuando dice que "Nadie podrá ser condenado por un hecho que no está expresamente previsto como INFRACCION por la ley vigente al tiempo que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella'. Lo que se condensa en el aforismo *nulla poena sine lege.*

"La propia Constitución Nacional, artículo 26, que tan ardientemente defiende el impugnador, ha venido repitiendo: 'Nadie podrá ser JUZGADO sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'. Esto último nos destaca el tercer canon fundamental del Derecho Penal, consignado en el principio *'nemo judex sine lege'*, que significa que no puede imponerse sanción alguna sin ley procedimental que establezca el trámite del juicio. El artículo 1º del Código de Procedimiento Penal es perentorio al disponer: 'no se podrá imponer sanción alguna por infracción de la ley penal, sino de conformidad con las disposiciones legales sobre procedimiento y en virtud de sentencia dictada por juez competente'.

"Como ya hemos visto estas normas, de carácter general, no sólo abarcan los delitos propiamente dichos sino también las contravenciones. De ahí que los distintos Códigos de Policía definan dicha modalidad como violaciones de sus artículos o, usando la terminología del Código Policivo de Bogotá, 'las violaciones a este Código y a otros acuerdos que lo adicionen, en los que se establezcan penas, son *contravenciones* de policía local'. (Art. 39). Acogiendo la teoría subjetiva, el artículo 43 del mismo cuerpo legal precisa que 'en las contravenciones, la simple acción u omisión hace responsable al agente. . .'.

"De todo lo expuesto se deduce que para que haya *contravención* es menester una conducta que ataque, directa o indirectamente, la libertad; que dicha conducta debe violar una norma de la ley penal, en este caso los Códigos de Policía; que para que sea sancionada se necesita expresamente una pena señalada por el legislador, y que, finalmente, esa pena debe imponerse a través de un proceso, cuyas ritualidades están previamente establecidas".

IV.—CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Tiene recibido la jurisprudencia que la enumeración de las justas causas de despido (arts. 62 y 63 del C.S.T.) es taxativa, y así lo acepta la propia entidad recurrente. Tampoco se discute que la causal invocada por ésta para la resiliación del contrato de trabajo con Lizarralde fue la contemplada en el ordinal 7º del artículo 62 citado, de cuyos tres supuestos (detención preventiva mayor de treinta días, arresto correccional mayor de ocho días y arresto correccional más breve pero por causa justificativa de la extinción del vínculo) escogió inequívocamente el segundo. Se trata entonces de saber si la "retención" autorizada por el artículo 28 de la Carta es un "arresto correccional", como sostiene la Beneficencia, o no lo es, según se afirma en la sentencia impugnada.

Que el arresto es una pena, lo define el artículo 41 del Código Penal, y que en este sentido lo toma la ley laboral emerge paladinamente, y con reiteración enfática, del mismo precepto discutido cuando le agrega el calificativo de "correccional" y alude a "la causa de la sanción". De donde si no hay infracción delictual o contravencional, ni investigación, ni defensa, ni proceso, ni decisión judicial o policiva, en un régimen de derecho, no podrá haber arresto correccional.

Ahora bien: la garantía constitucional del *habeas corpus* "no impide que aún en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, sean aprehendidas y *retenidas*, de orden del Gobierno y previo dictamen de los Ministros (y audiencia del Consejo de Estado), las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública". (C. N., arts. 28 y 122).

La aprehensión y retención aquí previstas no configuran ninguna pena, ni presuponen la prueba de una infracción, ni son el resultado de un proceso normal. Típicas medidas cautelares del orden público, para su imposición hasta la "orden" precedida del "dictamen de los Ministros"

y de la "audiencia del Consejo de Estado", sin que el concepto de ésta ni el dictamen de aquéllos obliguen al Gobierno. Es, pues, el Gobierno quien aprecia libremente la naturaleza y gravedad de los indicios que encuentre en cada caso para ordenar, mantener, prolongar y revocar la retención de una persona, sin más freno que la ulterior responsabilidad por un posible abuso.

Por consiguiente, la *retención* del trabajador, de orden del Gobierno, con apoyo en el artículo 28 de la Constitución, no es un "arresto correccional" para los efectos del ordinal 7º del artículo 62 del C. S. T.

¿Qué incidencia puede tener entonces aquella "retención" sobre el contrato de trabajo? A este interrogante responden el ordinal 1º del artículo 51 de dicho Código, que incluye la fuerza mayor entre las causales, también taxativas, de la suspensión, y el artículo 53, enunciativo de sus consecuencias jurídicas.

Los razonamientos anteriores permiten desestimar el cargo examinado.

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 la sentencia recurrida.

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.

CONSIGNACION JUDICIAL

Efecto liberatorio de la consignación judicial.—No puede cumplirse según la disposición clara del artículo 65 del C.S. del T. sino cuando ella se efectúa ante el juez, es decir, desde la fecha en que se entrega debidamente el título bancario de consignación a ese funcionario.—Inadmisibilidad de cargos que involucren conceptos de violación disímiles o que confundan la naturaleza de estos conceptos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., trece de diciembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

El señor CARLOS D. CRUZ recurrió en casación, por intermedio de apoderado, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Casación Laboral, en el juicio ordinario del recurrente contra ROBERTO VALENCIA FERRO. Igualmente el demandado en juicio interpuso el recurso extraordinario contra el fallo aludido.

La litis se trabó a raíz de la demanda formulada por Cruz contra Valencia Ferro con la pretensión de una condena por prestaciones, indemnizaciones y demás deudas de carácter laboral. Del juicio conoció en primera instancia el Juez Sexto del Trabajo de Bogotá, quien pronunció fallo condenatorio contra el demandado en relación con todos los pedimentos de la demanda. La sentencia del *ad-quem* modificó la de primer grado.

El demandante recurrente, por medio de apoderado, presentó en tiempo la correspondiente demanda y a las pretensiones de la misma formuló oposición la contraparte, en oportunidad. El demandado recurrente, mediante apoderado, también presentó demanda de casación dentro del término legal, y a ésta no hubo oposición.

Para la decisión que debe proferir la Corte, se examinan en su orden la sustentación del demandante recurrente y la oposición a la misma, y la demanda del demandado recurrente.

LA DEMANDA DEL DEMANDANTE RECURRENTE

Pretende éste que se case la sentencia del Tribunal para que se reforme en lo pertinente a efectos de que la Corte, en función de instancia, confirme el fallo de primer grado.

Fundamenta la acusación en la causal primera de casación del artículo 87 del C. S. del T. y la plantea mediante un solo cargo, en los siguientes términos:

"CARGO UNICO.—Acuso la sentencia recurrida por ser violatoria de la Ley Sustantiva por infracción directa (aplicación indebida) mediante error de hecho en la apreciación de las pruebas y por falta de apreciación de otras. Estas normas violadas son los artículos 48, 54, 64, 65, 172, 173, 174, 175, 177, 179, 180, 182, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo".

El impugnador desarrolla el cargo mediante el tratamiento separado de cada uno de los puntos litigiosos, en el siguiente orden: a) Contrato de Trabajo; b) Lucro cesante; c) Prima de servicios; d) Cesantía; e) Dominicales y Festivos; f) Salarios caídos.

En cuanto al primer punto, el acusador expresa que el Tribunal dejó de apreciar los testimonios de Eliseo Jáuregui y Mario Alfonso Gaitán y como consecuencia cometió el error de hecho de no dar por demostrado que el demandante entró a servir al patrono el día ocho (8) de septiembre de 1953. Agrega que está probado que el trabajador prestó sus servicios hasta el 31 de julio de 1954 y que "igualmente incurrió en error de hecho por mala apreciación de las pruebas el H. Tribunal Superior al establecer el salario del trabajador Cruz, el cual fue probado

en la cantidad de $ 250.00, habiendo fijado la segunda instancia tal salario en la cantidad de $ 220.00 sin motivo alguno para ello". Sólo señala, así, concretamente error de hecho derivado de la no apreciación de los testimonios citados. Lo demás apenas son alusiones generales a "mala apreciación de pruebas".

Respecto de los otros puntos, en el examen que de ellos hace el impugnador presenta un planteamiento general de "falta de apreciación de pruebas", de "error de hecho en la apreciación de pruebas" y "falta de apreciación de otras" y en lo relativo a "dominicales y festivos" indica nuevamente que el Tribunal dejó de apreciar los testimonios de Eliseo Jáuregui y Mario Alfonso Gaitán. Finalmente, en lo tocante a indemnización moratoria ("salarios caídos") dice el demandante recurrente que el Tribunal revocó la condena proferida por el *a-quo*, por haber dado valor probatorio a la copia de la diligencia de consignación efectuada ante el Juzgado Tercero del Trabajo, cuando en ella figura "Carlos E. Cruz" y no Carlos D. Cruz, verdadero nombre del actor. Con lo cual se ha burlado la Ley.

Termina el recurrente su acusación sobre este último aspecto en los siguientes términos:

"Lo expresado supra es suficiente para demostrar la violación de la Ley sustantiva por infracción directa del artículo 65 del C. S. T. mediante error de hecho en la apreciación de las pruebas respectivas".

La oposición, por su parte, ataca fundamentalmente la demanda por falta de técnica.

Se considera:

Como puede verse, el planteamiento de la acusación por medio del cargo único que formula el demandante recurrente, carece de la técnica exigida para la demanda de casación. En efecto, se basa en la "infracción directa (aplicación indebida)" de la ley sustancial, pero señalada como consecuencia de "error de hecho en la apreciación de las pruebas y por falta de apreciación de otras". Y en el desenvolvimiento de la impugnación se encuentra que el fallo del *ad-quem* se ataca por haber violado las normas legales por falta de apreciación de pruebas o errónea apreciación de medios probatorios. Y después de este desarrollo, al finalizar, se habla, en cuanto al quebrantamiento del artículo 65 del C. S. del T., de "infracción directa" como resultado de las fallas en la estimación de los elementos probatorios.

Esta presentación del cargo no tiene recibo dentro de una demanda de casación, porque hace una mezcla de los conceptos de violación que se presentan por vía directa, es decir, sin que medien cuestiones de hecho determinantes de la violación legal, con el quebrantamiento de la ley sustancial por vía indirecta, es decir, a través de errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas. Sobre este punto ha sido permanente la jurisprudencia de la Corte en el sentido de no dar valor a la presentación de cargos dentro de una demanda de casación que involucren conceptos de violación disímiles, o que confundan la naturaleza de estos conceptos. En el presente caso, si el quebrantamiento de la ley sustancial se pretende de ocurrida como consecuencia de errores de hecho o de derecho en la apreciación de elementos de prueba, no puede calificarse tal quebrantamiento como una infracción directa, concepto en el cual no entran en juego las cuestiones probatorias, pues él indica una relación inmediata entre la sentencia y la ley. La circunstancia de que se haya colocado entre un paréntesis el concepto de la aplicación indebida, no aclara sino que confunde el planteamiento de la acusación.

Lo anterior es suficiente para desechar el cargo, pero conviene agregar que la demostración que pretende hacerse al tocar cada punto litigioso presenta la grave falla de que, con excepción de tres cuestiones en que se señalan algunas pruebas en concreto, dos testimonios y un documento, se hace alusión general a la falta de apreciación de pruebas o a mala estimación de ellas sin singularizar éstas y sin demostrar el error. Por otro lado, se encuentra que cuando el acusador señala en relación con el contrato de trabajo y con los "dominicales y festivos", que el Tribunal no apreció los testimonios de Eliseo Jáuregui y Mario Alfonso Gaitán, el texto de la decisión del *ad-quem* demuestra lo contrario, pues lo que ocurrió fue que, analizados esos testimonios, el fallador les dio el valor que consideró tenían, y en esta valoración no incurrió en error ostensible alguno, por lo cual ella es intocable en casación. Igualmente dio un valor a las copias sobre consignación hechas por el patrono en favor del trabajador demandante, para los efectos de establecer la buena fe patronal en la no cancelación de las deudas laborales a partir de la fecha de la consignación. Y en ese campo el fallador de instancia tiene un margen amplí-

simo de apreciación respecto de ese factor subjetivo, que la Corte no puede invadir, salvo error manifiesto. Que no se precisa por una equivocación en una de las letras que componen el nombre completo del trabajador, susceptible de enmendarse.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

LA ACUSACION DEL DEMANDADO RECURRENTE

En la sustentación del demandado recurrente solicita la casación parcial de la sentencia del *ad-quem*, para que la Corte, como Tribunal de instancia, absuelva de las condenas relativas a auxilio de cesantía, lucro cesante y "salarios caídos". Y en busca de su propósito acusa la sentencia recurrida mediante tres cargos basados en la causal primera del artículo 87 del C. S. del T., que se estudian a continuación.

PRIMER CARGO

Contiene la acusación de aplicar indebidamente los artículos 23, 64 y 249 del C. S. del T. "a consecuencia de error evidente de hecho por errónea apreciación de las siguientes pruebas: a).—De la declaración rendida por el señor Jesús Marulanda (fl. 141); y b).—De la confesión en posiciones hecha por el demandante Carlos Cruz (fl. 116)".

El impugnador manifiesta que la errónea apreciación de las pruebas indicadas consistió en que, cuando el mismo Tribunal reconoce que el testigo Marulanda no precisa fecha de entrada de Cruz y sólo éste en la absolución de posiciones expresa que su ingreso ocurrió el ocho (8) de diciembre de 1963, el *ad-quem* da por demostrado el ingreso del trabajador en el día anotado. Sobre tales pruebas no podía darse por demostrado el tiempo de servicios, elemento que indica como esencial del contrato de trabajo, sin el que éste no puede existir, con lo cual, al darle por demostrado el Tribunal, violó el artículo 23 del C. S. T.

Se considera:

El *ad-quem*, en la motivación de su fallo, dijo respecto del tiempo de servicios y su prueba, después de considerar que los testimonios de Eliseo Jáuregui y Mario Alonso Gaitán son confusos en cuanto se refiere a la fecha de ingreso de Cruz:

"En cambio, el señor Jesús Marulanda, cuyo testimonio se acoge por no estar probada en forma alguna la tacha propuesta, afirma que Cruz comenzó a trabajar en los primeros días de diciembre de 1953.—El propio actor confesó en posiciones (fl. 116 del C. Nº 1º) que él había comenzado a prestar servicios a Valencia el 8 de diciembre de 1953, por lo cual se ha de tomar esta fecha como la inicial de la relación de trabajo".

Se encuentra, pues, que el fallador tomó la fecha de iniciación del contrato de la declaración del testigo Marulanda, y aunque ella aparezca en las consideraciones del fallador armonizada con la afirmación del demandante, es el testimonio del tercero el elemento probatorio que lleva la convicción al juicio del Tribunal, dentro de un proceso crítico. Y la aplicación del principio de la persuasión racional del artículo 61 del C. de P. L., no puede calificarse como un error de apreciación sino como una valoración dentro de la libre formación del convencimiento en virtud del análisis de las pruebas.

No existiendo, entonces, el error probatorio anotado en la demanda, no se produjo la violación consecuencial de la Ley. El cargo no prospera, en consecuencia.

SEGUNDO CARGO

Se presenta en los siguientes términos: "Acuso la sentencia recurrida como violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea del artículo 65 del C. S. del Trabajo".

La demostración de este cargo se pretende así: "Sabido es que la indemnización moratoria que consagra el artículo 65 del C. S. del Trabajo está condicionada en cuanto a su precedencia como condena, a la buena o mala fe patronal. Si el patrono consigna de buena fe lo que cree deber, queda relevado del pago de dicha indemnización. En el presente caso, el demandado consignó desde el 12 de enero de 1955 lo que creía deber. Sin embargo, su buena fe como consignante no la tuvo en cuenta el sentenciador de segundo grado".

Se estudia:

Al decidir el punto relativo a la indemnización moratoria, el Tribunal formuló la siguiente motivación: "El retardo en efectuar la consignación ante la justicia laboral es sancionado con

un día de salario, de acuerdo con la norma contenida en el artículo 65 del C. S. T. Por tanto, como a fol. 11 del cuaderno 3º aparece que se presentó la consignación de $ 200.00 ante el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo, el día 23 de septiembre de 1955, es el caso de condenar al demandado a pagar la correspondiente indemnización moratoria, a partir de la fecha de la terminación del contrato.—El demandado no demostró tener causa justificativa para demorar la consignación de lo que creyó deber.—Es de advertir que, aunque el título de consignación respectivo lleva fecha de enero 12 de 1955, la entrega del título a la justicia laboral sólo se llevó a efecto el 23 de septiembre de 1955 y por consiguiente es esta última fecha la que se tiene en cuenta según las voces del artículo 65 citado que implica que la consignación se presente al juzgado".

Se observa, sobre los términos transcritos, que el Tribunal no se ha equivocado respecto del sentido del mandato legal contenido en el artículo 65 del C. S. del T. Se ha referido a su contenido sin alterarlo en lo más mínimo en esa referencia, y no ha desconocido la interpretación que la jurisprudencia de la Corte le ha dado en cuanto condiciona su efectividad punitiva a la ausencia de buena fe patronal en el no pago de las obligaciones laborales. Tan sólo existe la aplicación del artículo de acuerdo con la demostración que hizo el patrono sobre la consignación ante el juez, de lo que creía deber al trabajador demandante, y es evidente que el efecto liberatorio de tal consignación no puede cumplirse, según la disposición clara de la norma, sino cuando ella se efectúe ante el juez, es decir, desde la fecha en que se entrega debidamente el título bancario de consignación a ese funcionario. Por consiguiente, no existió error de interpretación, porque no ha habido ninguna falla de criterio del juzgador *ad-quem* sobre el sentido de la disposición, y lo que hizo el Tribunal fue dar el valor probatorio correspondiente a la prueba de la consignación hecha por el patrono.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

TERCER CARGO

Contiene éste la acusación de violarse por la sentencia, por aplicación indebida, el artículo 65 del C. S. del Trabajo, como consecuencia de no haberse apreciado por el fallador *ad-quem* las pruebas sobre la diligencia de consignación efectuada por el patrono.

Se estudia:

Como ya se vio al considerar el cargo anterior, el Tribunal apreció la prueba de la consignación hecha por el patrono Valencia de lo que creía deber al trabajador Cruz, y a esa prueba le dio el valor correspondiente para que la consignación cumpliera efectos liberatorios a partir de la fecha en que se efectuó ante el funcionario judicial. Sí hubo, pues, apreciación de la prueba y, como se dijo antes, una apreciación correcta. Y como consecuencia, aplicó debidamente la norma legal.

El cargo no prospera.

Por lo visto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de los recurrentes.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO

Demostración de la calidad de sindicalizado.—Terminación unilateral de los contratos de trabajo.—El plazo de los contratos individuales de trabajo.—Cláusula de estabilidad.—Naturaleza del pago ordenado en el artículo 64 del C.S. del T.

1.—Tanto el despido súbito mediante simple preaviso de cuarenta y cinco días, como el acto patronal que impida la prórroga automática a raíz del vencimiento de cualquier semestre presuncional son modos o eventos extintivos del contrato (arts. 48, 49 y 61 del C.S. del T.). admitidos por la ley, pero excluídos por ella de la enumeración taxativa de las "justas causas" de resiliación (arts. 62 y 63 ibidem). Son, además, procedimientos encaminados a facilitar la ruptura del vínculo sin necesidad de invocar ningún otro determinante, o sea todo lo contrario de la estabilidad en el empleo condicionada a esas "justas causas"; donde rijan la cláusula de reserva y el plazo presuntivo laboral no habrá garantía **de estabilidad, pues aún en los casos en que el empresario no acostumbre utilizarlos, por su propio interés en conservar un personal idóneo, experimentado y eficiente, siempre tendrá la facultad de hacerlo cuando quiera.**

Siendo ello así, tampoco resulta equivocado sostener que la norma general de la ley confiere a los patronos el derecho de valerse, para la terminación unilateral de los contratos de trabajo, de cualquier medio, modo o motivo legal, hállese o nó clasificado entre las "justas causas"; como norma especial prevalece sobre la general por constituir una restricción voluntaria de aquel derecho patronal. De todos modos, cuando tal restricción se pacta, como en el caso de autos, en una convención colectiva, los términos de ésta sustituyen ipso-jure **las estipulaciones individuales menos favorables al trabajador.**

2.—Cuando se pacta la estabilidad en el empleo por un tiempo determinado, la violación de ese pacto por el empleador causa en favor del asalariado una indemnización equivalente a la remuneración que deja de percibir desde su despido ilegal hasta el vencimiento de la garantía de estabilidad, y nó únicamente hasta el vencimiento del plazo presuntivo del contrato individual.

3.—No resulta ostensiblemente equivocado atribuir a las partes que pactan la estabilidad en el trabajo hasta una fecha cierta, la intensión de asegurar la persistencia de los respectivos contratos individuales hasta esa misma fecha, lo que equivale a ponerles término fijo. Pues si el plazo contractual en las relaciones individuales de trabajo, sea fijo o presuntivo, significa una garantía temporal de la conservación del vínculo, es posible que el plazo de la cláusula de estabilidad estipulada en una convención colectiva signifique idéntica garantía para los contratos individuales regulados por ella, con las excepciones que su propio texto contemple, mientras esté vigente.

El término fijo de contrato de trabajo requiere para su validez la solemnidad de una constancia escrita (art. 46 del C.S. del T.) que desde luego puede figurar en el contrato individual, o en cualquier documento adicional, o en la convención o pacto colectivo; de donde, al reputarse demostrado ese término por cualquier medio de prueba distinto de su estipulación escrita, el error sería de derecho. (Art. 87 del C.P.L.).

4.—Repugna a la naturaleza indemnizatoria del pago ordenado en el art. 64 que no descuenten del respectivo cómputo cualesquiera retribuciones, anticipos o compensaciones salariales correspondientes al mismo período de tiempo a que se contraiga el lucro cesante. Si no obstante provenir de extraños debe descartarse "el valor de los salarios que devengue el trabajador con otro patrono durante el tiempo a que se refieren los salarios liquidados como indemnización" (casación de 18 de diciembre de 1953, 30 de abril de 1956, etc., a fortiori habrá de aplicarse la regla cuando provengan del propio condenado a reparar el perjuicio).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., diciembre quince de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

La Sociedad "INGENIO CENTRAL DEL TOLIMA, S. A." fue demandada por su sindicato de base, por la vía ordinaria laboral, para que,

previa la declaración de que aquélla había violado una convención colectiva de trabajo al despedir sin justa causa a un grupo de trabajadores sindicalizados, se la condenara a pagarles a éstos la indemnización del lucro cesante y el daño emergente, y al propio sindicato "el valor de los daños y perjuicios". Los aludidos trabajadores, cuyos poderes para representarlos en el juicio exhibió la entidad actora, son *Humberto Chacón Gaitán, José Eduardo Moreno, Misael Avila, Jorge González, Israel Bernal A., Víctor A. Lara, José Antonio Rodríguez, Misael Gómez, Eduardo Callejas, Florentino Velásquez, Rafael Valderrama García, Marco Luis Guevara Manjarrés, Maximiliano Blanco Castro, José Antonio Camargo, Excelino Reyes Triana, Félix Segundo Sáenz Muñoz, Genisberto Olivares, Juan Rodríguez, Pablo Enrique Rojas, Alberto Lozano, Santiago Cardozo, Víctor M. Rondón, José E. Berríos, Luis Bentil Pinzón, Anguel María Carranza Ovalle, Jaime Saavedra, Juan de la Rosa Hernández, Yezid Rondón Jiménez* y *Leonardo Parra R.*

Como las partes litigantes admitieron que dichos trabajadores fueron despedidos en ejercicio de la cláusula de reserva consignada en sus contratos de trabajo, la controversia radicó principalmente en cuanto al alcance de la cláusula 6ª de la convención colectiva, que reza: "La empresa mantendrá la estabilidad en el trabajo del personal sindicalizado", y la 15ª que dispuso: "El presente pacto estará vigente hasta el 30 de septiembre de 1960". Pues la primera estipulación, según el sindicato, dejó sin eficacia la cláusula de reserva, por lo que resultaron ilegales los despidos fundados en ella y, además, la segunda prolongó el término de los contratos individuales hasta la fecha allí indicada. Para la empresa, en cambio, tales estipulaciones no podían producir los efectos reclamados, en ningún caso, fuera de que la convención colectiva no les era aplicable a los mencionados trabajadores, de donde su despido mediante preaviso compensado fue legal.

El Juez del conocimiento, el civil del circuito de Ambalema, decidió la litis condenando a la empresa a pagar a cada uno de los despedidos, como indemnización del lucro cesante, $ 1.387.50, valor correspondiente a los salarios desde la fecha del despido hasta la del término de la convención colectiva. Apelada por la Sociedad esa decisión, fue confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué, cuya sentencia viene ahora acusada en casación por la misma sociedad.

Para motivar el pedimento de que se case el fallo de segunda instancia, se revoque el de primera y en su lugar se absuelva a la empresa, el personero judicial de ésta formula un solo cargo:

"La sentencia acusada viola por vía indirecta los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 48 (Decreto 616 de 1954, artículo 1º), 61, 377 y 469 del Código Sustantivo del Trabajo al dejar de aplicarlos y los artículos 64, 467, 468, 470, 471 (Decreto 018 de 1958, artículo 2º) y 476 ibidem, al aplicarlos indebidamente, y por no aplicación de los artículos 1757 y 1760 del Código Civil, 51 y 61 del Código Procesal del Trabajo, por haber incurrido el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué —Sala de Casación Laboral— en errores de derecho y de hecho ostensibles y de manifiesto en los autos provenientes de la apreciación equivocada de las pruebas que a continuación individualizo":

En seguida va citando y comentando las piezas procesales anunciadas. La copia de la convención colectiva de 1959, que tacha por ser "copia de copia", y por no constar la fecha de su depósito en el Ministerio del ramo; la certificación expedida por el presidente y el secretario del sindicato acerca de que los reclamantes eran afiliados a la organización, de la cual dice que no es el medio adecuado para probar su afiliación; el acta de inspección ocular sobre los libros del sindicato, en la que no se pudo establecer ni el carácter de sindicalizados que se atribuye a los reclamantes, ni sus cotizaciones a la entidad; los contratos escritos de trabajo, donde consta la cláusula de reserva; las posiciones de los trabajadores, salvo dos de ellos, en que admiten haber sido despedidos en uso de la cláusula de reserva y recibido el equivalente de los cuarenta y cinco días de preaviso; el certificado judicial sobre la consignación del equivalente del aludido preaviso para los dos trabajadores que se negaron a recibirlo, y unas copias tomadas de otro juicio laboral contra la misma empresa.

De todo lo cual se deduce:

"Los errores de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador de segundo grado al apreciar equivocadamente las pruebas ya individualizadas, consisten en:

"1).—Dar por demostrado, sin estarlo, la existencia de la Convención Colectiva por un medio no autorizado por la ley (copia de copia sin cons-

tancia o certificación de su depósito en el Ministerio del Trabajo dentro del término de quince días siguientes a la fecha de su firma).

"2).—Dar por demostrado, sin estarlo, que los trabajadores mencionados en la demanda y en cuyos nombres promovió el juicio el Sindicato demandante han sido y son socios activos de dicha organización obrera.

"3).—Dar por demostrado, sin estarlo, que la mal llamada Convención Colectiva tenía vigencia en el momento en que fueron terminados los contratos individuales de los demandantes con el Ingenio Central del Tolima S. A. y que fue incumplida y violada por el Ingenio Central del Tolima S. A.

"4).—Dar por demostrado, sin estarlo, que la mal llamada Convención Colectiva de que trata el documento visible a folios 38 a 42 del cuaderno número 1º del expediente abolió la cláusula de reserva y el plazo presuntivo de los contratos individuales de trabajo que vinculaba a los demandantes con la Sociedad Ingenio Central del Tolima S. A. y que los que existían entre los litigantes quedaron convertidos en de plazo fijo hasta el 30 de septiembre de 1960.

"5).—No dar por demostrado, estándolo, que las relaciones contractuales entre las partes estaban regidas por los contratos individuales de trabajo suscritos entre cada uno de los trabajadores reclamantes y la empresa demandada y que obran en autos.

"6).—No dar por demostrado, estándolo, que los contratos individuales de trabajo suscritos por las partes litigantes y que obran a folios 5 a 32 y 53 a 139 del cuaderno número 1º del expediente terminaron legalmente el día 25 de marzo de 1960 por decisión unilateral de la Sociedad demandada y mediante aplicación de la cláusula de reserva.

"7).—No dar por demostrado, estándolo, que la Sociedad Ingenio Central del Tolima S. A., mediante aplicación de la cláusula de reserva consignada en cada uno de los contratos individuales de trabajo, pagó a los demandantes por concepto de 45 días de preaviso las siguientes cantidades: $ 379.80 a Humberto Chacón Gaitán; $ 413.15 a Eduardo Moreno; $ 371.25 a Misael Avila; $ 394.60 a Jorge González Lerma; $ 416.50 a Israel Bernal; $ 388.85 a Víctor A. Lara; $ 381.10 a Antonio Rodríguez; $ 403.30 a Misael Gómez; $ 415.35 a Eduardo Callejas; $ 372.85 a Florentino Velásquez; $ 495.10 a Rafael Valderrama; $ 383.70 a Marco Luis Guevara; $ 389.55 a Maximiliano Blanco; $ 402.15 a José Antonio Camargo; $ 368.80 a Excelino Reyes; $ 555.55 a Félix Sáenz; $ 390.65 a Genisberto Oliveros; $ 405.65 a Juan Rodríguez; $ 381.05 a Pablo Emilio Rojas; $ 391.60 a Alberto Lozano; $ 527.75 a Santiago Cardozo; $ 377.00 a Víctor M. Rondón; $ 563.30 a José E. Berríos; $ 400.85 a Luis Gentil Pinzón; $ 407.85 a Angel M. Carranza; $ 427.30 a Jaime Saavedra; $ 527.20 a Juan de la R. Hernández; $ 459.40 a Yezid Rondón; $ 412.80 a Leonardo Parra R.

"8).—No dar por demostrado, estándolo, que los contratos individuales de trabajo que vincularon a los litigantes consignan el plazo indeterminado y la facultad para las partes de terminarlos en cualquier tiempo mediante preaviso o desahucio con antelación no inferior a 45 días o el pago por la empresa del valor de los salarios correspondientes a 45 días.

"9).—No dar por demostrado, estándolo, que las partes no sustituyeron por ningún medio las cláusulas de los contratos individuales de trabajo suscritos entre ellas y que obran en autos".

Y concluye así el impugnante su alegación:

"Sobre el falso supuesto de que la Convención Colectiva (cuya vigencia no aparece demostrada por omisión de los requisitos de forma establecidos por la ley) sustituyó la cláusula de reserva de terminación unilateral de cada uno de los contratos individuales de trabajo suscritos entre el INGENIO CENTRAL DEL TOLIMA S. A. y los demandantes y convirtió a los citados contratos en de duración determinada o plazo fijo hasta el 30 de septiembre de 1960 y que la Sociedad demandada no aplicó dicha cláusula cuando comunicó por escrito su decisión de terminarlos y pagó en dinero lo correspondiente a 45 días de salario por concepto de preaviso y que los reclamantes pertenecían al Sindicato en su condición de socios activos, el H. Tribunal dejó de aplicar los artículos 48 (Decreto 616 de 1954, artículo 1º), 61, 377 y 469 del Código Sustantivo del Trabajo que hablan, respectivamente, de la validez de la cláusula de reserva pactada en los contratos individuales escritos de duración indefinida, de la terminación legal de los contratos, de la prueba del cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias por parte del Sindicato y de los requisitos que deben llenarse para que la Convención Colectiva produzca efectos jurídicos; y aplicó indebidamente los

preceptos legales sustantivos contenidos en los artículos 64, 66, 467, 468, 470, 471 (Decreto 018 de 1958, artículo 2º) y 476 del mismo Código Sustantivo del Trabajo que tratan, respectivamente, de la condición resolutoria de los contratos de trabajo y la indemnización de perjuicios por su incumplimiento, de la manifestación del motivo de la terminación unilateral de los mismos, de la definición de Convención Colectiva, de su contenido, su campo de aplicación, su extensión a terceros y de las acciones de los trabajadores obligados por la Convención para exigir su cumplimiento o el pago de los daños y perjuicios, siempre que el incumplimiento les ocasione un perjuicio individual. Y dejó de aplicar los artículos 1.757 del Código Civil y 51 y 61 del Código Procesal del Trabajo que consagran, respectivamente, la carga de la prueba al actor y los medios probatorios admisibles".

SE CONSIDERA:

De los errores atribuídos a la sentencia, el acusador reputa *de derecho* el primero: "El error de derecho —dice— en que incurrió el juzgador de segunda instancia consiste, pues, en dar por establecida la existencia de una convención colectiva entre las partes contendientes con un medio probatorio no autorizado por la ley". Y el segundo, al comentar el certificado del presidente y el secretario del sindicato: "El juzgador de segunda instancia le da valor de plena prueba a esta certificación, sin reparar en que la ley ha establecido un medio distinto para demostrar que los reclamantes fueron admitidos como socios del sindicato demandante, cual es el de la copia de la parte pertinente del acta de la sesión en que tal hecho hubiese ocurrido, con lo cual incurre en error de derecho ostensible". Por exclusión, puede admitirse que entiende los restantes errores como *de hecho*.

Del examen de todos ellos, resulta:

I.—LA CONVENCION COLECTIVA

No fueron objeto del debate en la primera instancia la autenticidad de la copia de la Convención Colectiva de 1959, acompañada a su libelo inicial por el sindicato, ni la fecha del depósito de un ejemplar de la misma ante el Ministerio del Trabajo. Por el contrario, al descorrer el traslado de la demanda, la empresa se apoyó en los términos de tal convención para sostener que ella se reservó expresamente el derecho a cambiar los cultivos de sus terrenos; que "cuando se habla de estabilidad en el empleo se quiere significar que el patrono no despedirá sin justa causa al empleado para reemplazarlo por otro"; que "la cláusula sexta de la Convención Colectiva de Trabajo no convirtió los plazos indefinidos en plazos determinados"; que "ni la cláusula de reserva ni el plazo presuntivo fueron abolidos o ampliados por voluntad o decisión de las partes", y que "en la Convención Colectiva tantas veces mencionada no se modificaron los plazos pactados en los contratos individuales en forma expresa" ni "nada se dijo de esta materia por cuanto ni siquiera se discutió en el curso de las conversaciones que culminaron con la firma de aquella convención".

Tampoco en la segunda instancia cambió la orientación de la defensa, y al sustentar ante el Tribunal la apelación del fallo de primer grado, el vocero de la empresa insistió en sus tesis sobre interpretación y alcance de la Convención Colectiva, sin desconocer su existencia procesal ni su fuerza obligatoria: alegó entonces, principalmente, que en la referida convención se omitió indicar la responsabilidad que entrañara su incumplimiento, de donde "no es dable sacar de un pacto colectivo consecuencias que el mismo pacto no previó para su violación"; que "de ninguna manera debe entenderse como plazo pactado de duración del contrato individual del trabajo el señalado para la convención colectiva, porque el pacto colectivo no es contrato y la relación *intuitu-personae* entre el asalariado y el empresario sí reúnen los elementos que definen esta figura jurídica; que en la condición 15ª de la Convención Colectiva se encuentra estipulado que "el presente pacto estará vigente hasta el 30 de septiembre de 1960", pero ello no significa que los contratos individuales de trabajo tendrán como duración el término fijado a la Convención"; que "la estabilidad no es una condición sino una garantía reservada para los sindicalizados; que la condición es normativa y como tal obliga, a tiempo que la garantía es protestativa y carece de fuerza legal compulsiva, y de otro lado la estabilidad se refiere al término de la duración del contrato individual de trabajo, en tanto que la condición se refiere al término de duración del pacto o convención".

Y si es verdad que al finalizar ese interesante alegato el abogado de la empresa toca de modo tangencial el aspecto de la prueba de la convención, no lo hace en relación con el documento de autos, para tachar su autenticidad o la omisión de su depósito, sino que se circunscribe a

otra convención anterior, en la cual ve la base de la llamada convención única, conforme al Decreto 904 de 1951, afirmando: "No aparece en el expediente la prueba de la existencia de la primera Convención citada o sea la de 1952", tema éste que no vuelve a plantearse en casación.

Así las cosas, el reparo respecto de la "copia de copia" de la convención de 1959 (desvirtuado, además, por la constancia —"es fiel copia"— suscrita y sellada por el Secretario de la División de Asuntos Industriales del Ministerio del ramo) y el problema de la fecha en que se haya hecho el depósito exigido por el artículo 469 del C. S. T., sólo se han suscitado ante la Corte. Constituyen, pues, típicos medios nuevos y, como tales, inadmisibles en esta sede.

II.—LA APLICACION SINDICAL

Tanto por el texto de la ameritada estipulación convencional ("La empresa mantendrá la estabilidad en el trabajo del personal sindicalizado") como por virtud del ordenamiento contenido en el Decreto 18 de 1958 ("la Convención colectiva que celebre un sindicato sólo se aplica a sus afiliados"), pesaba sobre la parte actora en el presente juicio la carga de probar que los trabajadores reclamantes eran miembros del sindicato.

Desde luego, el certificado suscrito por el presidente y el secretario de la organización, que el recurrente señala como mal apreciado, no es un medio probatorio admitido por la ley procesal si emana de particulares extraños al juicio, pues había necesitado reiteración pormenorizada bajo juramento para estimarse declaración de testigos, y si se le atribuye al propio sindicato demandante, la manifestación de un litigante sólo hace fe en cuanto lo perjudique.

Pero la sentencia impugnada ni siquiera menciona dicho certificado. El Tribunal da por establecido que los trabajadores reclamantes eran sindicalizados, sin indicar el fundamento de su convicción. Sin embargo, como el *a-quo* sí relaciona aquel documento al motivar su fallo, para deducir: "quedando así probada... la sindicalización de los peticionarios", y el *ad-quem* confirma su decisión, cabe suponer que el último prohija igualmente la equivocada motivación del inferior.

¿Podrá entonces hablarse de "error de derecho" en relación con este aspecto de la litis, como lo hace el casacionista? Según el artículo 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". Falta ver si la ley laboral tiene prescrita determinada solemnidad para la validez del ingreso a un sindicato y de la permanencia en su seno, o para la prueba de esas circunstancias.

El precepto que el acusador invoca, el artículo 377 del C. S. T., exige la "copia de la parte pertinente del acta de la respectiva reunión" para acreditar el cumplimiento de los actos privativos de la asamblea sindical y "de las demás disposiciones legales o estatutarias que requieran un procedimiento especial o una mayoría determinada". Pero de su solo texto no aparece que la afiliación de los socios y el mantenimiento de su calidad de tales queden allí incluídos; para que la proposición jurídica fuera completa, ha debido señalarse la norma que ordene el procedimiento especial de ingreso al sindicato, y su prueba específica, si acaso existe, pues las peculiaridades del recurso impiden a la Sala investigar de oficio.

Por lo demás, no se advierte prima facie, salvo cuando se controvierta como cuestión fundamental el acto mismo de la admisión de un socio por la asamblea o la junta directiva del sindicato, por qué la calidad de sindicalizado no pueda demostrarse mediante confesión de la contraparte, o la inscripción en el libro de afiliados requerido por la ley, o los comprobantes de pago de las cotizaciones respectivas, o una certificación de los organismos oficiales encargados del control sindical, etc. Diversidad de medios probatorios que sería inconciliable con la supuesta solemnidad requerida por la ley "ad sustantiam actus".

III.—LOS ERRORES DE HECHO

No habiéndose demostrado por el acusador los dos primeros "errores", que estimó "de derecho", quedan en pie la Convención Colectiva de Trabajo, cuya copia obra en autos y la condición de miembros del sindicato pactante que tenían los trabajadores despedidos por el Ingenio.

De los siete "errores de hecho", ya copiados, que se atribuyen al sentenciador, conviene hacer dos grupos: los que se concretan a aspectos

puramente fácticos (ordinales 3, 5, 6, 7 y 8) y los que se refieren a la interpretación o alcance de ciertas voces de la Convención sobre "estabilidad en el trabajo del personal sindicalizado, sin perjuicio de las justas causas de despido", hasta el 30 de septiembre de 1960, frente a la cláusula de reserva estipulada por escrito en los contratos individuales y el plazo presuntivo de los mismos (ordinales 4 y 9).

En lo atinente al primer grupo, se observa:

Ordinal 3).—Los despidos sub-lite se hicieron efectivos el 25 de marzo de 1960 (fs. 53 a 138), y la cláusula décimaquinta de la Convención reza: "El presente pacto estará vigente hasta el 30 de septiembre de 1960". No es evidente entonces que la Convención no rigiera cuando se efectuaron los despidos.

Ordinal 5).—La sentencia no desconoce la existencia procesal de los contratos escritos de trabajo y alude claramente a ellos en su parte motiva.

Ordinal 6).—Tampoco niega el fallador que los mencionados contratos expiraron el 25 de marzo de 1960, pues al confirmar la condena por indemnización del lucro cesante a partir del 26 de los mismos mes y año admite que fue aquélla la fecha de su extinción; y lejos de rechazar que la empresa efectuó los despidos aplicando las cláusula de reserva, lo reitera al argüir, en apoyo de dicha condena, la inaplicabilidad de esa cláusula por haber sido derogada convencionalmente.

Ordinal 7).—En cambio, es notorio que el Tribunal, en la motivación del fallo recurrido, no comenta el hecho de que los reclamantes recibieron determinadas sumas a título del preaviso de cuarenta y cinco días, ni hace la menor alusión a las pruebas que lo acreditan, singularizadas en el cargo, ni al decidir descuenta esos valores del lucro cesante. Y aunque transcribe apartes de otra sentencia, dictada en un juicio distinto contra la misma empresa, en donde se lee que "tiene toda la razón el *a-quo* cuando condenó al pago de los salarios dejados de percibir, previo el descuento para cada uno de ellos de la suma recibida por preaviso", se está refiriendo a otros acreedores colocados en una situación procesal diversa, pues en la de autos el *a-quo* no ordenó el previo descuento mencionado, omisión que el *ad-quem* cohonesta al confirmar el proveído de primera instancia. El error de hecho así configurado es protuberante.

Ordinal 8).—Como el sentenciador sostiene que la estabilidad pactada en la Convención Colectiva derogó la cláusula de reserva y el plazo presuntivo de los contratos individuales de trabajo, no aparece de manifiesto que haya ignorado la incorporación inicial de ambas modalidades en tales contratos, pues sólo es susceptible de derogación lo preexistente. Fuera de que, requiriendo la cláusula de reserva la solemnidad de la escritura (art. 48 del C.S.T.), el error vinculado a su demostración en juicio sería de derecho y no de hecho.

IV.—LA CLAUSULA DE ESTABILIDAD

Como introducción al segundo grupo de los pretendidos errores de hecho, cabe tomar el siguiente párrafo del escrito acusatorio:

"Si se estudian en conjunto las cláusulas sexta, décimaquinta y la reserva dejada por la empresa de que mantendrá la facultad de convertir o cambiar sus cultivos, consignadas en la mal llamada convención colectiva, sin necesidad de un mayor esfuerzo para entenderlas encontraremos que las partes no manifestaron en forma alguna su propósito de abolir la cláusula de reserva ni el plazo presuntivo ni de señalar duración fija o determinada hasta el 30 de septiembre de 1960 para todos los contratos individuales de trabajo del personal sindicalizado".

Por tanto, los errores numerados bajo los ordinales 4) y 9) en el mismo escrito son derivados por el impugnante de la interpretación que el Tribunal les dio a las mencionadas estipulaciones de la convención colectiva, las cuales rezan textualmente:

"SEXTA. La empresa mantendrá la estabilidad en el trabajo del personal sindicalizado, sin perjuicio de las justas causas de despidos, y demandará buen trato a los trabajadores por parte del personal directivo, como lo ha venido haciendo".

"DECIMAQUINTA. El presente pacto estará vigente hasta el 30 de septiembre de 1960".

"La empresa anuncia a los trabajadores que proyecta efectuar un cambio o conversión de cultivos en PAJONALES y hace expresa reserva de la libertad que tiene para ello".

Y al respecto, se lee en la sentencia acusada:

"Es bien sabido, y así lo dice el juez del conocimiento, que la ley especial prefiere a la general en todos los casos. Comoquiera que se ha

aceptado desde el punto de vista doctrinario que la Convención Colectiva de Trabajo se sale de los ámbitos del derecho privado y se pasa al campo estrictamente legal, pues se trata de una norma creadora del derecho, debe concluírse lógicamente que dicho principio de interpretación legal es válido en el presente caso. Así las cosas, la cláusula de reserva y el plazo presuntivo del contrato individual de trabajo, como normas generales, quedaron derogadas en relación con la empresa del ingenio azucarero de Pajonales y los trabajadores afiliados al sindicato de la misma por la ley especial dictada por las partes y contenida en el contrato que ellas mismas firmaron para que se aplicara a las relaciones de la empresa con sus trabajadores".

El fallador, en vez de acudir sencillamente a los artículos 16, 21, 43 y 467 del C. S. T. que ordenan aplicar las normas de la Convención Colectiva a los contratos de trabajo "vigentes o en curso", de preferencia a las estipulaciones de estos últimos, en cuanto aquéllas sean más favorables al trabajador, sigue otro camino (a través de la teoría del contrato-ley, que permite adoptar las reglas del Código Civil sobre interpretación legislativa) para llegar a la misma conclusión a que conducen aquellos preceptos. Es decir, a la de que la cláusula de reserva y el plazo presuntivo, como presupuestos de expiración legal de los contratos individuales de trabajo, dejan de regir mientras esté vigente una cláusula de estabilidad convencional referida expresamente a las "justas causas" de despido.

La conclusión es inobjetable. Tanto el despido súbito mediante simple preaviso de cuarenta y cinco días como el acto patronal que impida la prórroga automática a raíz del vencimiento de cualquier semestre presuncional son modos o eventos extintivos del contrato (arts. 48, 49 y 61 del C.S.T.), admitidos por la ley, pero excluídos por ella de la enumeración taxativa de las "justas causas" de resiliación (arts. 62 y 63 ibidem). Son, además, procedimientos encaminados a facilitar la ruptura del vínculo sin necesidad de invocar ningún otro determinante, o sea todo lo contrario de la estabilidad en el empleo condicionada a esas "justas causas": donde rijan la cláusula de reserva y el plazo presuntivo laboral no habrá *garantía* de estabilidad, pues aún en los casos en que el empresario no acostumbra utilizarlos, por su propio interés en conservar un personal idóneo, experimentado y eficiente, siempre tendrá la facultad de hacerlo cuando quiera.

Siendo ello así, tampoco resulta equivocado sostener que la norma general de la ley confiere a los patronos el derecho a valerse, para la terminación unilateral de los contratos de trabajo, de cualquier medio, modo o motivo legal, hállese o no clasificado entre las "justas causas" y que el compromiso asumido por el Ingenio Central del Tolima, en el sentido de "mantener la estabilidad en el trabajo del personal sindicalizado, sin perjuicio de las justas causas de despido", como norma especial prevalece sobre la general por constituír una restricción voluntaria de aquel derecho patronal. De todos modos, cuando tal restricción se pacta, como en el caso de autos, en una convención colectiva, los términos de ésta sustituyen *ipso-jure* las estipulaciones individuales menos favorables al trabajor.

No incurrió, pues, el Tribunal en el error de apreciación que se le imputa, y obró rectamente al deducir de esas premisas que fueron ilegales los despidos para los cuales, como único fundamento, se invocó una estipulación insubsistente: la cláusula de reserva.

V.—EL PLAZO DE LOS CONTRATOS INDIVIDUALES

En la frase final del mismo ordinal 4) insiste el casacionista en que, por estimar equivocadamente la Convención Colectiva, el sentenciador dio "por demostrado, sin estarlo..., que los contratos individuales de trabajo que existían entre los litigantes quedaron convertidos en de plazo fijo hasta el 30 de septiembre de 1960", fecha hasta la cual computó el tiempo faltante para efectos de la indemnización de los trabajadores despedidos.

Sobre el particular se lee en el fallo acusado:

"Comoquiera que los derechos del trabajador frente al patrono son irrenunciables, tiene toda la razón el *a-quo* cuando condenó al pago de los salarios dejados de percibir".

Y la condena aludida fue así motivada por el juez del conocimiento:

"Violada la estabilidad pactada en la convención colectiva, surge la obligación por parte del patrono de pagar como indemnización el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltaba para cumplirse el término durante el cual debía regir el convenio en referencia". O sea, el término de la convención colectiva y no el de los contratos individuales.

Hasta aquí no aparece la supuesta afirmación de que el plazo de estos últimos se hubiera convertido en "fijo hasta el 30 de septiembre de 1960". Más bien se encuentra implícita la tesis de que, cuando se pacta la estabilidad en el empleo por un tiempo determinado, la violación de ese pacto por el empleador causa en favor del asalariado una indemnización equivalente a la remuneración que deja de percibir desde su despido ilegal hasta el vencimiento de la garantía de estabilidad, y no únicamente hasta el vencimiento del plazo presuntivo del contrato individual.

Este importante planteamiento jurídico no es objeto de ataque en el recurso, pues nada tendría que ver con el error de hecho alegado por el acusador.

Pero el *ad-quem* agrega:

"En el alegato presentado ante este Tribunal el (recurrente) dice que no puede haber lugar a indemnización por el incumplimiento en el pacto colectivo de trabajo porque dicha indemnización no estaba prevista. El razonamiento es sofístico, ya que no se puede perder de vista (que) en virtud de la Convención Colectiva los contratos individuales de trabajo quedaban prorrogados. La indemnización, por otra parte, es completamente viable, porque para demostrar el perjuicio solamente se necesitaba acompañar la prueba del despido antes del vencimiento de la cláusula de estabilidad".

Aunque el último párrafo es una reiteración de la tesis arriba mencionada, y no impugnada, ya que se habla también de una *prórroga* de los contratos individuales, que debe entenderse naturalmente hasta el término de la Convención, con lo cual el plazo de aquéllos se hace coincidir con el de ésta.

Sin embargo, no resulta ostensiblemente equivocado atribuír a las partes que pactan la estabilidad en el trabajo hasta una fecha cierta, la intención de asegurar la persistencia de los respectivos contratos individuales hasta esa misma fecha, lo que equivale a ponerles término fijo. Pues si el plazo contractual en las relaciones individuales de trabajo, sea fijo o presuntivo, significa una garantía temporal de la conservación del vínculo, es posible que el plazo de la cláusula de estabilidad estipulada en una Convención Colectiva signifique idéntica garantía para los contratos individuales regulados por ella, con las excepciones que su propio texto contemple, mientras está vigente.

De otro lado, en el supuesto de que esta apreciación de la Convención de autos fuera evidentemente errónea, el error no sería de hecho, como lo califica el recurrente. Porque el término fijo del contrato de trabajo requiere para su validez la solemnidad de una constancia escrita (art. 46 del C.S.T.), que desde luego puede figurar en el contrato individual, o en cualquier documento adicional, o en la convención o pacto colectivo; de donde, al reputarse demostrado ese término por cualquier medio de prueba distinto de su estipulación escrita, el error sería de derecho (art. 87 del C.P.L.).

VI.—CONCLUSIONES

Del análisis anterior se concluye que el Tribunal no cometió los errores de hecho y de derecho a que el cargo se contrae, salvo el señalado bajo el ordinal 7) del escrito acusatorio, ese sí evidente.

En cuanto a los preceptos legales infringidos, por consecuencia de dicho error, y el concepto de su violación, sin mucho esfuerzo cabe entresacar de la enumeración que el mismo cargo contiene y que ya se transcribió, el artículo 64 del C. S. T. como indebidamente aplicado, en relación con el 48 ibidem, a los cuales se refiere inequívocamente el casacionista en su consideración final:

"Y si, en gracia de discusión, pudiera admitirse que en autos aparece la prueba idónea y eficaz de la Convención Colectiva y de su vigencia, así como de la afiliación de los reclamantes al Sindicato, el H. Tribunal ha debido modificar la sentencia de primera instancia para ordenar el descuento de las condenas por lucro cesante de los valores que los trabajadores recibieron de la Sociedad demandada por concepto de los 45 días de preaviso".

El cargo así entendido y limitado debe prosperar. Porque repugna a la naturaleza indemnizatoria del pago ordenado en el artículo 64 que no se descuenten del respectivo cómputo cualesquiera retribuciones, anticipos y compensaciones salariales correspondientes al mismo período de tiempo a que se contraiga el lucro cesante, según reiterada jurisprudencia de la Corte. Si no obstante provenir de extraños debe descontarse "el valor de los salarios que devengue el trabajador con otro patrono durante el tiempo a que se refieren los salarios liquidados como indemnización" (casaciones de 18 de diciembre de 1953, 30 de abril de 1956, etc.), a fortiori ha-

brá de aplicarse la regla cuando provengan del propio empresario condenado a reparar el perjuicio.

Para fundar la decisión de instancia basta observar que el pago compensatorio del preaviso de cuarenta y cinco días fue confesado en el hecho 5º del libelo incial del juicio y en las diligencias de posiciones de fs. 35 a 65 del cuaderno III, y que la cuantía de lo recibido a ese título por cada uno de los trabajadores despedidos figura en los respectivos comprobantes visibles a fs. 55 a 139 del cuaderno I, suscrito por los interesados, salvo Juan Rodríguez Rodríguez y Florentino Velásquez Beltrán, a cuyo favor aparece la correspondiente consignación judicial (f. 8, cuad. III).

. . . . . .

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, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto confirma sin modificaciones el ordinal primero de la de primer grado y, en función de instancia, modifica dicho ordinal primero de esta última en el sentido de adicionarlo con el siguiente:

"PARAGRAFO: Al efectuar cada uno de los pagos individuales a que se contrae el presente ordinal, la Sociedad INGENIO CENTRAL DEL TOLIMA S. A. podrá retener y descontar la respectiva cantidad que a continuación se indica: $ 379.80 a Humberto Chacón Gaitán; $ 413.15 a Eduardo Moreno; $ 371.25 a Misael Avila; $ 394.60 a Jorge González Lerma; $ 416.50 a Israel Bernal; $ 388.85 a Víctor A. Lara; $ 381.10 a Antonio Rodríguez; $ 403.30 a Misael Gómez; $ 415.35 a Eduardo Callejas; $ 372.75 a Florentino Velásquez; $ 495.10 a Rafael Valderrama; $ 383.70 a Marco Luis Guevara; $ 389.95 a Maximiliano Blanco; $ 402.15 a José Antonio Camargo; $ 368.80 a Excelino Reyes; $ 555.55 a Félix Sáenz; $ 390.65 a Genisberto Oliveros; $ 405.65 a Juan Rodríguez; $ 381.05 a Pablo Emilio Rojas; $ 391.70 a Alberto Lozano; $ 527.75 a Santiago Cardozo; $ 377.00 a Víctor M. Rondón; $ 563.30 a José E. Berríos; $ 400.85 a Luis Gentil Pinzón; $ 407.85 a Angel E. Carranza; $ 427.30 a Jaime Saavedra; $ 527.20 a Juan de la R. Hernández; $ 459.40 a Yezid Rondón; $ 412.80 a Leonardo Parra R.".

NO LA CASA en lo demás. 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.



HOMOLOGACION

Características del fallo arbitral.—Vigencia del Laudo arbitral.—Los laudos arbitrales rigen desde su expedición, ya que se asimilan a convenciones colectivas de trabajo.—La interpretación deja en suspenso, mientras se decide, la ejecución del laudo, pero no la difiere para fecha posterior a su expedición.—La Retroactividad de las decisiones en los tribunales de arbitramento obligatorio.

El arbitramento es la culminación de un proceso que al través de medios de presión (como la huelga) o con el auxilio de mediadores y de árbitros procura un equilibrio de fuerzas o situaciones entre grupos económicos desiguales, a fin de llegar a soluciones de equidad en los conflictos de intereses que entre ellos se susciten, evitando que prevalezca el interés del más fuerte con perjuicio del débil; pero esta necesidad de introducir entre fuerzas opuestas y económicamente desiguales factores de equilibrio queda excluida cuando el conflicto se plantea sobre una cuestión de orden estrictamente jurídico, pues que entonces ya no se trata de la sola composición de un conflicto de intereses en pugna sino del reconocimiento o ejecución de un derecho preestablecido, y la intervención de la autoridad jurisdiccional es entonces seguro suficiente de alcanzar una solución adecuada no ya solamente en equidad sino en justicia. La regla general en esta materia es por ello que la competencia de los tribunales arbitrales se limita a la composición de conflictos de intereses, o sea, de los relativos a las condiciones de trabajo, reservándose a los jueces laborales los que envuelven la dilucidación de cuestiones jurídicas. La tarea propia de los arbitradores es aplicar el principio de la equidad a los conflictos de intereses, como la de los jueces es aplicar los principios del derecho a los conflictos jurídicos.

Expediente número 3043.—Recurso de HOMOLOGACION interpuesto por los sind. de EE. y OO. del Hospital Santa Clara y sind. de Trabajadores de Hospitales, Clínicas, etc. de Cundinamarca contra el LAUDO ARBITRAL de 22 de febrero de 1966.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., quince de diciembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

En virtud de recurso de homologación interpuesto por los sindicatos de Empleados y Obreros del Hospital Santa Clara y de Trabajadores de Hospitales, Clínicas y Similares de Cundinamarca, se revisa el laudo proferido el veintidós de febrero del presente año por el Tribunal de Arbitramento reunido para dirimir las diferencias laborales surgidas entre aquella institución y sus empleados.

—I—

ANTECEDENTES

Entre el MINISTERIO DE SALUD PUBLICA Y EL HOSPITAL ANTITUBERCULOSO SANTA CLARA, por una parte, y los mencionados SINDICATOS, por otra, no concluyó una convención colectiva para regular las condiciones de trabajo de los servidores de dicha institución durante el lapso comprendido entre el 1º de julio de 1963 y el 30 de junio de 1964. La cláusula 9ª establece: "La presente convención colectiva de trabajo tendrá como vigencia el período de un año a partir del 1º de julio de 1963, y hasta el 30 de junio de 1964. Para efectos de su terminación y denuncia, se hará de acuerdo con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones sobre la materia".

Con posterioridad (en el expediente no consta la fecha) los sindicatos presentaron al Hospital las peticiones a que adelante se hará referencia, las que fueron sometidas a arreglo directo y a conciliación mediante la tramitación legal, sin que en tales etapas se hubiera llegado a acuerdo alguno, pues los sindicatos condicionaron el estudio *in integrum* del pliego a la aceptación de los aumentos solicitados en el primer punto, los que no fueron totalmente concedidos por razones

de orden económico insuperables, según el Hospital. Ante el fracaso del arreglo directo y de la conciliación, el Ministerio del Trabajo, en Resolución número 01991 de 10 de diciembre de 1965, convocó e integró el Tribunal de Arbitramento que debía dirimir el diferendo, el cual dictó su laudo el 22 de febrero del año en curso.

Contra ese laudo interpusieron los sindicatos el recurso de homologación que se procede a decidir, sin concretarlo a determinadas cuestiones —dicho sea de paso— ni exponer los motivos de su desacuerdo.

—II—

PLIEGO DE PETICIONES

Contiene las siguientes exigencias: 1) Aumento de salarios, así: para los inferiores a $ 500, un 80%; de $ 500 a $ 1.000, un 60%; de $ 1.000 a $ 1.500, un 40%; de $ 1.500 a $ 2.000, un 20%; de $ 2.000 en adelante un 10%, y un 70% para los trabajadores en rayos X. 2). Aumento automático de salarios cada cinco años de servicios, así: a los 5 años, un 10%; a los 10, un 20%; a los 15, un 25%, y de ahí en adelante un 30% cada cinco años. 3) Reconocimiento de la prima de servicios con base tanto en el salario en dinero como en el salario en especie, y reajuste de las dejadas de pagar en la forma indicada. 4) Pago de los aumentos de sueldos (30%, según la convención de 1963) que no se beneficiaron con él, a partir del 1º de julio de 1963. 5) Pago de una prima de vacaciones equivalente a $ 250, que sería entregada al salir para hacer uso de ellas. 6) Auxilio del 100% del salario, hasta por ciento ochenta días, al trabajador incapacitado. 7) Auxilio de $ 500 por cada hijo que le nazca a un trabajador. 8) Pago de un 25% del salario al trabajador que saliere pensionado, porcentaje que el Hospital pagaría directamente y de manera permanente al pensionado. 9) Suministro de calzado y overoles a los trabajadores con salario no superior a $ 700. Cuando el trabajador tenga hijos o personas a su cuidado, a cuya subsistencia deba atender, la base de la prestación sería el resultado de deducir del salario $ 50 por cada uno de tales hijos o personas. 10) Construcción de baños suficientes para el servicio de los trabajadores en sitios cercanos a los del trabajo. 11) Instalación de los lavaderos que resulten necesarios para los trabajadores. 12) Construcción de un cuarto adecuado para guardar herramientas, dotado de las seguridades necesarias, y de otro para la instalación de *lokers*. 13) Construcción de un cuarto de plancha dotado de todos los elementos indispensables. 14) Fijación de la jornada de trabajo del personal de veladoras en en tres días continuos, de diez horas cada uno, después de los cuales tendrían derecho a un día de descanso. 15) Concesión a todos los trabajadores de quince días de vacaciones remuneradas cada seis meses, como se dan al personal científico. 16) Concesión de permiso para acudir a la Caja de Previsión Social cada vez que fuere necesario, y de permiso remunerado para no concurrir al Hospital en caso de calamidad doméstica debidamente comprobada. 17) Prestación de servicios médico-quirúrgicos y suministro de drogas a los familiares de los trabajadores. 18) En casos de vacantes y de creación de nuevos cargos, ascensos teniendo en cuenta la antigüedad en el servicio y la capacitación para el puesto. 19) Otorgamiento de auxilios a los sindicatos con destino a la celebración de la fiesta del trabajo, al arrendamiento y mantenimiento de oficinas y a viáticos y gastos de transporte de los delegados a congresos y conferencias internacionales. 20) Cumplimiento dentro de un plazo de treinta días de todas las cláusulas de la convención colectiva de 1963. 21) Descuento del valor del aumento de salario correspondiente a la primera quincena a los trabajadores que se beneficien con dicho aumento, para que la Federación de Trabajadores de Cundinamarca lo distribuya conforme a sus estatutos. 22) Prórroga de la convención de 1963 hasta el 30 de junio de 1965, e incorporación en la nueva convención de todas las cláusulas que no fueren modificadas. 23) Aplicación de la nueva convención (la resultante del pliego de peticiones) a los trabajadores sindicalizados únicamente, debiendo los que no lo estuvieren, pero que en alguna forma se beneficiaren de la convención, pagar a los sindicatos el 50% de las cuotas ordinarias a que estén obligados los sindicalizados, el que sería descontado directamente por el Hospital para entregarlos a los sindicatos a prorrata, según el número de socios de cada organización.

—III—

EL LAUDO

En éste el Tribunal negó de manera absoluta las peticiones a que se refieren los ordinales 2, 3, 4, 5, 7, 8, 14, 15, 19, 20 y 21 del pliego, y otorgó, sin restricción alguna, las de los ordinales 6, 10, 11, 12, 13 y 16, y con restricciones o

de manera parcial las de los ordinales 1, 9, 17 y 18.

Respecto de estas cuatro últimas, resolvió:

"Primero.—A partir de la fecha de este laudo arbitral, el Hospital Antituberculoso Santa Clara, con domicilio en esta ciudad de Bogotá. y legalmente representado por su director, doctor Carlos A. Herrera Galindo, aumentará las actuales asignaciones de sus trabajadores, en las proporciones que a continuación se indican, así: a) Para los trabajadores que devengan un salario superior a $ 1.500 mensuales, el aumento será de $ 90.00 mensuales. b) Para los trabajadores que perciben un salario superior a $ 1.000 mensuales sin exceder de $ 1.500, el aumento será de $ 80.00. c) Para los trabajadores que devengan un salario superior a $ 500 mensuales, sin exceder de $ 1.000, el aumento será de $ 60.00; y d) Para los trabajadores que perciben salarios inferiores a $ 500 mensuales, el aumento será de $ 45.00. Parágrafo. Los aumentos mencionados se harán tomando como base las remuneraciones que actualmente se pagan en dinero, es decir, sin tener en cuenta los salarios en especie que perciben algunos trabajadores del Hospital y consistentes en el suministro de alimentación, o cualesquiera otra ventaja económica".

"Tercero. El citado Hospital continuará suministrando calzado y vestido adecuado para la labor desempeñada a los trabajadores que actualmente gozan de ese beneficio, sin tomar en cuenta para ello los aumentos de salarios decretados en el ordenamiento primero de este laudo arbitral".

"Sexto. El Hospital Antituberculoso Santa Clara continuará prestando asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria a los familiares de sus trabajadores, en la misma forma que lo venía haciendo voluntariamente. Dichos servicios se les prestarán gratuitamente siempre y cuando que se relacionen con afecciones pulmonares; y comprende solamente a los padres, hijos, esposa o compañera y hermanos del trabajador que dependan económicamente de éste".

"Octavo. El Hospital mencionado procurará llenar las vacantes que se presenten en los empleos con personal que esté a su servicio".

Respecto de la vigencia y aplicación de la nueva convención colectiva, puntos a que se refieren los ordinales 22 y 23 del pliego de peticiones, dispone el laudo que él regirá por el término de dos años a partir de su ejecutoria, y que se aplicará conforme a lo previsto en el artículo 39 del Decreto 2351 de 1965, quedando vigentes las normas de la de 1963 que no le fueren contrarias.

Este laudo fue proferido dentro del término señalado por las partes, por un Tribunal de arbitramento convocado e integrado como lo indica el artículo 453 del C. S. L., previa sumisión del diferendo a arreglo directo y a conciliación, etapas que se cumplieron conforme a los trámites establecidos en los capítulos II y III del título 2º, parte segunda, del Código mencionado, sin que se llegase a acuerdo sobre ninguno de los puntos contenidos en el pliego de peticiones, y habiéndose observado para dictarlo la condición exigida en el artículo 456 de aquella obra.

—IV—

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Nada hay que observar respecto de la regularidad del laudo, que fue pronunciado con sujeción a las normas que disciplinan la materia y observancia de todas las formalidades legales, por lo que es de suponer —ya que en parte alguna lo han dicho— que los recurrentes sólo pretenden la revisión de aquellas decisiones que en todo o en parte les fueron desfavorables.

Negó el Tribunal el aumento automático, por antigüedad, de salarios; la extensión del pactado en 1963 a los que de acuerdo con la respectiva convención no disfrutan de él; el reconocimiento de una prima de servicio con base tanto en el salario en dinero como en el salario en especie y de otra de vacaciones que sería entregada al trabajador en el momento de entrar a disfrutarlas; el auxilio de $ 500 por cada hijo que le nazca al trabajador; el pago, directamente por el patrono, del 25% del salario al trabajador que saliere pensionado; los auxilios para los sindicatos; la reducción de la jornada de trabajo de las veladoras; las vacaciones remuneradas cada seis meses; y el descuento, con destino a la Federación de Trabajadores, del valor del aumento salarial correspondiente a la primera quincena. Y concedió parcialmente, o sea, con restricciones, el aumento de salario por una sola vez, el suministro de calzado y overoles a los hijos o personas a cargo del trabajador, la prestación de servicio médico-quirúrgico y de drogas a los allegados de los trabajadores, y la adopción de un

sistema de ascensos por antigüedad y competencia.

Todas estas prestaciones y condiciones de trabajo corresponden a las que la jurisprudencia ha calificado de tipo económico, que dan lugar más que a una controversia jurídica, a un conflicto de intereses, en cuyo caso, ha dicho la Corte, "el fallo de los árbitros busca hallar una composición que consulte racionalmente y en forma justiciera los intereses en pugna. El fallo es de equidad. No se aplican a la controversia reglas jurídicas preexistentes, pues no se trata de cuestiones específicas con fundamento en el derecho material. Los árbitros formulan, por vía general, nuevas condiciones de trabajo, limitadas a la materia que se ha tratado por las partes, sobre las bases contenidas en el *petitum* respectivo" (G. J. XCIV, 718). Lo cual quiere decir que, como también lo ha expresado la Corte, las funciones del Tribunal en tal evento son las propias de un arbitrador o amigable componedor, por lo que decide con la más amplia discrecionalidad las cuestiones que se le someten.

No es difícil advertir que las peticiones negadas y concedidas sólo en parte, se refieren a remuneraciones, prestaciones y condiciones de trabajo no previstas en ley específica, salvo las concernientes a la prima de servicios y a las vacaciones remuneradas; pero éstas, la primera toca con materia regulada solamente para el sector privado —el Hospital Santa Clara es establecimiento público— y aplicable a las empresas permanentes en sustitución de la participación que en ellas otorgaba al trabajador el Decreto 2474 de 1948 y de la prima de beneficios que establecía el Decreto 3871 de 1949 (C.S.L., art. 306), lo que excluye de la de servicio a los institutos de derecho público, y todavía con mayor razón a aquellos que como los hospitales no funcionan con fines de beneficio económico; y en la segunda, se solicita dos períodos anuales de vacaciones remuneradas no establecidos en los artículos 12 de la Ley 6ª de 1945 ni 5º de la Ley 64 de 1946, que sólo disponen uno anual de quince días.

Obró, pues, el Tribunal conforme a su facultad discrecional decidir con criterio de equidad, y teniendo en cuenta los datos oficiales sobre rentas y gastos del Hospital Santa Clara, así como el carácter de institución benéfica que éste tiene y las necesidades que afronta para poder cumplir la función social que le corresponde, que la situación económica de tal institución no le permite soportar un gravamen mayor del previsto en el laudo. Y respecto de la vigésima primera, nada puede objetarse a la remisión que a lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto 2351 de 1965 hace la providencia arbitral, pues con ello sólo han resuelto que el punto se rija precisamente por la norma legal que disciplina la materia.

Se abstuvo además el Tribunal de acceder a lo pedido en el ordinal vigésimo del pliego —relativo al cumplimiento de la convención anterior— por cuanto "si la convención colectiva cuestionada se ha incumplido, total o parcialmente, por cualesquiera de las partes, otros son los procedimientos establecidos por la ley para lograr coercitivamente su cumplimiento".

El arbitramento es la culminación de un proceso que al través de medios de presión (como la huelga) o con el auxilio de mediadores y de árbitros procura un equilibrio de fuerzas o situaciones entre grupos económicos desiguales, a fin de llegar a soluciones de equidad en los conflictos de intereses que entre ellos se susciten, evitando que prevalezca el interés del más fuerte con perjuicio del débil; pero esta necesidad de introducir entre fuerzas opuestas y económicamente desiguales factores de equilibrio queda excluída cuando el conflicto se plantea sobre una cuestión de orden estrictamente jurídico, pues que entonces ya no se trata de la sola composición de un conflicto de intereses en pugna sino del reconocimiento o ejecución de un derecho preestablecido, la intervención de la autoridad jurisdiccional es entonces seguro suficiente de alcanzar una solución adecuada no ya solamente en equidad sino en justicia. La regla general en esta materia es por ello que la competencia de los Tribunales arbitrales se limita a la composición de conflictos de intereses, o sea, de los relativos a las condiciones de trabajo, reservándose a los jueces laborales los que envuelven la dilucidación de cuestiones jurídicas. La tarea propia de los arbitradores es aplicar el principio de la equidad a los conflictos de intereses, como la de los jueces es aplicar los principios del derecho a los conflictos jurídicos. Por eso no tratándose en esta oportunidad de un caso de excepción, como sería el de aplicación de la cláusula compromisoria, sino de la de las reglas generales que regulan la competencia de los árbitros, debe concluírse que escapan a su conocimiento las decisiones atinentes a la ejecución de la convención colectiva de 1963, por envolver un problema de naturaleza jurídica, habiendo acerta-

do, consiguientemente, en la solución que dieron a la petición vigésima.

Respecto de la vigencia del laudo, el ordinal 2º del artículo 461 del C. S. T. faculta a los árbitros para señalarle un lapso de duración hasta de dos años, de suerte que al disponerlo así obraron dentro de su órbita legal de atribuciones. Sólo hay que anotar que conforme al ordinal décimo esa vigencia se cuenta "a partir de la fecha en que quede ejecutoriado", siendo así que los laudos arbitrales rigen desde su expedición, pues que se asimilan a convenciones colectivas de trabajo. La interposición del recurso deja en suspenso, mientras se decide, la ejecución del laudo, pero no la difiere para una fecha posterior a su expedición. Si en el presente caso la sentencia arbitral solamente entrara a regir una vez dictada la de la Corte, el plazo se vería prorrogado por el lapso que durara en resolverse el recurso, con lo que se contrariaría la regla del ordinal 2º del artículo 461 citado que sólo permite una vigencia de hasta dos años para esta clase de providencias. El ordinal décimo de la providencia del Tribunal de Arbitramento será anulada, en consecuencia, en el sentido indicado.

Sobre la aplicación de la nueva convención al personal sindicalizado, pero debiendo imponerse al no sindicalizado que se beneficie con sus regulaciones la carga de pagar a los sindicatos el cincuenta por ciento del valor de la cuota ordinaria que corresponde a los socios, el fallo remite a lo prescrito en el artículo 39 del Decreto 2351 de 1965, con lo cual se ciñe a la disposición legal pertinente.

En suma, que el fallo arbitral proferido para dirimir las diferencias sobre condiciones de trabajo en el caso de estos autos, debe ser homologado, salvo en lo relativo a la iniciación de su vigencia, por cuanto resuelve todas las peticiones formuladas en el respectivo pliego, dentro de la órbita de la competencia del Tribunal, sin extralimitación en las decisiones adoptadas y sin quebrantar precepto normativo alguno.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, HOMOLOGA la sentencia proferida el veintidós de febrero del presente año por el Tribunal de Arbitramento que dirimió el conflicto laboral entre el Hospital Antituberculoso Santa Clara y los sindicatos de Empleados y Obreros de la nombrada institución y el de Hospitales, Clínicas y similares de Cundinamarca, salvo en cuanto dispone, en el ordinal décimo de la parte resolutiva, que el laudo entrará a regir "a partir de la fecha en que quede ejecutoriado", disposición que se declara inexequible.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL*, REMITASE COPIA DE ESTA PROVIDENCIA Y DE LA DEL FALLO ARBITRAL AL MINISTERIO DEL TRABAJO Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION.

Retroactividad de las decisiones de los tribunales de arbitramento obligatorio.—En las relaciones colectivas de trabajo los tribunales de arbitramento obligatorio no pueden dar efecto retroactivo a sus decisiones para afectar "situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores". (C.S. del T. Artículo 16).

Tiene recibido la jurisprudencia que en las relaciones colectivas de trabajo los tribunales de arbitramento obligatorio no pueden dar efecto retroactivo a sus decisiones para afectar "situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores" (C.S. del T. Art. 16); pero entendiéndose por retroactivo solamente lo que invade el tiempo anterior a la presentación del pliego de peticiones que promueva la primera convención colectiva de condiciones de trabajo (o el primer laudo que haya de hacer sus veces), o anterior a la expiración del plazo fijo o presuntivo de la convención o laudo oportunamente denunciados y hasta entonces vigente. Pues tanto la presentación del primer pliego de peticiones como la denuncia de la convención preexistente, constituyen la notificación de una inconformidad colectiva con las condiciones de trabajo imperantes y del propósito de modificarlas por los medios que la ley señala. Y a partir de ese momento, la estabilidad jurídica de aquellas condiciones, inviolable por la sentencia arbitral, se convierte en vigencia apenas provisoria mientras se adelanta y culmina el proceso de las negociaciones colectivas encaminadas a crear las nuevas normas. (Verse doctrina sobre Homologación en fallo de diciembre 16 de 1964. Sindicato contra municipio de Sonsón).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., diciembre quince de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

El ALCALDE Y EL PERSONERO del Municipio de Neiva, en representación de éste, interpusieron el recurso de homologación contra el laudo arbitral proferido el 8 de octubre del presente año por el Tribunal Especial de Arbitramento convocado por el Ministerio del Trabajo (Resolución número 1280, de 2 de septiembre de 1966) "para que estudie y decida el conflicto laboral existente entre el municipio de Neiva y su SINDICATO DE TRABAJADORES".

Remitidas las piezas complementarias de la respectiva documentación por la Inspección Nacional del Trabajo de Neiva, con oficio número 404 del 30 de noviembre último, procede la Sala a decidir el recurso, previas las siguientes consideraciones que pasa a exponer:

Aparece de autos que el "Sindicato de Trabajadores Oficiales del Municipio de Neiva", en asamblea general, aprobó el 23 de abril de 1966 un pliego de peticiones (fs. 1 y 2), del cual acusó recibo el Alcalde Municipal en oficio fechado el 2 de mayo subsiguiente (f. 139).

De los veintiún pedimentos del pliego, la mayor parte fue objeto de arreglo en la etapa de negociaciones directas (fl. 7 a 9), entre ellos la petición vigésima-primera, que quedó acordada así: "La convención colectiva tendrá vigencia de un año, a partir del día 1º de mayo de mil novecientos sesenta y seis". Y solamente pasaron a conciliación "las diferencias", conforme al artículo 436 del C. S. T., cuyo ordenamiento no fue suspendido sino reiterado así por el artículo 29 del Decreto número 2351 de 1965: "Las peticiones de los trabajadores, o la parte de éstas sobre las cuales no se hubiere logrado un arreglo directo, serán sometidas a la mediación de un conciliador designado de común acuerdo por las dos partes, o de sendos conciliadores designados por ellas".

Tales diferencias se contrajeron por esa causa al parágrafo de la petición 2ª y a las peticiones 4ª, 6ª, 7ª, 9ª, 15ª y 17ª (f. 10), y subsistie-

ron a pesar del intento conciliatorio, salvo la última, que fue conciliada (f. 12).

En consecuencia, el ámbito de la facultad decisoria del Tribunal de Arbitramento quedó delimitado por los puntos del pliego sindical no resueltos ni en arreglo directo ni en conciliación (arts. 452 y 458 del C.S.T. y 34 del D. Nº 2351 de 1965), los cuales fueron resueltos por el laudo de esta manera:

"PRIMERO:—El trabajador, en caso de despido, podrá ejercer ante el Jefe de la Administración Municipal y dentro de los ocho días siguientes a su despido, el derecho de petición a reclamar su reintegro, a efecto de que el Superior resuelva.

"SEGUNDO:—a)—Fíjase un salario básico mínimo de dieciocho pesos ($ 18.00) diarios, el que rige a partir del primero (1º) de mayo del presente año.

"b)—Los salarios que estén por debajo de los dieciocho pesos ($ 18.00) diarios se ajustan a esta suma.

"c)—Desde el primero (1º) de mayo del presente año, elévanse en un veintidós por ciento (22%) todos los salarios de los trabajadores del Municipio.

"TERCERO:—Créase una Comisión de Escalafón, integrada por las partes y reglamentada por éstas, para que realice el estudio y creación del Escalafón para los trabajadores del Municipio, la que cumplirá su función dentro de los treinta (30) días siguientes a partir de la ejecutoria del presente laudo.

"CUARTO:—La Comisión de Escalafón decidirá cuáles trabajadores deberán ser clasificados dentro del sistema de pagos por planilla.

"QUINTO:—Niégase la cláusula novena (9ª) del pliego de peticiones presentado por el Sindicato.

"SEXTO:—El Municipio, por intermedio de la Caja de Previsión Social, procederá a reglamentar y dar cumplimiento a lo preceptuado en el literal J) del Acuerdo del Concejo Municipal número 9 de 1964 en su artículo 24.

"SEPTIMO:—Niégase la cláusula décimaquinta (15ª) del pliego de peticiones presentado por el Sindicato.

"OCTAVO:—El presente fallo tendrá vigencia por el lapso de un (1) año, contado a partir del día primero (1º) de mayo de mil novecientos sesenta y seis (1966)".

Los representantes del Municipio de Neiva, al interponer el recurso de homologación contra la decisión arbitral, dicen muy concretamente:

"Nuestra inconformidad contra el Laudo Arbitral consiste en que debe declararse nula la parte del fallo que ordena el pago del salario básico a partir del 1º de mayo pasado y a la vez el pago del reajuste del 22% de todos los salarios de los trabajadores, a partir de la misma fecha, por considerarlo que afecta disposiciones legales.

"La retroactividad que ordena el fallo es lo que no puede aceptar el Municipio y por consiguiente debe declararse nulo en tal sentido".

Circunscrito así el recurso a los ordinales segundo y octavo del laudo, por voluntad expresa de la única parte recurrente, la Sala observa:

Tiene recibido la jurisprudencia que en las relaciones colectivas de trabajo los Tribunales de arbitramento obligatorio no pueden dar efecto retroactivo a sus decisiones para afectar "situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores" (C.S.T., art. 16); pero entendiéndose por retroactivo solamente lo que invade el tiempo anterior a la presentación del pliego de peticiones que promueva la primera convención colectiva de condiciones de trabajo (o el primer laudo que haya de hacer sus veces), o anterior a la expiración del plazo fijo o presuntivo de la convención o laudo oportunamente denunciados y hasta entonces vigente. Pues tanto la presentación del primer pliego de peticiones como la denuncia de la convención preexistente, constituyen la notificación de una inconformidad colectiva con las condiciones de trabajo imperantes y del propósito de modificarlas por los medios que la ley señala. Y a partir de ese momento, la estabilidad jurídica de aquellas condiciones, inviolable por la sentencia arbitral, se convierte en vigencia apenas provisoria mientras se adelanta y culmina el proceso de las negociaciones colectivas encaminadas a crear las nuevas normas.

"La fuerza obligatoria del pacto o de la decisión arbitral durante (el plazo fijo o presuntivo) 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, sigue 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 'situaciones consolidadas'. 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 un 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 el laudo que fuere objeto de la oportuna denuncia".—Homologación de diciembre 16 de 1964. Sindicato vs. Municipio de Sonsón).

La doctrina transcrita es aplicable exactamente, a fortiori, al período que se extiende entre la presentación del pliego de peticiones, en ausencia de toda convención o laudo anterior, y la expedición del fallo arbitral que haga las veces de primera convención colectiva de trabajo.

Ahora bien: Presentado como fue el pliego de peticiones a la Alcaldía de Neiva con anterioridad al 1º de mayo de 1966, y no hallándose vinculados los trabajadores oficiales de ese Municipio por una convención o laudo cuyo plazo fijo o presuntivo se prolongara después de esa fecha, ningún derecho adquirido podía vulnerar la sentencia arbitral que se examina al fijar aquel primero de mayo como punto de partida de los aumentos salariales previstos en su ordinal segundo, tal como lo había pedido el sindicato, aunque no hubiera habido acuerdo de ambas partes sobre el particular.

Pero es que, además, ya se vio que durante las negociaciones directas de las partes acordaron expresamente que la convención colectiva tendría "vigencia de un año, a partir del día 1º de mayo de 1966", fórmula que el Tribunal se limitó a copiar en el ordinal octavo de su fallo. La mención de esa fecha en el ordinal segundo nada le agrega a lo acordado, salvo el énfasis no censurable. Por lo tanto, no sólo el Tribunal podía reiterar ese punto de partida sino que estaba obligado a respetarlo pues carecía de jurisdicción para conocer de peticiones respecto de las cuales se hubiera "producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación" (art. 458 del C.S.T.).

Revisado por los demás aspectos el laudo objeto del presente recurso, no se observa irregularidad ninguna.

. . . . . .

A mérito de los razonamientos precedentes, 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, DECLARA EXEQUIBLE el fallo arbitral acusado y por tanto lo homologa.

Remítase al Ministerio del Trabajo copia de esta providencia y del fallo arbitral, para su custodia.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



VALOR DE LOS ELEMENTOS PROBATORIOS APORTADOS AL PROCESO

Demostración del servicio personal del demandante al demandado pero sin comprobación en el juicio del salario recibido ni del tiempo preciso de su duración.—En estas condiciones, la Corte no puede entrar a rectificar una sentencia que negó la condena al pago del auxilio de cesantía y la prima de servicios pedidos en la demanda de instancia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., quince de diciembre de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

El Tribunal Superior de Bogotá —Sala de Casación Laboral— decidió en segunda instancia el juicio ordinario de ALBERTO OSUNA contra JUAN MANUEL RAMOS y en su fallo absolvió al demandado en juicio de todos los cargos de la demanda, mediante revocatoria de la sentencia de primer grado que había condenado al pago de algunas sumas por concepto de auxilio de cesantía, compensación de vacaciones, prima de servicios e indemnización moratoria.

Del fallo del *ad-quem* recurrió en casación Alberto Osuna y cumplidos los trámites de rigor formuló, por intermedio de apoderado, la demanda correspondiente, que no tuvo oposición.

LA DEMANDA

El recurrente fija como alcance de la impugnación la casación total de la sentencia del Tribunal y aspira a que la Corte, como Tribunal de instancia, reforme el fallo del *a-quo* en el sentido de condenar al demandado "al pago de las cantidades reclamadas en la demanda inicial, por los conceptos consignados en la misma demanda, o por lo que resultare demostrado en el informativo".

La acusación se fundamenta en la causal primera del artículo 87 del C. de P. L. y se desenvuelve a través de dos cargos, que se estudian en su orden.

PRIMER CARGO

Se acusa la sentencia de ser violatoria "por aplicación indebida de los artículos 5, 14, 20, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 37, 38, 47, 49, 55, 57 (1-4), 65, 66, 98, 127, 132, 134, 136, 138, 139, 140, 149 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de los errores de hecho, evidentes y manifiestos en los autos, en que incurrió el sentenciador por la errónea interpretación de unas pruebas y la falta de apreciación de otras".

Dice el acusador que los errores de hecho evidentes en que incurrió el sentenciador son los siguientes:

"1.—Aparece de autos el tiempo de servicio de Osuna a Ramos de manera clara y evidente. 2.—También aparece la remuneración pactada, tanto por ciento, y el dinero recibido. 3.—Aparece la subordinación de Osuna a Ramos, por la facultad que éste tenía de darle órdenes e instrucciones. 4.—Y por tanto, pues, aparece configurada, de manera clara y absoluta, la relación jurídica económica laboral entre Alberto Osuna y Juan Manuel Ramos". Que no obstante lo anterior, da por demostrado: 1.—Que el señor Forero, compañero de Osuna, fue el único que recibió muestrarios y que hizo recorridos o correrías por Boyacá y Santander. 2.—Que los compañeros de trabajo Forero y Osuna usaban siempre un sello al hacer los pedidos, demostrativo de su pretendida sociedad de hecho. 3.—Que los pedidos, cuyas copias aparecen visibles a folios 19 a 216 se hicieron todos dentro de la pretendida sociedad de hecho de Forero y Osuna. 4.—Que no es posible precisar, con exactitud, las fechas de ingreso y egreso del señor Osuna al servicio del señor Ramos. 5.—Que la labor del señor Osuna era la venta de

artículos fabricados por el señor Ramos, "en asocio de Manuel J. Forero...". 6.—Que no se puede precisar lo que recibió directamente el señor Osuna por parte del señor Ramos, como retribución de sus servicios. 7.—Que no existe, de manera clara, la prueba o pruebas de la existencia de un contrato de trabajo entre Osuna y Ramos. 8.—Que la labor era desarrollada unas veces por Osuna y otras por Forero. 9.—Que tampoco aparece la subordinación de Osuna con respecto a Ramos".

Indica el acusador como pruebas erróneamente apreciadas: la confesoria en la absolución de posiciones del demandado (fls. 233 a 240); la confesoria en el reconocimiento de los documentos de (fls. 253 a 256); la confesoria en la absolución de posiciones del demandante (fls. 242 a 250); el certificado de "Manufacturas Aguila" (fl. 325). Y como no apreciadas las siguientes: testimonios de Manuel J. Forero y Enrique Ibarra (fls. 206 y ss. y 300 y ss.); dictamen pericial (fls. 313 y ss.); documentos de (fls. 40 a 216); la contestación de la demanda (fls. 219 y ss.); la certificación del Banco Comercial Antioqueño (fls 291).

La demostración del yerro en la apreciación de las pruebas que singulariza, la efectúa el impugnador así:

a).—En la absolución de posiciones el demandado "confiesa que el señor Osuna estaba trabajando a sus órdenes en Antioquia y la Costa por el mes de mayo de 1955 y que le envió comunicaciones sobre las diferencias con Forero. Y en la contestación a la pregunta quinta dice que las condiciones de remuneración sí fueron pactadas tal como se presentan en la pregunta correspondiente; es decir, el diez por ciento sobre el producido de las ventas brutas para cada cual, Forero y Osuna. Situación o hecho éste que corroboró en la contestación a la pregunta sexta.—A la pregunta novena contesta: que las comisiones se liquidaban según aparece en los libros, y por cheques a Forero.

"Y a la décima-primera dice que en dos oportunidades los señores Forero y Osuna "hicieron giras separadas para la venta principal de los libros y de mis artículos y naturalmente en estos casos tenía que dar separadamente listas de clientes y las instrucciones indispensables para cada recorrido, los cuales eran indicados y pactados entre ellos, jamás por el suscrito".

"Y en la contestación a la décima-tercera confiesa que le debe a Forero el cinco por ciento restante de unas comisiones que se pactó, se entregarían cuando los clientes cancelaran el valor de las facturas".

"Y en la décima-cuarta respuesta "hice cheques a nombre del señor Osuna, tal como en otras lo hice a nombre de la señora esposa del señor Forero...".

"Y en la décima-octava: "No son ciertos y aclaro: lo único es el pacto que se hizo con el señor Forero de reconocerle el diez por ciento sobre las ventas pagaderos en la forma como lo dicen ellos mismos".

En lo relativo al reconocimiento de algunos documentos por el demandado (fls. 253 y ss.), el recurrente expresa que "las explicaciones dadas por el demandado en las diligencias de reconocimiento, fueron mal apreciadas por el juzgador, en contra del trabajador Osuna".

Sobre lo dicho por el demandante en la absolución de posiciones, expresa el mismo recurrente que "el demandante manifiesta que solamente los ligaba la amistad y que no tenía sociedad alguna ni de hecho ni de nada. Que la camioneta era exclusivamente suya..., que usaban el sello "cuando vendíamos libros y cuando nos enviaban a ambos a correrías poníamos en dichos pedidos el sello para que así no hubiera forma de refundir pedidos con otros vendedores...". Y agrega que la transcripción de algunas de las respuestas dadas por Osuna al pliego de posiciones encaminadas a negar la existencia de sociedad de hecho con el señor Forero para la distribución de mercancías del señor Ramos.

En cuanto al "certificado" de "Manufacturas Aguila" (fl. 325), no dice el impugnador en qué consiste el error de apreciación por parte del Tribunal.

Sobre las pruebas dejadas de apreciar, objeta la determinación del *ad-quem* de no estimar los testimonios de los señores Manuel J. Forero y Enrique Ibarra, la del primero por las vinculaciones que dice tener con el demandado y la del segundo por constituír en su mayor parte una declaración de hecho que le consta por haberlos oído de boca del mismo demandante. En relación con este último testimonio, que el impugnador analiza con mayor detenimiento, dice:

"Folio 300: "Me consta que el señor Alberto Osuna trabajó para el señor Juan Manuel Ramos desde mediados de 1954 hasta mediados de

1955 como agente viajero y el sueldo eran comisiones más un porcentaje que le reconocía por desgaste del vehículo del señor Osuna", hasta aquí es preciso solamente hablar de oídas en relación al sueldo cuando dice: "El me decía que le pagaban el diez por ciento de comisiones sobre las ventas y por la camioneta le reconocían unos trescientos pesos mensuales. También le consta de manera directa qué era lo que vendía el señor Osuna".

"Y a otra pregunta dice: "Me consta que cuando Osuna estaba en Bogotá, el señor Ramos lo ocupaba para transportar artículos de allá de la fábrica a varias partes, yo lo acompañé varias veces a hacer repartos y a llevar material para la fábrica". Y a otra pregunta sobre la camioneta: "Los hacía el señor Osuna y los reconocía el señor Ramos, trescientos pesos mensuales, no sé si los gastos fueron mayores o menores". Y a otra: "El señor Osuna, al llegar a Barranquilla, ya encontró la plaza trabajada". Y a otra: "Sé que el señor Osuna sólo trabajaba para el señor Ramos en ese tiempo". Y a la penúltima pregunta: "El señor Osuna vivía en la casa del señor Forero, pero nunca fueron socios, ellos viajaban juntos cuando trabajaron juntos con unas editoriales, pero que fueron socios, no".

La prueba pericial se estudia por el recurrente para rechazar la desestimación que de ella hace el fallador de segunda instancia y expone al respecto: "En dicho petirazgo no objetado consta el tiempo de servicio, primera quincena de junio de 1954, fecha de entrada y segunda quincena de junio de 1955, fecha de salida; la labor desarrollada por el trabajador que concuerda con las otras pruebas; y el total de los dineros recibidos efectivamente por Osuna, de parte de Ramos; y varios promedios sobre dichos dineros; también aparece la subordinación de Osuna por medio de la correspondencia, por la cual se establece que el señor Ramos tenía la facultad jurídica de imponerle órdenes más o menos concretas sobre la actividad de los negocios y su orientación definitiva y por lo alto, aunque el trabajador tuviese cierta autonomía en algunos o muchos detalles, lo que no destruye o desfigura la esencial subordinación, que puede ser efectiva o simplemente potencial".

Se refiere a los documentos de fls. 40 a 78 y 79 a 216, para insistir en que ellos establecen la remuneración devengada por Osuna y el trabajo desempeñado, según los primeros en forma individual, y según los segundos conjuntamente con el señor Forero, y manifiesta, finalmente, que en la respuesta a la demanda y en las certificaciones de los Bancos Bogotá y Comercial Antioqueño existen bases para declarar probada la remuneración de Osuna.

Concluye el acusador con la afirmación de que si no se hubiese incurrido por el fallador de segunda instancia en los errores de hecho anotados, no se habrían quebrantado las disposiciones legales que cita en el cargo y debería haberse hecho la condena al pago de las sumas que señala por concepto de auxilio de cesantía, prima de servicios, salarios insolutos, indemnización compensatoria e indemnización moratoria.

Se estudia el cargo:

El Tribunal, en el fallo acusado, llega a la conclusión de que no se encuentran demostrados los elementos tipificantes del contrato de trabajo, y para el efecto realiza un análisis de las pruebas constituídas por la absolución de posiciones del demandado, la absolución de posiciones del demandante, el reconocimiento de los documentos que obran a folios 19 a 216, las declaraciones de Manuel José Forero y Enrique Ibarra, el dictamen pericial y la "certificación". reconocida y ratificada, del gerente de "Manufacturas Aguila" (fl. 325).

Sobre esta consideración, lo primero que debe anotarse es que el Tribunal no dejó de apreciar los elementos probatorios a que se hace referencia en el cargo. Lo que ocurrió fue que el *ad-quem* los analizó y en virtud de ello, les dio un determinado valor probatorio o les negó valor. Para esclarecer lo anterior, así como para determinar si hubo, además, errores en la estimación de las pruebas, conviene entrar en el estudio frente a los elementos probatorios que obran en los autos, del examen de aquellos hechos por el *ad-quem*.

Respecto de las respuestas dadas por el demandado al pliego de posiciones propuestas por el error, dice el Tribunal que aquél confesó "que el señor Manuel José Forero le solicitó un muestrario de los artículos que fabricaba con el fin de hacer algunas correrías por el país. El señor Forero recibió el muestrario e hizo algunas giras por los departamentos de Boyacá y los Santanderes".

En la prueba, que obra a fls. 233 a 240 del C. P., lo único que agrega el demandado a lo expresado por el Tribunal es que el señor Ma-

nuel J. Forero trabajaba —según supo después— en compañía con el señor Osuna (respuesta a la pregunta primera); que en alguna ocasión se dividieron el trabajo para viajar el uno hacia el Valle del Cauca y el otro hacia Antioquia y la Costa, pero que el demandante se siguió entendiendo directamente con el señor Forero (respuesta a las preguntas segunda y undécima); que las condiciones de remuneración —porcentaje sobre ventas— se arregló con Forero y no sabe el absolvente cómo se distribuían él y Osuna los valores respectivos (respuestas a las preguntas sexta y novena); que algunas veces giró cheques a nombre de Osuna, como lo hizo en otras ocasiones a nombre de la señora y de la suegra de Forero, por insinuación de éste (respuesta a la pregunta décima-cuarta), y que la comisión pactada con Forero fue del diez por ciento sobre las ventas, pagadero "en la forma como lo dicen ellos mismos" (es decir, 5% al efectuarse el pedido y el saldo al pago total del valor de la factura por los clientes) (respuesta a la pregunta décima-octava).

En las respuestas restantes, el demandado absolvente niega toda relación laboral con el señor Osuna.

Como se ve, el demandado en juicio confiesa sólo que en algunas oportunidades Osuna trabajó en forma separada de Forero y que giró al primero de manera también separada algunos cheques y que cuando trabajaron individualmente en esas ocasiones les envió listas de clientes a cada uno, y no se sabe por la confesión cuál era la retribución por el trabajo que cumplía Osuna, porque el absolvente dice no conocer cómo se repartían con Forero la comisión del diez por ciento que Ramos le reconocía a aquél.

La diligencia de reconocimiento de los documentos que obran a folios 17 a 216, en la cual realmente sólo podría señalarse como proveniente del presuntamente obligado el telegrama de folio 20, Ramos no hace otra cosa que ratificar lo expresado en la absolución de posiciones. Y en cuanto a dicho telegrama, expresa que la comunicación no implicaba cosa distinta que el recibo de los pedidos en una ocasión en que Osuna y Forero se separaron, pero no establecía con el primero vinculación de ninguna naturaleza. En cuanto a las hojas simples, sin firmas, de pedidos, que figuran en numerosos documentos que se ponen de presente al demandado, dice que la circunstancia de que en algunos de ellos figure Osuna sólo como agente, apenas significa que hizo esos pedidos en las ocasiones en que se separó de Forero, pues los demás están en forma conjunta.

El fallador *ad-quem* no dio valor en favor suyo a lo dicho por el demandante en la absolución de posiciones. El recurrente pretende que se hubiese tomado en tal sentido la parte en que manifiesta que apenas lo ligaba con Forero un vínculo de amistad y que no tenía oficina conjunta como figura en el sello que usaron en ocasiones, sino que el actor vivía en casa de Forero, y la dirección de esa casa era la que aparecía en dicho sello. No se encuentra base para considerar esta apreciación del fallador como un error, pues apenas procedió con aplicación de elementales normas probatorias.

El acusador hacer referencia en la forma ya vista a la desestimación que el *ad-quem* hace de los testimonios de Forero —compañero de Osuna— y de Enrique Ibarra. Al examinar estos testimonios, se ve que el Tribunal tenía razones valederas para no darles valor probatorio. por las circunstancias que él mismo expone al analizarlos. No le merecieron credibilidad los deponentes, por la situación personal de uno de ellos y por la forma como la declaración del otro se expresó en su mayor parte, con exposición de lo que sólo sabía porque lo había oído del demandante. Esta apreciación del Tribunal está dentro de las condiciones que caracterizan la libre formación del convencimiento del juzgador, más notoria en materia de testimonio y peritaje que en las demás pruebas, y mientras no se encuentre un ostensible error de hecho, no puede por la Corte rectificarse el criterio del *ad-quem*. Por lo tanto, debe permanecer en pie la apreciación del Tribunal. Por lo demás, al examinar el texto de las declaraciones, se encuentra que no establecen de manera precisa el tiempo de servicios ni el salario que devengó efectivamente el actor, por lo cual no aportarían un elemento decisivo para la determinación de los derechos pretendidos con la demanda en juicio.

La denominada "certificación" del gerente de "Manufacturas Aguila" (fl. 325), con valor de testimonio en virtud de la ratificación hecha por quien la suscribe, confirma sólo, como lo dice el *ad-quem*, que conjuntamente Osuna y Forero vendieron algunas mercancías a la nombrada firma.

Finalmente, el análisis que del dictamen pericial hace el Tribunal, aunque pudiera llevar a la conclusión de que no es el caso de desechar-

lo totalmente como lo hizo, en cuanto a los elementos fundamentales para la decisión que debía proferir el fallador de segunda instancia es lo cierto que no aportó nada definitivo. En efecto, para establecer las posibles fechas de entrada y de salida de Osuna, parte de las de dos cheques girados a nombre de Manuel J. Forero, lo que es inaceptable. Y no llega a determinar el posible salario de Osuna, pues toma como base para la conclusión a que saca los cheques girados a su nombre sin que establezca que ellos representan valores correspondientes exclusivamente a retribuciones por servicios prestados por Osuna a Ramos.

De todo este conjunto probatorio, podría llegarse a la conclusión de que hubo un servicio personal por algunos períodos de Osuna a Ramos. Pero no podría comprobarse el salario recibido durante los mismos, ni el tiempo preciso de su duración. En tales circunstancias, si bien el Tribunal pudo apreciar equivocadamente algunas circunstancias de hecho como las que aparecen en las respuestas al pliego de posiciones, especialmente para demostrar el servicio personal de Osuna, es lo cierto que no estuvo equivocado en su apreciación sobre la no existencia de prueba alguna sobre el tiempo servido y el salario devengado.

En consecuencia, no se encuentran los errores de hecho con los efectos sobre las disposiciones legales sustantivas que señalan el cargo y éste, por consiguiente, no prospera.

SEGUNDO CARGO

Por medio de este cargo se acusa la sentencia de ser violatoria, "por aplicación indebida, de los artículos 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de los errores de hecho, evidentes y manifiestos en los autos, en que incurrió el sentenciador por la falta de apreciación de unas pruebas y la apreciación errónea de otras".

En este cargo se indican en general los mismos errores anotados en el anterior y se señalan las mismas pruebas como mal apreciadas o dejadas de apreciar.

Se refiere, como se ve, a quebrantamiento de las disposiciones que consagran el auxilio de cesantía y la prima de servicios, derechos a los cuales, sin citar las normas, había hecho ya alusión el recurrente en el cargo primero.

No es necesario entrar en el examen detallado de los argumentos del acusador, pues no habiéndose demostrado en el juicio el tiempo de servicios preciso y el salario percibido, mal podría entrar la Corte a rectificar una sentencia que, por tales razones, negó la condena al pago del auxilio de cesantía y la prima de servicios pedidos en la demanda de instancia. Y como no existen aspectos nuevos en el campo probatorio que pudieran estudiarse aparte de los vistos en la resolución sobre el cargo primero, debe llegarse a una definición semejante.

En consecuencia, el segundo cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Crótatas Londoño, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TECNICA DE CASACION

Despido ilegal.—La Corte declara desierto el recurso de casación por no reunir los requisitos legales de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 65 del Decreto Extraordinario 528 de 1964.—No siendo el Recurso de Casación una tercera instancia sino un medio extraordinario de impugnación, sometido a condiciones técnicas ineludibles, la precisión exigida por los preceptos mencionados á de referirse a tales condiciones reiteradamente definidas por la jurisprudencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., diciembre dieciséis de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

Para decidir sobre la conducencia de la demanda de casación formulada por MARCO A. CORTES ORTIZ contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio en el juicio ordinario laboral que el mismo recurrente instauró contra CLIMACO NARANJO, se considera:

En el mencionado juicio el actor, afirmando haber sido empleado de Naranjo y despedido ilegalmente por éste, reclamó el pago de salarios, primas de servicio, cesantía, indemnización del lucro cesante e indemnización moratoria. El Juez del conocimiento, el civil municipal de Puerto López, desató la litis absolviendo a Naranjo, por estimar que no fue de carácter laboral sino civil el contrato que vinculó a los contendientes.

Apelada esa decisión del *a-quo* fue confirmada por el Tribunal de Villavicencio en la providencia objeto del presente recurso.

Aspira el acusador a que la Corte invalide el fallo del *ad-quem* y, en función de instancia, "pronuncie el que ha de reemplazarlo, a cuyo efecto presenta dos cargos, así:

"*Primer cargo.*—A). Violación directa del artículo 23 del C. S. T., por errónea interpretación no lo aplicó cuando evidentemente ha debido hacerlo.

"En el expediente está demostrado, con la confesión del demandado, la existencia del contrato de trabajo cuando en la contestación de la demanda hace las siguientes afirmaciones: "el 30 de marzo, aproximadamente, de 1964 hicimos un contrato verbal de vigilancia del canal de riego (sic), pero que sin estar sujeto a horario, sólo le proporcionase agua suficiente al contratista de riego señor Enrique Ortiz; por cada mes de vigilancia se le pagaban $ 1.000.00...". "Este ocurrió en los primeros días del mes de julio de 1964 para lo cual cobró lo que se le debía y como se le había pagado adelantado $ 250.00 más convinimos en que esos pesos los recibía por concepto de cesantía, lo correspondiente a la duodécima parte del ejercicio del contrato en tres meses.

"B).—Violación directa del artículo 65 del C. S. T., ocasionada por errónea interpretación, pues no lo aplicó debiendo hacerlo. La sentencia del *ad-quem* fue absolutoria para el demandado cuando aparece acreditado en el proceso que entre el 18 de julio de 1964, fecha en que terminó el contrato de trabajo por voluntad del patrono, y el 30 de abril de 1965, fecha en que consignó el demandado la suma de $ 250.00 para pagar las prestaciones sociales, entre dichas fechas transcurrió un lapso de nueve meses, 12 días, tiempo que debe reconocerse a mi poderdante a título de indemnización moratoria".

"*Segundo cargo.*—Violación indirecta a los artículos 1757 del C. C., 593 del C. J., 21 del Decreto 2158 de 1948 por falta de apreciación de los testimonios de Salomón López y Daniel Saldaña, incurrió en error de hecho.

"Para demostrar su derecho el demandante presentó en oportunidad procesal los testimonios de las personas ya mencionadas. Salomón López

dice en lo pertinente: 'No sé fechas precisas, sólo puedo afirmar que lo vi trabajar en esa finca "La Argentina" por la época en que yo también estaba trabajando con el contratista Enrique Ortiz, cuando Marco A. Cortés era el administrador de la citada finca, es decir de las arroceras de don Clímaco'. Y Daniel Saldaña dice: "Sí, señor juez, me consta por haberlo presenciado que en el año de 1964, no recuerdo exactamente el día o mes, el señor Clímaco Naranjo, dueño de la arrocera en la finca La Argentina, me dijo que el señor Marco A. Cortés era el administrador de las arroceras y que ténía que obedecerle a los trabajos que ordenara y me consta que el señor Cortés fue despedido intempestivamente por el señor Naranjo".

Según el artículo 65 del Decreto Extraordinario número 528 de 1964, "presentada en tiempo la demanda de casación, la Sala resolverá si se ajusta a los requisitos exigidos en el artículo 63. Si así lo hallare, dispondrá que se corra traslado de ella a quienes no sean recurrentes, por quince días a cada uno, para que formulen sus alegatos. Si la demanda no reúne los requisitos legales, o no se presentare en tiempo, se declarará desierto el recurso". Y entre los requisitos legales aludidos está el de "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 estima infringidas" (art. 63 ibidem).

Pero no siendo el recurso de casación una tercera instancia sino un medio extraordinario de impugnación, sometido a condiciones técnicas ineludibles, la precisión exigida por los preceptos mencionados ha de referirse a tales condiciones, reiteradamente definidas por la jurisprudencia.

Resulta notorio que los fundamentos de la acusación transcrita no se acomodan a dichas exigencias.

En efecto, el literal A) del primer cargo involucra dos conceptos diversos de infracción respecto de una misma norma: la interpretación errónea y la falta de aplicación. En su breve sustentación el recurrente se refiere, además, a determinada prueba, aspecto inconciliable con la interpretación errónea de la ley, independiente por su naturaleza de toda discusión sobre los hechos, mezclando así la violación directa con la indirecta. Y finalmente, sólo se cita como violado el artículo 23 del C. S. T., explicativo de los elementos del contrato de trabajo pero que no impone al patrono las obligaciones específicas materia del reclamo.

El literal B) del mismo cargo exhibe idéntica confusión de la interpretación errónea con la falta de aplicación y de la violación directa con la indirecta, todo en relación con un precepto, el artículo 65 del C. S. T., cuya pertinencia está condicionada a la mala fe patronal, a la que ni siquiera alude el impugnante.

Y el segundo cargo invoca aproximadamente las disposiciones del Código Civil, el de procedimiento civil y el procesal laboral, sin conectar su alegada infracción con la de ninguna norma sustancial del trabajo.

Por las razones expuestas, se declara desierto el recurso.

Sin costas en éste, por no aparecer causadas.

COPIESE, NOTIFIQUESE, 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.

CASACION

Aplicación del artículo 59 del Decreto 528 de 1964 sobre el monto del "interés para recurrir".—Aplicación del procedimiento según el artículo 154 del C. de P. L. que ordena que sus disposiciones se aplicarán a los juicios pendientes en el momento en que principie a regir, pero los términos no vencidos y los recursos interpuestos se regirán por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término o se interpuso el recurso.—La Corte declara BIEN DENEGADO el recurso extraordinario de casación interpuesto en el caso que se examina.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., diciembre dieciséis de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

En el juicio ordinario laboral instaurado contra DIONISIO MOLINA ECHEVERRI por VICTOR JULIO PEREZ, el Procurador judicial de éste interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia de fecha 10 de agosto de 1966, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barrancabermeja, corporación que se negó a concederlo con fundamento en el artículo 59 del Decreto número 528 de 1964, en concatenación con la cuantía fijada en el libelo inicial, y no objetada, de doce mil pesos ($ 12.000.00), cantidad que excede a la suma de los estimativos de las peticiones concretas.

El mismo mandatario judicial ha recurrido de hecho en la forma procedimental prevista por la ley, contra el proveído que así decidió en forma negativa el recurso impetrado, y ante esta Sala ha sido presentado y sustentado en su debida oportunidad. El fallo de primera instancia, de carácter parcialmente condenatorio, acogiendo los reclamos atinentes a vacaciones, primas de servicios, cesantía e indemnizaciones moratorias y por lucro cesante, fue revocado por el mencionado Tribunal que absolvió a la parte demandada en su totalidad.

Para resolver, se considera:

De las copias en examen, se destacan las siguientes circunstancias:

a).—De liquidarse la cuantía de la acción por la suma de las diferentes reclamaciones, se tiene que su cómputo alcanza a:

Salarios insolutos	$	1.200.00
" "	$	265.00
Lucro cesante	$	2.700.00
Salarios de días festivos y domingos	$	1.350.00
Vacaciones	$	300.00
Primas de servicios	$	1.200.00
Cesantía	$	765.00
Recargo nocturno	$	840.00
Indemnización moratoria, de 28 de febrero de 1965 a junio 7 de 1965 (fecha de la presentación de la demanda)	$	2.000.00
	$	10.620.00

b).—Si se toma como cuantía de la acción el valor total en que la estimó el demandante, sin objeción de la contraparte, llega a $ 12.000.00.

c).—Entre la presentación de la demanda y el pronunciamiento del fallo de segunda instancia (10 de agosto de 1966) transcurrieron 429 días, cuya indemnización moratoria equivaldría a $ 8.580.00.

d).—Adicionando esta última cantidad a cualquiera de las dos anteriores, el total resulta evidentemente inferior a los treinta mil pesos a que debe montar el "interés para recurrir", según el artículo 59 del Decreto número 528 de 1964, para la procedencia de la alzada en casación.

e).—No es válida la alegación del recurrente en el sentido de que "la eventualidad de los sa-

larios moratorios constituye un interés económico que le abre anchuroso camino al recurso impetrado", pues debe computársele hasta el "día indeterminado pero cierto" en que este último sea resuelto por la Corte. La jurisprudencia tiene ya definido otro criterio: "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 cómputos 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". (Auto de 29 de noviembre de 1965.—Juicio de Alfonso Jurado Zambrano contra Bavaria, S. A.).

f).—Lo relativo a la transición de ley nueva por este aspecto de la cuantía para recurrir en casación, ya fue también examinado por la Corte en auto de agosto 3 de 1966, que reza en lo pertinente:

"Por este aspecto debe observarse que el Decreto 528 de 1964 sobre 'organización judicial y competencia', al regular por su Capítulo Quinto lo atinente a la casación civil, penal y laboral, indica en el artículo 50 las sentencias civiles que pueden ser acusadas en casación, y agrega en su Parágrafo: 'Lo dispuesto en este artículo para recurrir en casación no se aplicará a los juicios en curso en que ya se hubiere dictado sentencia de segunda instancia'. Asimismo, por medio del artículo 56 se determinan las causales de casación en materia penal y se agrega un Parágrafo igual al del artículo 50 antes transcrito.

"No ocurrió lo mismo al regular el Decreto lo atinente a la casación en materia laboral, pues el artículo 59 nada previó sobre tránsito de procedimiento de derecho antiguo a derecho nuevo. En tales circunstancias, el vacío debe llenarse dando aplicación a lo dispuesto en la Ley 153 de 1887 que consagra sabias reglas de hermenéutica jurídica para que el juzgador resuelva las situaciones conflictivas que puedan presentarse en la aplicación de la ley. El artículo 1º de esta ley, dice: 'Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurra oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la República, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes'.

"Entre esas reglas está la contemplada en el artículo 40, que resuelve los conflictos legales de orden procesal, al disponer lo siguiente: 'Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación'.

"De acuerdo con el precepto transcrito, se concluye que lo dispuesto en el artículo 59 del Decreto-Ley 528 de 1964 prevalece desde el momento en que principió a regir, o sea, desde el 1º de agosto de 1965, sobre las normas anteriores de procedimiento en los juicios del trabajo y concretamente sobre el artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral y el artículo 9º del Decreto 1762 de 1956 que regulaban lo atinente al objeto del recurso de casación y a las sentencias susceptibles del mismo recurso.

"Por tanto, si se atiende a lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, resulta indiscutible que los recursos que proceden contra una sentencia se rigen por la ley vigente al tiempo de dictarse ese fallo. Concuerdan con ese precepto los Parágrafos de los artículos 50 y 57 del Decreto 528, a que antes se hizo referencia, al disponer que lo establecido en esos artículos no se aplicará a los juicios en curso en que ya se hubiere dictado sentencia de segunda instancia. En estos casos de excepción, dictado el fallo, se está en presencia de una actuación cumplida dentro del anterior procedimiento, que se rige entonces para todos sus efectos por ese mismo estatuto, o sea por la ley antigua. La razón es lógica si se considera, en tales eventos, que mal puede aplicársele a una providencia un precepto legal que no existía cuando ella fue proferida.

"En el caso debatido y que se examina la situación contemplada es la de que al tiempo de proferirse el fallo ya estaba en vigencia el Decreto-Ley 528 de 1964 y por lo tanto lo preceptuado en su artículo 59 que aumenta a $ 30.000.00 la cuantía del recurso de casación, por lo que debe concluírse que éste se rige en cuanto a su admisión, sustanciación y ritualidad, por la ley vigente al tiempo de su interposición.

"En parte alguna del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 se habla de que los juicios iniciados bajo la vigencia de una ley hayan de seguirse tramitando, en presencia de disposiciones nuevas, de conformidad con la primera. Por el contrario, y como antecedente sobre el particular, en el Código de Procedimiento Laboral, en el artículo 154 se encuentra la demostración de lo que se ha dicho antes, pues en forma expresa se dispone que sus ordenamientos se aplican a los juicios pendientes en el momento que principie a regir; pero los términos no vencidos y los recursos interpuestos se regirán por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término o se interpuso el recurso, con lo cual se da observancia a la citada norma de la Ley 153, por ser de efecto inmediato las leyes sobre sustanciación y ritualidad en los juicios". (Juicio ordinario contra José Valenzuela, promovido por Hipólito Bolívar Alvarado y otros).

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia —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 Barrancabermeja este proveído para que conste en autos.

Sin costas.

NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA *GACETA JUDICIAL* Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDICE

SALA DE CASACION PENAL

Páginas

ASOCIACION PARA DELINQUIR.—COLISION DE COMPETENCIA.—Con fecha 8 de octubre de 1966 la Sala dirime la colisión de competencia surgida entre la jurisdicción penal castrense y la justicia penal ordinaria respecto del proceso seguido a José María Zuleta y otros por los delitos de homicidio, robo y daño en bienes ajenos.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 3

EL JUICIO DEBE RITUARSE CONFORME A SUS NORMAS PROPIAS, NO CONFORME A NORMAS INEXISTENTES.—*Infracción del art. 26 de la Carta Fundamental.—Juicio viciado de nulidad.*—Con fecha 10 de octubre de 1966 la Corte casa la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta que condenó a Miguel Alfredo Suárez o Gustavo Camacho Castañeda y otro, por el delito de hurto.—Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero 7

FUERO PENAL CASTRENSE.—DELITO COMETIDO CON OPORTUNIDAD DEL SERVICIO.—ALCANCE DEL DECRETO 1752 DE 1965.—Con fecha 17 de octubre de 1966 la Corte dirime la colisión de competencias surgida entre la justicia penal ordinaria y la jurisdicción penal castrense, en cuanto al conocimiento del proceso seguido contra el agente de la Policía Nacional Edgardo Saltarín Torregroza por el delito de homicidio.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 11

MEDIDAS DE SEGURIDAD.—LOS TERMINOS MINIMOS PREVISTOS EN EL ART. 64 DEL CODIGO PENAL SON FIJOS.—EL JUEZ NO TIENE FACULTAD DOSIFICADORA, CUANDO DISPONE LA RECLUSION DE LOS ENFERMOS MENTALES O DE LOS INTOXICADOS EN EL MANICOMIO CRIMINAL O EN LA COLONIA AGRICOLA ESPECIAL.—SI EL DELINCUENTE COMETIO EL HECHO EN ESTADO DE ANOMALIA SIQUICA GRAVE, DE CARACTER TRANSITORIO, NO PUEDE SER RECLUIDO EN EL MANICOMIO CRIMINAL, SINO EN LA COLONIA AGRICOLA ESPECIAL.—EL TERMINO DE LA DETENCION PREVENTIVA SOLO PROCEDE TOMARSE EN CUENTA, SI SE HA CUMPLIDO, EN CADA CASO, EN EL MANICOMIO CRIMINAL O EN LA COLONIA AGRICOLA ESPECIAL.—LA MISION INDIVIDUALIZADORA DEL JUEZ UNICAMENTE TIENE EFECTO CUANDO DISPONE EL CESE DE LA RECLUSION O PONE TERMINO A LA MISMA, POR HALLARSE QUE LA NORMAL YA NO REPRESENTA PELIGRO DE QUE VUELVA A CAUSAR DAÑO.—LA ENAJENACION MENTAL ES UNA ANOMALIA SIQUICA GRAVE, PERO NO TODA ANOMALIA SIQUICA GRAVE CONSTITUYE ALIENACION MENTAL.—PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.—Con fecha 18 de octubre de 1966 la Corte casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Carlos Enrique García Gómez como responsable de delitos de homicidio.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 15

EL ERROR DE BUENA FE EN LA INTERPRETACION Y APLICACION DE LOS PRECEPTOS LEGALES NO CONSTITUYE DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD, PUES SE REQUIERE LA INTENCION DE DAÑAR A UNA PERSONA O A UNA PROPIEDAD.—CON MAYOR RAZON EN EL DELITO DE PREVARICATO, DONDE EL ELEMENTO A SABIENDAS SE PRECISA COMO CONSTITUTIVO DE LA INFRACCION, DE ACUERDO CON EL ART. 2º DEL DECRETO 2525 DE 1963.—Con fecha 24 de octubre de 1966 la Corte sobresee definitivamente en favor del doctor Rafael Suárez Poveda por presuntos delitos de prevaricato y abuso de autoridad.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 34

DELITO DE ROBO Y LESIONES PERSONALES.—*Violación directa e indirecta de la ley sustancial.—Finalidad de la causal segunda de casación.—Cuándo puede sostenerse que existe error de hecho en la apreciación de la prueba.*—Con fecha 2 de noviembre de 1966 la Corte no invalida la sentencia acusada del Tribunal Superior de Tuluá que condenó a Roberto Cruz Cano por los delitos relacionados.—Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 40

ABANDONO DEL PUESTO.—*El militar que estando de centinela se retire del puesto no comete la infracción penal denominada "delito del centinela", sino el delito de "abandono del puesto", según el precepto contenido en el art. 153 del Código de Justicia Penal Militar.*—Con fecha 4 de noviembre de 1966 la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior Militar, dictada en el proceso adelantado a Rigoberto Yunsunguaira Yáñez por el delito relacionado.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez .. 45

Páginas

CORRUPCION DE MENORES. — PRETENDIDO ERROR ESENCIAL DE HECHO. — MERITO DEL ACERVO PROBATORIO APORTADO AL PROCESO.—Con fecha 4 de noviembre de 1966 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por Orlando Guzmán Perdomo contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva que lo condenó como responsable del delito antes nombrado.—Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zambrano 56

LA CORTE SE ABSTIENE DE ACLARAR LA SENTENCIA DE FECHA 18 DE OCTUBRE DE 1966.—Con fecha 7 de noviembre de 1966 así lo resuelve la Corte respecto a la sentencia de casación recaída en el proceso de Carlos Enrique García Gómez. — Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 61

LESIONES PERSONALES.—*Situación de aberratio ictus.—La determinación de la responsabilidad penal es cuestión extraña al concepto de cuerpo del delito.—Límite de la facultad de la Corte para estimar las pruebas dentro del recurso de casación.—Causal primera prevista en el art. 56 del Decreto 528 de 1964.*—Con fecha 7 de noviembre de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Yolombó, que condenó a Enrique Olano Valencia por el delito relacionado.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 64

DELITO DE RAPTO IMPROPIO.—*Manifiesto yerro del Tribunal ad-quem al condenar al reo por los delitos de rapto y corrupción de menores, siendo así que solo se le llamó a juicio por la infracción penal primeramente citada.—La Corte se pronuncia jurisprudencialmente acerca del error en copia, respecto del delito de rapto impropio.—Aplicación del art. 350 del C.P. al caso de autos.—Invocación de la causal 2ª del art. 56 del Decreto 528 de 1964.*—Con fecha 7 de noviembre de 1966 la Corte invalida el fallo del Tribunal Superior de Valledupar, por medio del cual condenó a Rafael Terán Valera por el delito antes mencionado.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 72

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO EN FAVOR DE MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE PAMPLONA, EN CARGOS POR ABUSO DE AUTORIDAD, CONCUSION Y FALSEDAD.—Con fecha 14 de noviembre de 1966 así lo resuelve la Corte respecto del mérito del sumario adelantado contra el doctor Manuel Gómez Pinzón.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 75

PARTE CIVIL Y RECURSO DE CASACION.—*De toda sentencia absolutoria casable según el art. 57 del Decreto 528 de 1964, puede recurrir la parte civil.—La Corte, con fundamento en normas de la Reforma Judicial, modifica la doctrina imperante respecto de que la parte civil, en tratándose de indemnización de perjuicios, puede recurrir en casación no solo de sentencias condenatorias, sino también de las absolutorias.—Cuantía para recurrir.*—Con fecha 17 de noviembre de 1966 la Corte concede el recurso de casación interpuesto por el representante de la parte civil contra la sentencia de 21 de julio del presente año, del Tribunal Superior de Barranquilla, por medio de la cual esa Corporación confirmó la dictada por el Juzgado 1º Superior de ese Distrito Judicial, que absolvió a Antonio Cheij de los delitos de abuso de confianza y de hurto.—Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero 80

DELITO DE ROBO.—*Adopción de medidas más eficaces contra los delitos y contravenciones a que se refiere el Decreto Nº 2184 de 1951.—El art. 404 del Código Penal que señala como pena de tres a catorce años de prisión, no está dentro de las disposiciones exceptuadas en el inciso 2º del art. 1º del Decreto antes citado.—Cuándo es casable una sentencia en función de la causal prevista en el inciso 1º del ord. 1º del art. 56 del Decreto Nº 528 de 1964.—Función de la Corte en casos de estimación de la prueba.*—Con fecha 17 de noviembre de 1966 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Jorge Enrique Murcia López por el delito de robo.—Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera 84

FALSEDAD Y ESTAFA.—*Técnica de casación.—Interpretación del art. 56 del Decreto 528 de 1964.—Cuando se trata de la comisión de un delito, debe establecerse la relación ontológica de causalidad entre el procesado con el efecto o cuerpo del delito.—La confesión.—Su valor.—Por qué la falsedad en instrumentos negociables no puede considerarse como un solo hecho con el delito de estafa.—Cuándo se configura el delito de abuso de confianza.*—Con fecha 24 de noviembre de 1966 la Corte no infirma la sentencia de fecha 16 de mayo de 1966, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio seguido contra Antonio Estévez Peña por los delitos antes expresados.—Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña 92

DELITO DE ESTAFA.—FINALIDAD DE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION PENAL.—EL ERROR DE DERECHO Y EL HERROR DE HECHO EN LA APRECIACION PROBATORIA.—Con fecha 24 de noviembre de 1966 no se casa la sentencia acusada del Tribunal Superior de Barranquilla, que condenó a Juan Abuchaibe Abuchaibe como responsable del delito de estafa.—Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 101

FUERO PENAL MILITAR.—*El art. 1º del Decreto 1752 de 1965 preceptúa que la competencia de la justicia penal militar para juzgar a los miembros de la Policía Nacional se consagra "con arreglo al Código de Justicia Penal Militar".*—Con fecha 1º de diciembre de 1966 la Corte dirime la colisión de competencias, surgida entre la Inspección General de las Fuerzas de la Policía Nacional y el Juzgado 5º Superior de Bogotá en relación con el proceso seguido a Luis Alberto Cristancho de José y otros.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 106

APRECIACION DE LA PRUEBA EN EL RECURSO DE CASACION.—*Mérito del testimonio de la*

Páginas

víctima o de sus inmediatos familiares.—Con fecha 2 de diciembre de 1966 no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Sogamoso, dictada en el proceso adelantado a Juan Evangelista Holguín Tejedor como responsable del délito de lesiones personales.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 113

FALSEDAD EN DOCUMENTOS.—*Requisitos para que la acusación del procesado a sus copartícipes pueda tenerse como prueba.—El Tribunal al radicar la situación del incriminado en el inciso 2º del art. 19 del C.P., no cometió error manifiesto en la apreciación de las pruebas.—Cuándo acaece la violación directa de la ley penal.—Técnica del recurso de casación.—Calidad de documentos públicos a certificados de estudios expedidos por colegios nacionalizados.—Presunto error en la denominación genérica del delito.—La Corte no es correctora de demandas ni creadora de motivos de impugnación.—Documentos específicos a que se refiere el art. 244 del C.P.*—Con fecha 3 de diciembre de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto por la defensa de Severó Medina Morales contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó como responsable del delito antes relacionado.—Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero 117

PECULADO.—*Deficiencia y oscuridad que caracterizan la prueba de los hechos a que se contrae el proceso.—El cargo formulado de haberse incurrido, dentro de la sentencia acusada, en errónea apreciación de pruebas, se encuentra demostrado.—Prosperidad de la causal prevista en el ord. 1º del art. 56 del Decreto 528 de 1964.*—Con fecha 6 de diciembre de 1966 la Corte invalida la sentencia acusada proferida por el Tribunal Superior de Girardot en el proceso adelantado a Ricardo Méndez Montenegro por el delito relacionado.—Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres 128

DELITOS DE VIOLENCIA CARNAL.—*Presunta violación de la ley sustantiva por aplicación indebida y por interpretación errónea.—Acertada aplicación de los arts. 33, 36 y 318 del C.P. y de los ords. 1º y 2º del 317 del mismo estatuto represivo.—Delitos cometidos en concurso material.—Peligrosidad y antecedentes de mala conducta en el delincuente.—Ineficacia de la impugnación, en el caso de autos, con base en la causal prevista en el ord. 1º del art. 56 del Decreto 528 de 1964.*—Con fecha 6 de diciembre de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Daniel Barbosa o Camargo contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó como responsable de los delitos expresados.—Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres 134

RECUSACION CONTRA MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR.—*La recusación dentro del proceso penal debe probarse.—La enemistad grave como causal de recusación.—La opinión expresada en el auto de detención o en una providencia de excarcelación, no implica un concepto de fondo sobre la apreciación definitiva de los elementos del delito.*—Con fecha 12 de diciembre de 1966 la Corte declara infundada la recusación de los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, doctores Hernando Saavedra Robles y Hernando Vera Vera propuesta por el sindicado doctor Maximiliano Ochoa Giraldo.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 136

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION.—*Cuándo se consuma el delito de asociación para delinquir.—Alcance del Decreto 1290 de 1965, respecto de la competencia de la justicia penal militar para conocer de este delito.—Nulidad prevista en el ord. 1º del art. 441 del C. de J. P. M.*—Con fecha 13 de diciembre de 1966 la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó a Evelio Pastrana Montoya por el delito de asociación para delinquir.—Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 143

FALSEDAD DE DOCUMENTOS PUBLICOS.—*La confesión del reo carece de eficacia penal, si ella no va precedida de la demostración del cuerpo del delito.*—Con fecha 13 de diciembre de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Fusagasugá que absolvió a José de Jesús Hernández Reina por el delito imputado.—Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero 145

FALLO DICTADO EN JUICIO VICIADO DE NULIDAD.—*La sentencia de primera instancia guardó silencio sobre el cargo de robo que le había sido formulado al procesado, en la resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal.—Esta omisión viola, por no cumplirse una forma de juicio, un derecho individual.*—Con fecha 13 de diciembre de 1966 la Corte casa la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó a Gonzalo Arango Socotá y otros, procesados por varios delitos.—Magistrado ponente: doctor Eduardo Fernández Botero 150

HOMICIDIO.—VALIDEZ O NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES CUMPLIDOS POR LOS JUECES DE HECHO.—NO PUEDE CONSIDERARSE COMO UNA CAUSAL DE NULIDAD LA FALTA DE NOTIFICACION PERSONAL A TODOS LOS JURADOS SORTEADOS.—INFUNDADA IMPUGNACION A LA SENTENCIA CON BASE EN LA CAUSAL CUARTA DE CASACION CONTEMPLADA EN EL NUMERAL 4º DEL ART. 56 DEL DECRETO Nº 0528 DE 1964.—Con fecha 13 de diciembre de 1966 no se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil proferida en el juicio contra Agustín Arenas Martínez por el delito anteriormente relacionado.—Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña 153

SALA DE CASACION LABORAL

SUSPENSION DEL CONTRATO DE TRABAJO.—*Otorgamiento de becas por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.—Modalidad del Contrato que sobre el particular se celebra entre el Instituto y el becario.—Suspensión de los Contratos de trabajo.—Licencia o permiso temporal concedido por el patrono al trabajador (art. 51*

Páginas

ord. 4º del C.S.T.).—Por sentencia de tres de octubre de 1966 la Corte, no Casa el fallo proferido por el Juzgado 4º del Trabajo de Bogotá, recaída en el juicio adelantado por el Dr. Hernando Afanador Cabrera, contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.—Magistrado ponente: doctor Mario Barrios Monroy, Auxiliar de Casación Laboral 159

PENSION DE JUBILACION.—*Reiterada jurisprudencia de la Corte sobre la expresión: "por causa o con ocasión del trabajo" empleada por el art. 199 del C.S.L.—Disyuntiva entre las nociones "por causa" y "con ocasión del trabajo".—Jurisprudencia de la Corte sobre el llamado accidente "in itinere".—Relación de Causalidad o de ocasionalidad con el trabajador.—Responsabilidad de la compañía en el riesgo creado, siempre que el riesgo tenga una relación indudable de causalidad o de ocasionalidad con lo que el trabajador deba hacer.—Responsabilidad objetiva del riesgo...*—Con fecha 4 de octubre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá en el juicio ordinario de Alfonso Ballestas González contra Laboratorios Undra S. A.—Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño 169

INDEMNIZACION POR MUERTE EN ACCIDENTE DE TRABAJO.—HONORARIOS PROFESIONALES.—*Interpretación del art. 59 del Decreto 528 de 1964.—Del interés para recurrir.—La condena en costas no puede computarse para completar el interés para recurrir.—Reiterada doctrina de la Corte sobre esta materia.*—Con fecha 6 de octubre de 1966 la Corte no admite el recurso de casación contra el fallo de segunda instancia en el juicio de la señora Elisa Ochoa de Franco contra la Federación Nacional de Cafeteros en el Tribunal de Medellín.—Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo 175

PENSION DE JUBILACION.—*El derecho a la pensión de jubilación se configura aún en el caso de que el tiempo trabajado, corresponda a diferentes contratos de trabajo y con soluciones de continuidad entre su ejecución.—Alcance del concepto laboral de "empresa" para los efectos de localizar el sujeto de la obligación en la demanda sobre pago de pensión jubilatoria.—Sustitución patronal.*—Con fecha 8 de octubre de 1966 la Corte resuelve condenar a pagar a la Cía. Frutera de Sevilla al Sr. Thomas P. Sánchez una Pensión de Jubilación y no casa lo demás de la sentencia recurrida.—Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño 178

CONDENA POR COSTAS.—*Aplicación del art. 537 ibidem del Código Judicial relativo al pago de costas.*—Con fecha 10 de octubre de 1966 la Corte declara improcedente la aclaración solicitada en el juicio incoado por Luis Alberto Torres contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D.E.—Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo 186

INDEMNIZACION POR MORA.—*La aplicación del art. 65 del C.S.T. es de carácter indemnizatoria y por lo tanto, si no se reclama en la demanda, resultaría "extra-petita" y de acuerdo con el art. 50 del C.P.L., la facultad de proferir condenaciones de esta naturaleza es privativa del juez de primera instancia, ejercida por el ad-quem resultaría abusiva e ilegal.*—Con fecha 11 de octubre de 1966 la Corte no accede a la reposición solicitada pedida por el Dr. Alejandro Neira Martínez contra Madigan Hyland South American Corporation y lo declara bien-denegado.—Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo .. 187

TECNICA DE CASACION.—*Contrato de prueba.—Características según el art. 80 del C.S.T.—Incompatibilidad en el planteamiento del cargo principal, por aplicación indebida y subsidiario por infracción directa por el art. 64 del C.S.T.—La ausencia en período de prueba del trabajador, sin justa causa comprobada es causa suficiente, para poner fin al contrato.—El abandono del puesto constituye manifestación unilateral de cancelación del convenio que no requiere ninguna modificación adicional del patrono.*—Con fecha 14 de octubre de 1966 la Corte, no casa la sentencia recurrida en el juicio instaurado por Manuel Vicente Alvarez de Castro contra "Importaciones Veterinarias Limitada".—Magistrado ponente: doctor Eduardo Ronderos Tejada, Auxiliar de Casación Laboral 188

ACCION DE JUBILACION.—*Evidente error en la apreciación de una partida de bautismo en sus efectos probatorios hecha por el ad-quem y errada aplicación del art. 260 del C.S.T. al no quedar demostrado el requisito indispensable de la edad por el demandante.*—Con fecha 18 de octubre de 1966 la Corte casa totalmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio Civil y Laboral de Pedro Rodríguez contra la Cía. Frutera de Sevilla.—Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño 194

PENSION VITALICIA DE CARACTER ESPECIAL.—*Pensión vitalicia por quince años de servicios.—Aplicación del art. 267 del C.S.T.—Violación indirecta por errónea apreciación de pruebas.—Identidad de los establecimientos o entidades.—El derecho del trabajador no se funda legalmente en la sustitución patronal, sino en la identidad de la empresa a la cual se han prestado los servicios.—Error de hecho evidente del Tribunal, al no dar por establecido, estándolo, la identidad de las dos empresas donde prestó servicios el trabajador.—Estudio de la prueba testimonial.*—Con fecha 18 de octubre de 1966, la Corte casa totalmente, la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales y como Tribunal de Instancia, confirma el fallo del Juzgado de Pereira.—Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A. 196

DEMANDA DE RECONVENCION.—*Responsabilidad solidaria.—Alcance del Art. 36 del C.S.T.—Indivisibilidad de la Confesión.—Soportes probatorios en que apoya el fallador su decisión.—Violación por falta de aplicación del art. 58 ord. 3º del C.S.T.—La condena a la restitución del importe de un cheque conlleva la de los correspondientes intereses.*—Con fecha 21 de octubre de 1966 la Corte casa parcialmente la sentencia

Páginas

recurrida y revoca el literal b) de la sentencia del juzgado condenando a Paul Mourot en el juicio entablado contra la "Compagnie francaise des Matieres Colorantes".—Magistrado ponente: doctor Eduardo Ronderos Tejada, Auxiliar de Casación Laboral 201

TECNICA DE CASACION.—*Equivocada técnica de casación en la impugnación de los cargos.—Errada imputación de violación directa de la ley por supuesto error de hecho en la estimación de las pruebas.—Omisión de normas sustanciales infringidas.—Supuesto error de derecho.—El error de derecho está reservado en la casación laboral para las pruebas "ad-sustantiam actus" en los términos del art. 87 del C.P.L.*—Con fecha 21 de octubre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral instaurado por José Antonio Guarín contra la Empresa Morrison Knudsen & Cía. de Colombia.—Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo 208

PENSION JUBILATORIA.—*Errores de hecho y de derecho.—No existe violación de la ley sustancial, por vía directa en la interpretación errónea por ser esta una forma de quebrantamiento de la ley ajena a toda cuestión de hecho dentro del juicio.—Establecida la explotación económica, los derechos a la pensión jubilatoria no se pierden porque estos hayan sido interrumpidos o prestados a personas jurídicas distintas.—Lo que se exige para el nacimiento de una pensión jubilatoria del trabajador es el servicio por el tiempo legal a una misma empresa con el capital requerido, no importa que la explotación económica haya pasado de la propiedad de una persona natural o jurídica a otra y que existan sucesivos traspasos.*—Con fecha 28 de octubre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio Ordinario Laboral de Rafael Joaquín Urbina contra "Compañía Frutera de Sevilla".—Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño 212

PENSION VITALICIA DE JUBILACION.—*Deficiencias de orden técnico en la elaboración de la demanda.—Requisitos establecidos por la ley 6ª de 1945.—Explicación del art. 260 del C.S.T.—La prestación de jubilación se causa en atención al tiempo servido, cualesquiera sean las circunstancias de suspensión y aún de interrupción del vínculo, debe atenerse al lapso total de servicios sin considerar la continuidad de la relación, ni los períodos de desvinculación de la empresa.—El fenómeno de la retrospectividad es cuestión distinta a los efectos retroactivos de un mandato legal.*—Con fecha 31 de octubre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio laboral instaurado por Samuel Torres contra "Cervecerías Barranquilla y Bolívar S.A.".—Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A. 216

INDEMNIZACION POR ACCIDENTE DE TRABAJO.—*Accidente "in itinere" es el accidente sufrido por el trabajador cuando vá en vía de cumplir con su obligación.—Supuesta acusación por violación directa por errónea interpretación e indebida aplicación de normas sustanciales.—El monto de la indemnización por muerte en accidente de trabajo equivale al doble de un año de trabajo de acuerdo con los artículos 214 y 305 del C.S.T.—Error en la apreciación de las pruebas y violación como resultado de ellas por aplicación indebida del art. 65 del C.S.T.—Sanción moratoria.—Pago de deudas laborales a los herederos del trabajador.*—Con fecha 9 de noviembre de 1966 casa parcialmente la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio ordinario instaurado por Martina Navarro de Güete, y otros contra "Compañía Frutera de Sevilla".—Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño 221

PENSION VITALICIA DE JUBILACION.—*Supuesto error de hecho ostensible en la apreciación de las pruebas.—Despido sin justa causa conforme a la ley por ruptura unilateral del contrato.—La clausura o liquidación definitiva de la empresa o establecimiento es una manera legal de terminar el contrato, pero no es una justa causa.—Falsa imputación por errada interpretación de normas jurídicas.*—Con fecha 9 de noviembre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superiór de Medellín en el juicio ordinario laboral instaurado por José de Jesús Ortiz Muñoz contra la "Sociedad Compañía Ladrillera Guayabal Limitada".—Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo 230

TECNICA DE CASACION.—*Acusación incompleta que no permite a la Corte confrontar la sentencia con las normas que hubieran podido resultar infringidas por el fallador.—Cargo por violación directa de los artículos 1757 del C.C. y 144 del C.S.T. carente de eficacia para quebrar el fallo recurrido.*—Con fecha 9 de noviembre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio instaurado por Víctor Manuel Machado contra Empresa "Taxi Selecto Ltda".—Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo 235

HOMOLOGACION DE LAUDOS DE TRIBUNALES ESPECIALES.—*Aplicación del artículo 143 del C.P.L. en el diferendo laboral existente entre el Municipio de Pasto y el Sindicato de Trabajadores de Obras Públicas Municipales de esta ciudad.*—Con fecha 10 de noviembre de 1966 la Corte decide devolver el negocio al Tribunal de arbitramento para que dicte el fallo en el diferendo laboral entre el Municipio de Pasto y el Sindicato de Trabajadores de ese Municipio.—Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo 237

DEMANDA DE RECONVENCION.—*La compensación.—Pueden compensarse las deudas de carácter civil o comercial, con las laborales, siempre que se hayan contraído durante la vigencia del contrato de trabajo y tan pronto este haya finalizado.—Si las deudas civiles o mercantiles no tienen relación directa o indirecta con el contrato de trabajo, la jurisdicción laboral no es competente para conocer de la compensación.*—Con fecha 10 de noviembre de 1966 la Corte casa parcialmente la sentencia recurrida dictada por el Tribunal del Trabajo de Ibagué en cuanto su im-

Páginas

procedencia en el juicio instaurado por Oliverio Carvajal Reyes contra la "Sociedad Agrícola de la Insula Ltda.".—Magistrado ponente: doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral 240

DETERMINACION DE LA CUANTIA DE LA ACCION.—*Requisitos de procedibilidad.—La cuantía de la acción no determina la procedencia o improcedencia del recurso, sólo fija la competencia del juez de instancia.—La naturaleza de la acción no es el único requisito del procedimiento en el recurso, sino también el interés de orden económico que mueva a interponerlo.—Supervivencia probable de una persona.*—Con fecha 22 de noviembre de 1966 la Corte admite el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario laboral interpuesto por Galileo Fiorillo Páez contra Jaar & Cía.—Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo .. 252

PENSION DE JUBILACION.—*Sustitución patronal.—El derecho del trabajador a la pensión jubilatoria no se altera porque no exista unidad entre las diversas personas jurídicas que hayan explotado sucesivamente el mismo negocio.—El cambio de la persona natural o jurídica en la explotación de la actividad económica identifica, no cambia por sí sola la empresa.—Deficiencias técnicas en la apreciación de los elementos probatorios.*—Con fecha 23 de noviembre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio ordinario de Ricardo Manjarrés contra la "Compañía Frutera de Sevilla".—Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño 254

PRESCRIPCION.—*Configuración jurídica de la aplicación indebida de una norma.—Sus modalidades.—Aplicar una norma legal es "trasladar a un caso particular y concreto la decisión contenida en una regla abstracta".—Igualdad de condiciones salariales entre el trabajador colombiano y el extranjero, cuando desempeñan en una misma empresa, funciones o labores equivalentes.—Los artículos 74, inciso 2º y 143 del C.S.T., no tienen en cuenta la importancia relativa de funciones desiguales, sino solamente la igualdad de funciones.*—Con fecha 23 de noviembre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral instaurado por Eduardo Bonitto de la Maza contra la Sociedad Grace & Co. (Colombia) S.A.—Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau 259

TECNICA DE CASACION.—*Reiterada doctrina de la Corte sobre técnica de casación.—La demanda de casación tiene que someterse en su forma y contenido a las determinadas reglas y formalidades de ineludible cumplimiento por parte del impugnador para que pueda resultar eficaz la acusación y conduzca al quebrantamiento de la sentencia que se pretenda invalidar.—El planteamiento de una violación por vía directa no puede hacerse a travez del análisis de cuestiones probatorias tendientes a demostrar que la sentencia acusada dejó de aprobar unas pruebas o estimó equivocadamente otras, lo cual es materia de una modalidad diferente.—Error de hecho y de derecho.—El error de derecho implica el quebrantamiento de una regla legal sobre prueba, que lleva a la infracción de una norma sustantiva en la cual el derecho que se reclama está consagrado.—El error en la apreciación de una misma prueba no puede ser simultáneamente de derecho y de hecho.*—Con fecha 29 de noviembre de 1966 la Corte no casa el fallo recurrido proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio ordinario seguido por Hernando Múnera Angel contra Textiles Modernos S.A.—Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo 270

TECNICA DE CASACION.—*Deficiencias técnicas de casación en la elaboración de la demanda, por no aparecer en el proceso cumplidas las formalidades que el recurrente anota en su escrito de impugnación.—La verificación o el conteo de la verdad de las proposiciones que se afirman en la demanda solo puede realizarlas el juez por los medios de prueba establecidos y determinados por la ley, lo mismo que el sistema para valorarlos.—Sólo puede llegar hasta donde la norma procesal lo indica.*—Con fecha 29 de noviembre de 1966 la Corte casa parcialmente la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral seguido por Guillermo Omar Hurtado Cortés contra Cervecerías Andina S. A.—Magistrado ponente: doctor Víctor G. Ricardo 277

PAGO SOLIDARIO POR INDEMNIZACION DE PERJUICIOS, POR RUPTURA ILEGAL DEL CONTRATO DE TRABAJO.—*La solidaridad legal en beneficio del trabajador.—Personería sustantiva o adjetiva.—Controversia relativa a la prueba de la personería de la parte demandada y sus efectos procesales.—Alcance en casación de la inobservancia de las formalidades previstas para el perfeccionamiento de una sociedad.—Indemnización moratoria.—Alcance del art. 65 del C.S.T. referido a la buena fe del patrono.*—Por sentencia de fecha 30 de noviembre de 1966 la Corte no casa la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en el juicio seguido por Amilcar Puentes Angarita contra el Dr. Oscar Duque Pérez.—Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A. 282

TECNICA DE CASACION.—*Por falta de los requisitos legales de la demanda se declara desierto el recurso de casación.—Falta de indicación de la sentencia impugnada.—Señalamiento del alcance de la impugnación.—Qué persigue el recurso de casación.—Qué debe contener el petitum de la demanda de casación.*—Con fecha 30 de noviembre de 1966 la Corte declara desierto el recurso de casación por no llenar la demanda presentada por el apoderado del señor Pedro León Herrera Castro los requisitos legales.—Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño 291

CASACION LABORAL.—*Violación indirecta de la ley.—Falsa imputación de error de hecho en la apreciación probatoria.—Compensación.—Requisitos indispensables para que las deudas sean compensables.—Apreciación antitécnica del presunto error de hecho.—Las dos modalidades de*

Páginas

falta de apreciación y de apreciación equivocada de los elementos probatorios son diferentes y no pueden presentarse sin definirlos de manera concreta en relación con cada prueba.—Con fecha 30 de noviembre de 1966 la Corte no casa, la sentencia recurrida en el fallo dictado por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio instaurado por Gabriel Arenas Sánchez contra "Cooperativa de Profesionales Ltda.".—Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño 293

INDEMNIZACION O REINTEGRO.—*La retención del trabajador de orden del Gobierno, con apoyo en el artículo 28 de la Constitución no es un "arresto correccional" para los efectos del ordinal 7º del artículo 62 del C.S.T.—Cómo debe ser impugnada en casación la sentencia que ordena el reintegro de un empleado o el pago de cierta indemnización.*—Con fecha 13 de diciembre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal de Bogotá en el juicio laboral de la Beneficencia de Cundinamarca contra Raimundo Lizarralde R.—Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade 300

CONSIGNACION JUDICIAL.—*Efecto liberatorio de la consignación judicial.—No puede cumplirse según la disposición clara del artículo 65 del C.S.T. sino cuando ella se efectúa ante el juez, es decir desde la fecha en que se entrega debidamente el título bancario de consignación a ese funcionario.—Inadmisibilidad de cargos que involucren conceptos de violación disímiles o que confundan la naturaleza de estos conceptos.*—Con fecha 13 de diciembre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario instaurado por Carlos D. Cruz contra Roberto Valencia Ferro.—Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño 307

CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO.—*Demostración de la calidad de sindicalizado.—El plazo de los contratos individuales de trabajo.—Cláusula de estabilidad.—Naturaleza del pago ordenado en el artículo 64 del C.S.T.—Terminación unilateral de los contratos de trabajo.*—Con fecha 15 de diciembre de 1966 la Corte casa parcialmente la sentencia recurrida, confirmando sin modificaciones el ordinal primero y en función de instancia lo adiciona con un nuevo parágrafo, no la casa en lo demás, en la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en el juicio entablado por el Sindicato de base contra el Ingenio Central del Tolima.—Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade 311

HOMOLOGACION.—*Características del fallo arbitral.—Vigencia del laudo arbitral.—Los laudos arbitrales rigen desde su expedición, ya que se asimilan a convenciones colectivas de trabajo.—La interpretación deja en suspenso, mientras se decide la ejecución del laudo, pero no la difiere para fecha posterior a su expedición.—La retroactividad de las decisiones en los tribunales de arbitramento obligatorio.*—Con fecha 15 de diciembre de 1966 la Corte Suprema de Justicia homologa la sentencia proferida el 22 de febrero de 1966 por el Tribunal de arbitramento que dirimió el conflicto laboral entre el Hospital Antituberculoso Santa Clara y los sindicatos de Empleados y Obreros de la nombrada Institución y el de Hospitales, Clínicas y Similares de Cundinamarca, con una salvedad.—Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo 320

HOMOLOGACION.—*Retroactividad de las decisiones de los tribunales de arbitramento obligatorio.—En las relaciones colectivas de trabajo los tribunales de arbitramento obligatorio no pueden dar efecto retroactivo a sus decisiones para afectar "situaciones definidas o consumadas conforme a las leyes anteriores" (C.S.T. Art. 16).*—Con fecha 15 de diciembre la Corte declara exequible el fallo arbitral y por tanto lo homologa en el juicio instaurado por el Alcalde y el Personero del Municipio de Neiva contra el laudo arbitral proferido el 8 de octubre de 1966 por el Tribunal Especial de Arbitramento.—Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade 325

VALOR DE LOS ELEMENTOS PROBATORIOS APORTADOS AL PROCESO.—*Demostración del servicio personal del demandante al demandado pero sin comprobación en el juicio, del salario recibido ni del tiempo preciso de su duración.—En estas condiciones la Corte no puede entrar a rectificar una sentencia que negó la condena al pago del auxilio de cesantía y la prima de servicios pedidos en la demanda de instancia.*—Por sentencia del 15 de diciembre de 1966 la Corte no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de Alberto Osuna contra Juan Manuel Ramos.—Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño 328

TECNICA DE CASACION. — *Despido ilegal.—La Corte declara desierto el recurso de casación por no reunir los requisitos legales de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 65 del Decreto Extraordinario 528 de 1964.—No siendo el recurso de Casación una tercera instancia, sino un medio extraordinario de impugnación, sometido a condiciones técnicas ineludibles, la precisión exigida por los preceptos mencionados ha de referirse a tales condiciones reiteradamente definidas por la jurisprudencia.*—Por sentencia del 16 de diciembre de 1966 la Corte declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio en el juicio instaurado por Marco A. Cortés Ortiz contra Clímaco Naranjo.—Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade 333

CASACION.—*Aplicación del artículo 59 del Decreto 528 de 1964 sobre el monto del "interés para recurrir".—Aplicación del procedimiento según el artículo 154 del C. de P.L. que ordena que sus disposiciones se aplicarán a los juicios pendientes en el momento en que principie a regir, pero los términos no vencidos y los recursos interpuestos se regirán por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término o se interpuso el recurso.*—Por sentencia del 16 de diciembre de 1966 la Corte declara bien denegado el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barrancabermeja en el juicio ordinario laboral instaurado por Víctor Julio Pérez contra Dionisio Molina Echeverri.—Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade 335