REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXXXIII

BOGOTA, D. E. — TALLERES GRAFICOS DE LA PENITENCIARIA CENTRAL DE COLOMBIA — 1971

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

SALA PLENA

Doctor Guillermo Ospina Fernández, *Presidente*
Doctor Hernán Toro Agudelo, *Vicepresidente*
Doctor *Heriberto Caycedo Méndez,* Secretario

SALA DE CASACION CIVIL

Doctor César Gómez Estrada, *Presidente*
Doctor *Heriberto Caycedo Méndez,* Secretario
MAGISTRADOS: Doctores:

Ernesto Blanco Cabrera
Ernesto Cediel Angel
Gustavo Fajardo Pinzón hasta Feb. 9/70
Germán Giraldo Zuluaga desde Feb. 10/70
César Gómez Estrada
Enrique López de la Pava
Guillermo Ospina Fernández

SALA DE CASACION PENAL

Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez, *Presidente*
Doctor *Evencio Posada,* Secretario
MAGISTRADOS: Doctores:

Mario Alario D' Filippo desde Feb. 10
Humberto Barrera Dominguez
Samuel Barrientos Restrepo hasta Feb. 9
Alvaro Luna Gómez desde Feb. 10
Luis Eduardo Mesa Velásquez
Simón Montero Torres hasta Feb. 9
Antonio Moreno Mosquera hasta Feb. 9
Efrén Osejo Peña hasta Feb. 9
Luis Carlos Pérez desde Feb. 10
Luis Enrique Romero Soto desde Feb. 10
Julio Roncallo Acosta
José María Velasco Guerrero desde Feb. 10
Luis Carlos Zambrano hasta Feb. 9

SALA DE CASACION LABORAL

Doctor Jorge Gaviria Salazar, *Presidente*
Doctor *Vicente Mejía Osorio,* Secretario
MAGISTRADOS: Doctores:

José Enrique Arboleda Valencia
Juan Benavides Patrón
Miguel Angel García desde Feb. 26

Jorge Gaviria Salazar
Edmundo Harker Puyana
Crotatas Londoño
Carlos Peláez Trujillo hasta Feb. 25

SALA CONSTITUCIONAL

Doctor Eustorgio Sarria M. *Presidente*
MAGISTRADOS: Doctores:

José Gabriel de Vega
Luis Sarmiento Buitrago
Eustorgio Sarria
Hernán Toro Agudelo

RELATORES: Doctores:

Héctor Roa Gómez, Sala Civil
José Sarmiento Mantilla, Sala Penal
Ignacio Gómez Zapata, Sala Laboral
Luis F. Serrano A., Sala Constitucional

Enero - Febrero y Marzo de 1970

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

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

TOMO CXXXIII — Bogotá - Colombia — Enero, Febrero y Marzo de 1970 — Números 2322 - 2323 - 2324

Sala de Casación Civil

RESTRICCION DE ... BIBLIOTECA

OBJECIONES A LA PARTICION

Legitimación para recurrir en casación contra la sentencia aprobatoria de una partición. El interesado ha de agotar los recursos de instancia que tenía a su disposición.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, enero veinte de mil novecientos setenta.

(Aprobación: enero 16 de 1969. Acta Nº 2)
(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada).

Dentro del juicio de sucesión de Manuel M. Borrás Neira, que fue iniciado en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tunja y pasó después, como consecuencia de la reforma judicial de 1964, al conocimiento del Juzgado Promiscuo Municipal de Villa de Leiva, el apoderado de la heredera María del Carmen Borrás Neira de Rojas formuló objeciones al trabajo de partición. Abierto el incidente respectivo, por auto de fecha 12 de septiembre de 1966 el a quo declaró infundadas las objeciones (fs. 31 del c. Nº 10) mas esa resolución quedó comprendida por la nulidad posteriormente declarada, mediante auto de fecha 10 de noviembre de 1966 (fs. 12 del c. Nº 12), que abarcó todo lo actuado en el juicio a partir del auto de 14 de abril de 1966. Repetida la actuación, nuevamente el Juzgado, mediante auto de 30 de marzo de 1967, entró a decidir el incidente de objeciones aludido, y en efecto así lo hizo declarando infundadas tales objeciones. Según constancia de Secretaria que obra al pie de la diligencia de notificación del auto últimamente citado, contra éste no se interpuso recurso alguno y quedó por lo tanto ejecutoriado.

En este estado de cosas, el mismo Juzgado dictó con fecha 2 de mayo de 1967 sentencia de primer grado aprobatoria de la partición, sentencia que fue recurrida en apelación para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja por el mismo apoderado de la heredera María del Carmen Borrás Neira de Rojas, es decir, por la misma parte que objetó la partición y dejó ejecutoriar la providencia de primera instancia que decidió el respectivo incidente de objeciones. El mencionado Tribunal desató el re-

curso de apelación en referencia, mediante sentencia de 3 de julio de 1967, confirmatoria de la recurrida.

El Tribunal en su sentencia pone de presente que las objeciones formuladas contra el trabajo de partición fueron declaradas infundadas por el Juzgado, sin que contra la providencia respectiva se hubiera interpuesto ningún recurso. Entonces, dice, si se desataron todos los puntos propuestos por los interesados, y previa la tramitación legal pertinente, "era apenas natural y obvio que se diera coronación al juicio de sucesión dictando sentencia en la forma hecha por el Juzgado del conocimiento". Y agrega que las consideraciones que hizo el recurrente en su alegato de segunda instancia, culminan en súplicas que ya no compete al Tribunal decidir "pues como se ha dicho lo que es motivo de controversia es la sentencia aprobatoria del trabajo de partición, mas no así las enunciadas en el escrito".

La sentencia del Tibunal fue recurrida en casación por la misma parte vencida en la apelación, y el recurso le fue concedido. En la correspondiente demanda, el recurrente formula contra la sentencia acusada dos cargos, uno por la causal primera y otro por la causal cuarta, cargos cuyo contenido no es necesario extractar aquí, dado que no es el caso de penetrar al estudio a fondo de ellos, en vista de las razones que pasan a expresarse:

Uno de los derechos fundamentales que la organización del proceso brinda a quienes figuran como parte en el mismo, es el de recurrir contra las resoluciones judiciales que en él se profieran. Mas el ejercicio efectivo de tal derecho exige como requisito indispensable, en cada caso concreto, no simplemente que el recurrente sea parte en el juicio respectivo, sino que tal ejercicio esté animado de un interés jurídico que lo legitime. Por eso para recurrir no basta tener interés en el litigio, sea como demandante, sea como demandado, o como interviniente.

Es indispensable, además, un interés jurídico particular, relacionado inmediatamente con la resolución por recurrir, y el cual se manifiesta en el hecho de que la decisión en ésta contenida cause o sea susceptible de causar gravamen o perjuicio al recurrente.

En lo que respecta al recurso de casación, que es el que aquí interesa considerar, tiene dicho la Corte a propósito del interés jurídico indispensable para legitimar su interposición:

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

"Es así como uno de los maestros del procesalismo contemporáneo enseña, en punto de casación, lo siguiente: 'La legitimación (legitimatio ad causam) activa y pasiva es, para el recurso de casación, como en general para todos los medios de impugnación, un requisito difícilmente separable del requisito del interés: en efecto, para establecer qué personas están legitimadas en casación, no se puede detener a investigar la simple calidad de parte, sino que es necesario también, para establecer a qué parte pertenece la legitimación activa o pasiva, referirse al requisito de haber sido vencida, lo cual, como puede ser considerado desde el punto de vista del interés, también puede considerarse desde el punto de vista de la legitimación, como cualidad integrante de este concepto. Teniendo en cuenta esta inseparabilidad de los dos conceptos, pode-

mos decir que en el recurso de casación la legitimación en general compete a las personas que han sido partes en el juicio de mérito; y en particular la legitimación activa compete a la parte vencida, y la pasiva a la parte vencedora' (Calamandrei, Casación Civil, Nº 23, Pág. 69, traducción Senti Melendo Ayerra Redín).

"Quiere decir que en el recurrente en casación debe haber un interés real para que se infirme la sentencia acusada, por resultarle de esta o una condenación, o un demérito de su situación de derecho preexistente, o un estado de incertidumbre jurídica. Es decir que ese interés ha de significarle al recurrente el beneficio de evitarse un daño o riesgo actual de daño, si obtiene la infirmación del fallo recurrido" (Casación Civil, sentencia de 16 de octubre de 1961, juicio ordinario de Alfonso Tocanciná Baena y otros frente a Campo Elías Lombana, no publicada).

Y en lo tocante con el interés jurídico indispensable para recurrir en casación contra la sentencia de segunda instancia aprobatoria de la partición de bienes realizada en un juicio de sucesión, de división de bienes comunes o de liquidación de una sociedad, la jurisprudencia de la Corte tiene doctrina reiterada que contempla las distintas situaciones que al respecto pueden presentarse. En particular con el aspecto que en el caso de autos interesa destacar, o sea con el relativo al evento de que un interesado haya objetado la partición y las objeciones no hayan prosperado en el incidente respectivo, dicha doctrina establece que el interés jurídico del objetante para recurrir en casación no se mantiene y conserva sino en cuanto éste haya agotado todos los recursos de instancia que tenía a disposición para obtener al través de ellos el triunfo de sus pretensiones; y que por lo tanto, ese interés jurídico desaparece cuando, por ejemplo, el objetante deja ejecutoriar la providencia de primera instancia que declara no probadas las objeciones, pues tal omisión implica conformidad suya con lo resuelto, y en consecuencia la consolidación dentro del proceso de una situación definitiva que, precisamente por haberse creado con su consentimiento, al menos implícito, producirá el efecto de despojarlo de la posibilidad de removerla al través del recurso extraordinario. (G. J. LXI, Pág. 872, XLIX, Pág. 578, XLIV, Pág. 335, LXIII, Pág. 675, XCVI, Pág. 122).

Una de las últimas sentencias en que la Corte se ha manifestado sobre el tema en cuestión, es la de 10 de agosto de 1966, juicio de sucesión de José Buenaventura Sánchez, aún no publicada, en la cual se lee:

"Quiere decir que no basta que en el juicio sucesorio o de partición se hayan propuesto oportunamente objeciones al trabajo partitivo, para que por ese solo hecho haya de franquearse el paso al recurso de casación, sino que es preciso, como lo predica la doctrina, que se hayan agotado jerárquicamente los posibles medios de debate en instancia, bien contra la sentencia que rechazando las objeciones aprobó la partición, bien contra el auto en que, por acogerse una o más de ellas, se desechó el trabajo presentado y se ordenó efectuar uno nuevo.

"Tal necesidad de que en las instancias se hayan agotado los posibles medios de debate, la impone la lógica procesal, el sentido mismo de la actuación de las partes, porque si éstas no interpusieron contra la providencia decisoria de las objeciones la totalidad de los recursos de que podían hacer uso conforme a derecho, eso importa tanto como haberse conformado con ella, desinteresándose de impugnarla, ocasionando su ejecutoria y dando así lugar, dentro del juicio, a la preclusión de todo otro recurso posterior".

En el caso de autos se tiene que, como se dejó visto atrás al hacer la relación de antecedentes, la parte ahora recurrente en casación dejó ejecutoriar, por no haber interpuesto el recurso de apelación que contra ella correspondía, la providencia por medio de la cual el Juzgado a quo decidió el incidente abierto con ocasión de las objeciones que esa misma parte propuso contra el trabajo de partición, decisión pronunciada en el sentido de declarar infundadas tales ob-

jeciones. En esas circunstancias, y de conformidad con la doctrina a que atrás se hizo referencia, es obvio que desapareció el interés jurídico que la citada parte objetante pudo tener en atacar aquella partición, y que, específicamente quedó privada de interés que le diera apoyo al recurso de casación que ahora se decide.

Por estas razones, pues, los cargos, cualquiera que fuese su entidad, no pueden prosperar.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha tres (3) de julio de mil novecientos sesenta y siete (1967), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, y por medio de la cual se aprobó la partición de los bienes de la sucesión de Manuel Borrás Neira.

Costas en el recurso a cargo de la parte recurrente.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Blanco Cabrera, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández, Heriberto Caycedo ,M, .Secretario

PRESCRIPCION ADQUISITIVA ORDINARIA

Requisito de la buena fe. Su apreciación corresponde al sentenciador de instancia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veinte de enero de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

(Sentencia discutida y acordada en sesión de Sala, según Acta Nº 2 del mes en curso).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, con fecha 22 de septiembre de 1966, en el juicio ordinario seguido por Aura Echeverri Velásquez de Ballesteros frente a Belisario Henao Cárdenas y otros.

I

ANTECEDENTES

De la narración que el Tribunal hace de "la parte histórica del juicio" y que dice "afirmada en los libelos de demanda y su contestación, y demostrada en forma legal", cabe destacar los siguientes datos:

a) Que por medio de la escritura número 1091 de 4 de noviembre de 1911, de la Notaría de Armenia, Belisario Henao compró para sí y para Bernardo Echeverri, un lote de terrero ubicado en el punto denominado "El Danubio", jurisdicción de Circasia, y delimitado como la sentencia, refiriéndose a la escritura aludida, lo indica (Fls. 8 y 9, C. 3);

b) Que fallecido Belisario Henao, su cónyuge sobreviviente Emperatriz Cárdenas y sus hijos legítimos Belisario, Miguel, Carlos, José J., Elena, Lilia y Francisca Henao Cárdenas, afirmando proceder en nombre de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida Henao-Cárdenas, demandaron en acción reivindicatoria a Bernardo Echeverri J., en relación con el inmueble referido, negocio que recibió en las instancias y en el recurso de casación las siguientes decisiones:

Por la de primer grado, de fecha 12 de julio de 1940, pronunciada por el Juez Civil del Circuito de Armenia, se resolvió: Que la sociedad conyugal ilíquida de Belisario Henao y Emperatriz Cárdenas, disuelta por muerte del primero y representada por la segunda y por sus hijos legítimos Belisario, Miguel, Carlos, José J., Elena, Lilia y Francisca Henao Cárdenas, es dueña de la mitad del dicho lote de terreno con las mejoras existentes sobre dicha mitad, y que Bernardo Echeverri J. es dueño de la otra mitad, de conformidad con la escritura número 1091 de 4 de noviembre de 1911, de la Notaría de Armenia; que "Bernardo Echeverri J. está obligado a restituir a la sociedad conyugal ilíquida Henao-Cárdenas, representada como se deja dicho, la expresada mitad del inmueble en referencia, dos días después de ejecutoriado el fallo"; que el mismo Echeverri J. "está igualmente obligado a restituir a la parte actora expresada, los frutos naturales y civiles correspondientes a dicha mitad de la finca, percibidos después del 18 de febrero de 1939, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir, con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder...."; que "el poseedor vencido Sr. Echeverri tiene derecho a que la parte actora le pague el valor de las mejoras que corresponden a la mitad reivindicada, una vez que voluntaria o judicialmente se

efectúe la correspondiente división del terreno, tras de lo cual deberá hacerse la liquidación de dichas mejoras conforme al artículo 553 del C. Judicial....”; y que “el demandado Sr. Echeverri tiene derecho a retener la mitad reivindicada, mientras no le sea pagado en legal forma lo correspondiente a mejores y demás valores que se dejan expresados”.

Por el fallo de segunda instancia dictado por el Tribunal Superior de Pereira el 12 de junio de 1942, se decidió que “la parte demandante no ha probado su acción.... En consecuencia, se absuelve al demandado”.

Y por la sentencia de casación, proferida por la Corte Suprema de Justicia, con fecha 11 de agosto de 1943, se casó la del Tribunal, y en su lugar, se confirmó la de primera instancia, con la exclusiva reforma de que el punto quinto de su parte resolutiva o sea el referente a mejoras “queda así: 5º) El poseedor vencido, señor Echeverri J., tiene derecho a que la parte actora le pague la mitad del justo valor de las mejoras que puso en la finca y que corresponden a la mitad reivindicada. Para tales efectos, se declara probado en el presente juicio que son mejoras puestas por el señor Echeverri J.: un establecimiento para beneficio del café, con motor, zarandas, tanques para agua, descerezadoras, tuberías, elbas y carrocerías; todos los potreros de pasto micay existentes dentro de la finca y veinte y cinco cuadras de cafetales de los cuales trece tienen según concepto pericial veinte y cinco años de edad y las otras doce veinte años (sic)”.

Esta sentencia de la Corte tuvo dos aclaraciones: una de fecha 16 de septiembre de 1943, en que se precisó que la enumeración de las mejoras reconocidas al demandado en el punto quinto de la parte resolutiva, “no es taxativa” y que “los frutos que debe pagar el demandado, son los civiles correspondientes a la cuota de mitad del fundo....”; y otra, de fecha 20 de octubre del mismo año, en el sentido de que la restitución de frutos debe hacerse “a partir de la contestación de la demanda”, “hasta la fecha del pago”.

Estas sentencias fueron inscritas en la Oficina de Registro del Circuito de Armenia, el 1º de julio de 1957 en el Libro Número Primero.

c) Que el terreno que fue materia de la compra contenida en la dicha escritura número 1091 de 4 de noviembre de 1911 y del juicio ordinario referido es parte integrante de otro mayor llamado “El Danubio”, adjudicado a Aura Echeverri Velásquez de Ballesteros en los juicios de sucesión de sus padres Bernardo Echeverri J. y Ana Julia Velásquez de Echeverri, según sentencias de 14 de febrero y 23 de octubre de 1950, inscritas en el mismo año, en las respectivas oficinas de Registro de Armenia y Filandia, y que se le adjudicó, además, a título de propio, en la partición de bienes adelantada con el señor Vicente Vélez Mejía, esposo que fuera de la adjudicataria, según la escritura número 1260 de 10 de diciembre de 1954;

d) Que, “por razón de estas adjudicaciones, ‘durante un lapso que comprende más de los últimos diez años”, la señora Aura Echeverri Velásquez de Ballesteros ‘ha tenido sin solución de continuidad, y tiene aún, la posesión inscrita de la mencionada hacienda de ‘El Danubio’ y también la material’ ya que durante dicho lapso ha cumplido en relación con la misma hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio.....”;

e) Que el apoderado de los sucesores de Belisario Henao, a cuyo favor se declaró el condominio en una cuota de mitad del inmueble, en el juicio reivindicatorio fallado según las referidas sentencias, mediante libelo de 18 de enero de 1952 y ante el juez civil del circuito de Armenia, presentó liquidación de frutos conforme al artículo 553 del C. J., y solicitó se requiriese a Aura María Echeverri Velásquez, en su calidad de causahabiente de Bernardo Echeverri J., para que presente la respectiva liquidación del valor que la parte actora debe abonarle por concepto de las mejoras plantadas por el citado Echeverri, sobre la mitad reivindicada del inmueble, hasta el 18 de febrero de 1939, en que fue contestada la demanda; que dicho incidente sobre regulación del valor de

frutos civiles, fallado en primer grado desfavorablemente a la parte actora, fue decidido a favor de ésta en la alzada ante el Tribunal de Pereira, en el sentido de fijar el valor de los frutos en la cantidad de $ 12.858.83; que de la providencia que tal resolvió resulta que, anteriormente, se habían hecho por la misma parte, con fechas 12 de abril de 1944, 14 de julio del mismo año y 21 de enero de 1946, solicitudes sobre liquidación de frutos, que no habían tenido entonces éxito; y que finalmente a la petición del apoderado de los sucesores de Belisario Henao, de 20 de noviembre de 1962, para que se tramitase "nuevo incidente de tasación de frutos civiles" a cuyo pago fue condenada la parte demandada en los fallos cuyo cumplimiento solicita, recayó la decisión del Tribunal de Pereira, de 7 de febrero de 1963, por la cual, revocando la denegatoria del a quo, se ordenó la sustanciación de tal incidente.

III

EL PRESENTE LITIGIO

Así las cosas Aura Echeverri Velásquez trajo a juicio ordinario a Belisario, Carlos, José J., Elena, Lilia y Francisca Henao Cárdenas como sucesores a título universal de sus padres legítimos Belisario Henao y Emperatriz Cárdenas de Henao y de su legítimo hermano Miguel Angel Henao Cárdenas, en solicitud de las siguientes determinaciones.

a) Que "por haber transcurrido el término legal para ejercitarla, se extinguió la acción concedida a los demandados por las sentencias mencionadas en los fundamentos 'Primero y Segundo' que sustentan esta demanda" (o sea las de fechas 12 de julio de 1938, dictada por el Juez Civil del Circuito de Armenia y de 11 de agosto de 1943, proferida por la Corte Suprema de Justicia, con sus aclaraciones de 16 de septiembre y 20 de octubre del mismo año), "para obtener la entrega real o material de la cuota de mitad del lote determinado en el 'Primero' de dichos fundamentos, que fue objeto del juicio reivindicatorio fallado mediante dichas sentencias.

"b) Que en consecuencia la señora doña Aura Echeverri Velásquez, poseedora inscrita y material de la hacienda 'El Danubio' descrita en el 'Tercero' de los hechos que fundamentan esta demanda, que comprende el lote determinado en el 'Primero' de los mismos hechos y, de consiguiente, la cuota de mitad en este último lote que fue objeto de la reivindicación, no está obligada a entregar a los demandados la mencionada cuota.

"c) Que tampoco está obligada la señora doña Aura Echeverri Velásquez a pagar cantidad alguna a los demandados por concepto de frutos civiles de la cuota de mitad en referencia, y en cambio los últimos deben devolver a la segunda, o repetirle, toda cantidad que de ella hubieren recibido por tal concepto, si se pretendiere devengada con posterioridad a la extinción de la acción ejecutiva para obtener la entrega de la cuota reivindicada.

" .....

Y en subsidio, para que se decretase:

"a) Que la señora doña Aura Echeverri Velásquez es dueña y poseedora exclusiva de la cuota de mitad en el predio determinado en el 'Primero' de los hechos que sustentan esta demanda.

"b) Que, por consecuencia de la declaratoria inmediatamente anterior, la señora doña Aura Echeverri Velásquez no está obligada a responder de ninguna de las prestaciones que se impusieron al demandado, señor don Bernardo Echeverri Jaramillo, en las sentencias mencionadas en los puntos 'Primero' y 'Segundo' de la relación de hechos presentada como fundamentación de esta demanda inclusive la entrega de la cuota de mitad del lote materia de la reivindicación".

".....

De los varios HECHOS en que dice fundarse el petitum de esta demanda, entre los cuales se relacionan las sentencias recaídas en el atrás referido juicio de reivindicación

y las adjudicaciones hechas a la demandante, así en los juicios de sucesión de sus padres Bernardo Echeverri Jaramillo y Julia Velásquez de Echeverri, como en la posterior partición de bienes que verificó con su esposo Vicente Vélez Mejía, se proponen en resumen, como fundamentales:

a) Que la actora Echeverri Velásquez ha tenido durante un lapso que comprende más de los últimos diez años, sin solución de continuidad, la posesión inscrita, sí que también la material, de la mencionada hacienda "El Danubio", sin que los sucesores de Belisario Henao o representantes de la sociedad conyugal que éste tuvo formada con Emperatriz Cárdenas hubieran pretendido derecho de propiedad sobre la mitad del lote que fue materia de aquel juicio reivindicatorio y que hace parte de la finca "El Danubio" (hechos 6º, 7º y 8º);

b) Que la posesión inscrita y material por más de diez años que la actora ha tenido de la nombrada hacienda y, por tanto, del susodicho lote cuya mitad fue objeto de aquella reivindicación, constituye "un título más (sic), el de la usucapión o prescripción adquisitiva de dominio, que puede sumar a los escritos (sic) que la acreditan como dueña exclusiva de la mencionada hacienda y, por lo mismo, de la cuota o derecho a ella vinculado, que fue materia de la tantas veces citada reivindicación" (11º);

c) que los sucesores de Belisario Henao y Emperatriz Cárdenas "ni siquiera se han preocupado de ejecutar las sentencias que favorecieron su acción reivindicatoria, en cuanto a la entrega real de la mitad del fundo que fue materia de dicha acción", habiendo llegado su negligencia al extremo de que no hicieron inscribir tales fallos en la Oficina de Registro de Armenia, sino más de trece años después de su ejecutoria (9º). Los beneficiados con la reivindicación se limitaron a demandar mediante escrito de 18 de enero de 1952, la liquidación del monto de los frutos civiles producidos por la cuota reivindicada desde el 18 de febrero de 1942 hasta aquella fecha, "y nada más hicieron para la ejecución debida de los fallos favorables a su acción reivindicatoria, lo cual equivale a un tácito desistimiento de sus pretensiones de dominio" (10º). Y "después de más de once años la mencionada parte actora del juicio reivindicatorio ha intentado una nueva liquidación de frutos civiles producidos por la cuota de mitad del lote materia de la reivindicación" (13º).

En su contestación, la parte demandada admitió como ciertos los hechos consistentes en las sentencias recaídas en el juicio de reivindicación ya referido; negó el relativo a que el fundo "El Danubio" fuese todo de propiedad y posesión de la demandante, siendo así que la sucesión de Belisario Henao y la sociedad conyugal formada por éste con Emperatriz Cárdenas "fueron reconocidos como propietarios de la mitad de uno de los inmuebles, en común y proindiviso, según sentencias que están ejecutoriadas y hacen autoridad de cosa juzgada, por lo cual tales sentencias son de riguroso cumplimiento"; negó también los demás hechos; rechazó el derecho invocado por la demandante; y se opuso a sus pretensiones.

La primera instancia, a la que hubo aducción de pruebas de una y otra parte, recibió fallo del Juzgado Civil Municipal de Circasia, en que se "absuelve a los demandados en el presente juicio"; y llamado el Tribunal Superior de Armenia, por apelación de la actora, a decidir el litigio en segundo grado, profirió su sentencia de 22 de septiembre de 1966, confirmatoria de la del inferior. Toca en este acto a la Corte pronunciarse sobre el recurso de casación interpuesto contra el pronunciamiento del Tribunal por la litigante vencida.

III
LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal comienza por asentar que "la demandante invoca en las súplicas principales, en acción directa, la prescripción adquisitiva del dominio de la mitad del lote de terreno accesorio a la finca de 'El Danubio' y la extinción de la acción de

entrega, así como la de pago de frutos civiles, reconocidos a los demandados en las sentencias proferidas en el juicio ordinario de reivindicación".

Ante lo cual considera que "Esta prescripción ordinaria no existe en el caso de autos: porque si el título de la señora Aura Echeverri Velásquez de Ballesteros, puede considerarse justo para los fines de la posesión regular de la mitad del lote de terreno cuestionado, la posesión ejercida por dicha señora no es de buena fe; porque el término de prescripción se halla supeditado a la condición de liquidación de las mejoras en favor del señor Bernardo Echeverri J., ahora en pro de su causahabiente; y porque no es cierto que los demandados hubieran dejado de ejercitar las acciones y derechos que les confieren las sentencias pronunciadas en el juicio ordinario de reivindicación".

Lo cual explica así: Que, aunque los efectos jurídicos de las sentencias decisorias del juicio ordinario de reivindicación principiaron a correr el 4 de marzo de 1944, "para la señora Aura Echeverri Velásquez de Vélez el plazo de prescripción ordinaria solamente puede contarse a partir del registro del acto legal de partición, ocurrido el 13 de abril de 1950 en el juicio de sucesión del señor Bernardo Echeverri J., y el 2 de enero de 1951 en el juicio de sucesión de la señora Ana Julia Velásquez de Echeverri", pues Bernardo Echeverri J. "apenas era un mero tenedor de la mitad del lote de terreno reivindicado", dado que las sentencias del juicio ordinario de reivindicación lo habían privado del derecho de dominio. En estas condiciones sería aplicable la doctrina según la cual los sucesores de un difunto pueden adquirir por prescripción ordinaria el bien de que el causante era mero tenedor y que fue inventariado como de su propiedad y adjudicado a los partícipes sin contradicción alguna.

Pero, la actora Echeverri Velásquez no puede favorecerse con la prescripción ordinaria, porque, aunque su título, relativo a la adquisición por élla de la mitad del lote de terreno reconocido como de los aquí demandados en aquellas sentencias de reivindicación, contenido en las adjudicaciones que se le hicieron en los juicios de sucesión de Bernardo Echeverri J. y Ana Julia Velásquez de Echeverri, es justo, "no existe ni existió buena fe en la adquisición suya de esa mitad, de la manera dicha, porque según la demanda de este juicio, que conforme al artículo 607 del C. Judicial, tiene el valor de confesión judicial, la adjudicataria reconoce que su causante había sido privado del dominio de la cuestionada mitad del lote de terreno y que se le había impuesto al mismo la obligación de entregarlo a sus legítimos dueños, o sean los demandados en el presente juicio, lo que quiere decir que la adjudicación venía a ser fraudulenta y viciosa. Si el señor Bernardo Echeverri J. no era dueño de la mitad referida, sino mero tenedor, por qué su derechohabiente, o sea la señora Aura Echeverri Velásquez de Ballesteros admitía a sabiendas su adjudicación en calidad de dominio y propiedad?. No siendo regular la posesión de la señora Echeverri Velásquez de Ballesteros, en consecuencia, la prescripción ordinaria es inadmisible".

La sentencia decisoria de la reivindicación, favorable a la sociedad conyugal disuelta de Belisario Henao y Emperatriz Cárdenas, reconoció el derecho de retención al vencido en el juicio, señor Echeverri J., sobre la mitad del lote de terreno objeto de aquella acción hasta cuando se le pagaran las mejoras accesorias a dicha mitad, cuyo valor debería fijarse conforme al procedimiento del artículo 553 del C. Judicial; pero "no existe prueba en autos de que el señor Bernardo Echeverri J. o su causahabiente hubieran solicitado liquidación de las mejoras, como para que averiguado el valor de éstas y abonado el correspondiente al demandado y vencido en el juicio ordinario de reivindicación, pudiera decirse que los aquí demandados estuvieran en mora de pedir la entrega de la mitad del lote de terreno". Según lo ya advertido, el apoderado de los reivindicantes, "al proponer la primera liquidación de frutos civiles, soli-

citó se requiriera a la señora Aura Echeverri Velásquez de Ballesteros para que, como sucesora del señor Bernardo Echeverri J., presentara la liquidación de mejoras, ignorándose el resultado de la solicitud....." - "Así las cosas, no puede decirse que esté corriendo término de prescripción de la acción de entrega, la ejecutiva, ni la ordinaria o la extraordinaria", porque, no habiendo la sociedad conyugal disuelta de Belisario Henao y Emperatriz Cárdenas pagado la mitad del valor de las mejoras del lote de terreno, por no haberse presentado su liquidación por quien debe presentarse, "no se ha iniciado el término de prescripción de la dicha acción", la que, sin embargo de estar reconocida en abstracto, "sólo puede ejercitarse una vez producido el pago antedicho", en el cual no ha demostrado tener interés la parte de Bernardo Echeverri y su sucesora Aura Echeverri Velásquez. "Esto quiere decir que el derecho de retención de la mitad del lote de terreno concedido en las sentencias de reivindicación, no ha cesado, con la circunstancia de la dificultad de su cesación por lo antes expuesto".

Está probado que la referida sociedad conyugal disuelta ha promovido las acciones que le confirieron tales sentencias, sometiendo desde luego su actuación a las limitaciones resultantes de las mismas. "Varias veces ha acudido al procedimiento del artículo 553 para lograr la liquidación de frutos civiles, y si no ha solicitado la entrega de la mitad del lote de terreno, entiende la Sala que ha sido por la inexistencia de la liquidación de mejoras".

Tales los razonamientos que para denegar las súplicas PRINCIPALES adujo el Tribunal.

El cual, para rechazar luego las SUBSIDIARIAS, consideró que, por cuanto éstas "tienden a la obtención de una declaratoria contraria a la de las sentencias proferidas en el juicio reivindicatorio..... con la consecuencia del desconocimiento de las obligaciones que las sentencias reivindicatorias impusieron al causante de la dicha señora" (Aura Echeverri Velásquez), "la decisión que se pronunciara en este juicio, contrariando la letra y el espíritu de las resoluciones del primer juicio, serían nulas de nulidad absoluta, por cuanto irían, en demérito de la cosa juzgada, a violar disposiciones de orden público, como son las de los artículos 473 y 474 del C. Judicial. Obvio es decir que este juicio y el anterior tienen un mismo objeto, se fundan en las mismas causas y se suscitan entre las mismas personas, pues existe identidad jurídica de las que antes intervinieron y quienes ahora intervienen, como quiera que entre los señores Belisario Henao y Emperatriz Cárdenas y sus herederos, y entre el señor Bernardo Echeverri J. y la señora Aura Echeverri Velásquez de Ballesteros, existe identidad jurídica porque los segundos son causahabientes de los primeros".

IV

II LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos contiene el recurso, ambos del resorte de la causal primera, invocada expresamente, y la exposición compendiada de los cuales se hará a continuación.

CARGO PRIMERO. - Planteado por violación indirecta de ley sustancial, "como consecuencia de la apreciación errónea de la demanda y apreciación errónea o falta de apreciación de pruebas", en cuyo análisis, se dice, "incurrió el Tribunal en errores de hecho y de derecho que aparecen de modo manifiesto en los autos", el ataque, luego de una enumeración en serie de numerosos artículos de la ley civil, citados como infringidos "por aplicación indebida (falta de aplicación en algunos casos)", se desarrolla así:

Comienza por relacionar como "pruebas apreciadas erróneamente o dejadas de apreciar", las siguientes:

a) La demanda del presente juicio, en cuanto reconoce que hubo un juicio reivindicatorio anterior en el cual Bernardo Echeverri J., causante de Aura Echeverri V., había sido vencido, prueba esa de confesión, de la que "dedujo el Tribunal, equi-

vocadamente, la mala fe en la posesión de la demandante";

b) Las copias tomadas del juicio ordinario seguido por los personeros de la sociedad conyugal ilíquida de Belisario Henao y Emperatriz Cárdenas y sucesores del primero contra Bernardo Echeverri J., en cuanto el Tribunal, de ese juicio y de su sentencia definitiva, concluye erróneamente que Aura Echeverri V. "obtuvo una adjudicación fraudulenta y viciosa y le atribuye la condición de poseedora de mala fe y de mera tenedora en cuanto a la cuota de mitad del lote materia de aquel juicio reivindicatorio";

c) Las copias de las hijuelas de adjudicación, sentencias aprobatorias de la partición y otras piezas de los juicios de sucesión de Bernardo Echeverri J. y Julia Velásquez de Echeverri, en cuanto el sentenciador "atribuye a la adjudicación que ellas contienen, del derecho sobre el lote de terreno que había sido materia del juicio reivindicatorio, el calificativo de fraudulenta y viciosa, y deduce de allí, en forma errada, el atributo de mala fe para la posesión de la adjudicataria, demandante en este juicio";

d) El certificado número 16 del Registrador de Instrumentos Públicos de Filandia, con sus respectivas ampliaciones, referente a toda la finca "El Danubio", que da cuenta de una posesión inscrita, concatenada y exenta de vicios, donde no aparece vigente registro de demanda civil, "contra lo que afirman el Juez de primera instancia y el Tribunal, al desestimar la posesión regular de la señora Aura Echeverri V.";

e) La prueba documental "que consta en los folios 24 a 31 inclusive del cuaderno número 1º, y de folios 44 a 66 del cuaderno 2º que no fue tenida en cuenta por el Tribunal y que sirve para acreditar que la demandante, desde cuando se le hicieron las adjudicaciones en los juicios sucesorios de sus padres, se ha presentado ante terceros como propietaria y poseedora de la finca 'El Danubio' ", pagando las contribuciones prediales, incluyéndola en sus declaraciones de renta, pagando cotizaciones obrero-patronales y haciendo préstamos a entidades bancarias para su explotación, y cuando, por el contrario, los certificados de los folios 63 y 64 dan cuenta de que Belisario Henao Cárdenas y demás demandados no figuran en los libros de Catastro Municipal de Circasia como propietarios de la finca "El Danubio";

f) La prueba documental "que obra a folios 25 a 43 del cuaderno número 2, que no fue tenida en cuenta por el fallador", consistente en: copia de la escritura número 432 de 12 de junio de 1963, de la Notaría 3ª de Armenia, sobre terminación de un contrato de arrendamiento que se había celebrado por escritura Nº 443 de 20 de marzo de 1958 sobre toda la finca "El Danubio", entre la demandante y Arturo Echeverri Giraldo; copia de la diligencia de secuestro de la misma finca en el juicio ejecutivo de Rafael Jaramillo Betancur contra Aura Echeverri V.; y contratos de aparcería celebrados por ésta con diversas personas, para la explotación en compañía de varios lotes de terreno (especialmente cultivados de café) en la misma finca, habiendo algunos de esos aparceros reconocido sus firmas al recibírseles sus declaraciones juramentadas;

g) Los reconocimientos de documentos y declaraciones rendidos por Luis Alfonso Montoya, José Miguel Soto, Arturo Echeverri, Guillermo Rincón Bonilla y Domingo Martínez Aponte, y las declaraciones de Martín Lastra, Alcides Sierra, Alejandro Henao, Gerardo Ocampo, Misael Orozco, Fabio Henao Salazar, Camilo Gutiérrez G. y Justo Pastor Hoyos, todas corrientes a los folios del cuaderno número 2 que el acusante cita y que, según el mismo, dan cuenta "de la posesión material, de buena fe, de la señora Aura Echeverri V., desde cuando ella llegó a ser propietaria de la finca 'El Danubio', por la adjudicación que se le hizo en los sucesorios de sus padres", prueba que "el Tribunal desconoció por completo;

h) La inspección ocular de fls. 98v. a 107v. y el dictamen de los peritos Antonio López Gutiérrez, Nicolás Galindo Ardila y

Arturo Torres González, pruebas visibles a los folios del cuaderno número 2 que el recurso cita y, según el cual, no fueron apreciadas por el juzgador, siendo así que demuestran la posesión regular y de buena fe de la demandante;

i) La diligencia de inspección ocular de 4 de septiembre de 1964 con testigos actuarios (fs. 114 y 115, c. 2), sobre el expediente del referido juicio reivindicatorio, y en la que el Juez y los testigos concluyeron con la aseveración de que los demandantes en aquel juicio "no han intentado en ningún momento demandar la ejecución de tales fallos en cuanto a la entrega de la mitad del predio que fue objeto de la acción reivindicatoria", prueba que, según el recurso, tampoco tuvo en cuenta el Tribunal;

j) Las copias de piezas del mismo juicio de reivindicación, obrantes a los folios 10 a 81 del cuaderno número 3, consistentes en un oficio de 4 de mayo de 1938 y en toda la actuación surtida en torno a la regulación de frutos, prueba que se señala como erróneamente apreciada por el Tribunal, en cuanto de ella dedujo la circunstancia de mala fe para la posesión de Aura Echeverri, derivada del conocimiento que ella tenía del juicio, agregando el Tribunal equivocadamente que el "término de prescripción se halla supeditado a la condición de liquidación de las mejoras en favor del señor Bernardo Echeverri J., ahora en pro de sus causahabientes y porque no es cierto que los demandados hubieran dejado de ejercitar las acciones y derechos que les confieren las sentencias pronunciadas en el juicio ordinario de reivindicación".

Después de esta reseña de los medios probatorios y de las apuntadas tachas que el recurso le endilga en su apreciación o desestimación al Tribunal, la censura bajo el epígrafe de "Demostración", argumenta de este modo:

Que de la demanda aparece que se está invocando la prescripción ordinaria y así lo entendió el sentenciador. Mas, se negó a aceptarla en el caso, porque, si bien halló que las hijuelas de adjudicación en los juicios de sucesión de Bernardo Echeverri J. y Ana Julia Velásquez de Echeverri, a favor de la actora Aura Echeverri V. constituyen justo título, sin embargo estimó que no existe ni existió buena fe en ésta para la adquisición de la mitad del lote de terreno reconocida como de los aquí demandados en las sentencias de reivindicación, dado que en la demanda del presente juicio la adjudicataria reconoce que su causante había sido privado del dominio de la cuestionada mitad del dicho lote y que se le había impuesto al mismo la obligación de entregarla a sus legítimos dueños, y que ello tiene el valor de confesión judicial contra la actora, conforme al artículo 607 del C. Judicial. El recurso le asigna entonces error al Tribunal al considerar la confesión que dice contenida en la demanda, pues si ésta fue presentada el 17 de julio de 1963 por medio de mandatario, resulta equivocado darle efectos a la confesión del mismo en relación a la buena o mala fe de una posesión que se inició el 13 de abril de 1950 y se complementó el 2 de enero de 1951, con los registros de aquellas adjudicaciones a favor de la demandante. "Bien sabido es que la buena fe, como elemento de la posesión regular, debe apreciarse en el momento de su iniciación y no por razón de hechos o circunstancias que ocurran posteriormente". "El error de hecho, y también de derecho en la apreciación de la demanda por parte del Tribunal consistió, por tanto, en haberle dado ese efecto retroactivo al conocimiento que tuvo la señora Aura Echeverri V. sobre la sentencia definitiva en el juicio reivindicatorio, en el cual ella no fue parte", y cuyo conocimiento por la misma no puede presumirse, sino a partir del 28 de enero de 1952 en que otorgó el primer poder para que se la representase en él. Y también consistió el error en haber declarado el Tribunal que existió "identidad jurídica de personas del causante y la derechohabiente" en lo que respecta a la posesión, para concluir que la adjudicación hecha a la demandante sobre lo que fue materia del juicio reivindicatorio referido "venía a ser fraudulenta y viciosa". Porque "la buena o mala fe es un elemento personal, del fuero interno y del comportamiento de cada poseedor, que no se traspasa de un posee-

dor a otro"; y por cuanto, asignándole al causante Bernardo Echeverri J. la calidad de mero tenedor por el hecho de aquella sentencia que lo obligaba a restituir una cuota de mitad, lo que es muy discutible, "no era una circunstancia que viniera a ligar o a transmitirse a su causahabiente Aura Echeverri V.", como "tampoco la obligación de reconocer frutos civiles o de exigir el pago de mejoras, pues estas son obligaciones esencialmente personales, que vienen como consecuencia de la acción reivindicatoria sí, pero que adquieren vida y fisonomía propias, con prescindencia de la obligación principal de entregar.....".

Insiste, luego, en que el fallador de segundo grado, a igual que el del primero, dejó de tener en cuenta las pruebas ya enumeradas sobre la posesión tanto inscrita como material ejercida por la demandante, "en lo que toca con la unidad de explotación económica que es la finca 'El Danubio' ". Quiere decir que, como la adjudicación que se le hizo en las sucesiones de sus padres, comprendió la totalidad de esa finca, integrada por cinco lotes, "la posesión demostrada por el período superior a 10 años y el elemento buena fe hacen referencia a toda esa unidad, sin distinciones, ya que la prueba que la acredita así lo está indicando".

También hace hincapié en sostener que el sentenciador apreció equivocadamente las copias tomadas del juicio de reinvindicación al concluir que "el término de prescripción se halla supeditado a la condición de liquidación de las mejoras en favor del señor Bernardo Echeverri J., ahora en pro de su causahabiente.....", y que no existe prueba de que éstos hubieran solicitado liquidación de mejoras, como para que averiguado su valor y abonado éste por los aquí demandados, pudiera decirse que éstos incurrieran en mora de pedir la entrega de la mitad del lote de terreno. Esto, por cuanto ni la sentencia en el reivindicatorio, ni el Código Civil supeditan los efectos de la entrega o del término de una prescripción, a la condición de liquidación de mejoras, y siendo errado afirmar que correspondía al vencido en la reivindicación o a sus causahabientes el impetrar la liquidación del valor de mejoras, para suscitar así la mora y llegar a la prescripción de la acción de entrega del bien reivindicado. "El derecho al reembolso de mejoras constituye una obligación personal, que no está ligada necesariamente a la liquidación de frutos, ni a la entrega. Distinto también es el derecho de retención que le confiere al poseedor vencido el Artículo 970 del C. Civil. Este poseedor, bien puede ejercitar ese derecho, sin pedir la liquidación de las mejoras y esto no es óbice para que simultáneamente se consolide una prescripción adquisitiva por un causahabiente o adquirente, y se opere también una prescripción paralela de la acción de entrega y de la acción sobre frutos para el reivindicador; y aun la prescripción de la acción para impetrar la liquidación de mejoras".

Luego de toda esta alegación, concluye el acusador que, por no haber reconocido el Tribunal que se consumó la prescripción ordinaria en cabeza de Aura Echeverri V. y que, como consecuencia de tal fenómeno, "sobrevino la prescripción extintiva de todas las acciones y derechos reconocidos en el juicio reivindicatorio a los demandantes de ese juicio", violó las disposiciones que pasa a singularizar, indicando su preceptiva y el sentido de su quebranto, a saber:

Por **falta de aplicación** los artículos 762, 764 (tres primeros incisos), 768 (primera parte), 769, 778, 780 (primer inciso), 785, 956, 1434, 2512, 2518, 2521 (primer inciso), 2528, 2529, 2535 y 2538 del Código Civil, siendo de advertir que de los textos de esta serie, el 762 se cita como infringido en concordancia con los artículos 1º y 3º de la ley 200 de 1936, y el 2518 en concordancia con los artículos 1º y 2º de la ley 51 de 1943.

Y por **indebida aplicación** los artículos 770, 775, 966, 2522 y 2524 del mismo código.

Y es de notar que la censura, en su recensión de las normas de derecho sustancial que pretende vulneradas, al detenerse en los artículos 2522 y 2524, arguye que el Tribunal "en forma muy tímida trata de hablar de interrupción" de la prescripción,

cuando menciona un requerimiento solicitado por parte de los demandados a la actora y cuya efectividad no aparece demostrada y cuando habla de que la sociedad conyugal disuelta de Belisario Henao y Emperatriz Cárdenas ha promovido las acciones procesales que le confirieron las sentencias de reivindicación, con sometimiento a las limitaciones de los mismos fallos; que "de lo anterior no se sabe a ciencia cierta si el Tribunal pretendió declarar procedente una interrupción civil de la prescripción" y que "Para el supuesto de que fuera así, existió también un error de hecho originado en la apreciación de las copias de la actuación seguida con posterioridad a la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia en el juicio reivindicatorio.... Y porque se dejó de tener en cuenta la inspección ocular con testigos actuarios que aparece a folios 114 vto. y 115 del cuaderno número 2º".

SEGUNDO CARGO. - Por éste se le imputa al sentenciador incidencia en los siguientes yerros:

Estimar que el derecho de retención en favor de Bernardo Echeverri J. le fue concedido por las sentencias del juicio reivindicatorio, lo cual no es así, pues tal derecho lo concede la ley al poseedor vencido en ciertos casos (Art. 970 C. C.); y

Afirmar que en aquellas sentencias "la acción de entrega está reconocida en abstracto", dando a entender que la restitución verificable en cumplimiento de tales sentencias debía estar sometida al procedimiento del artículo 553 del C. J., siendo así que el plazo para tal entrega comenzaba a correr "dos días después de ejecutoriado el fallo", según lo dispuesto por el del juez de primera instancia, confirmado por el de la Corte. Desde entonces corría la prescripción extintiva (Arts. 2512, 2535 y 2538 ibid.), sin sometimiento a condición alguna. "Y es que el fallador establece una confusión inaceptable entre el derecho de retención, el derecho a las mejoras, la facultad de pedir liquidación de las mismas y el derecho a la entrega o restitución del bien objeto del juicio reivindicatorio". Así que el Tribunal no podía sostener "que no ha empezado a correr el término de extinción de la acción de entrega, porque estaba supeditado al pago de las mejoras reconocidas en abstracto a favor de Echeverri J. Con esto se llegaría al absurdo de que hay acciones que no tienen prescripción.....". Es que el derecho del reivindicador triunfante para obtener la entrega del bien perseguido "tiene su prescripción independiente, no sujeta ni condicionada a que el poseedor vencido presente la liquidación de las mejoras que deben abonársele.....el reivindicador, para hacer cesar el derecho de retención, tiene un camino expedito, que es el de la ley 95 de 1890, Artículo 10.....".

En razón de consideraciones tales, concluye el cargo, afirmando que la sentencia violó directamente los siguientes textos: por entendimiento erróneo los artículos 966 y 970 del Código Civil y 10 de la Ley 95 de 1890, y por falta de aplicación los artículos 2512, 2518, 2528, 2529, 2535 y 2538 del mismo código.

V

Consideraciones de la Corte

1. - Los dos cargos en que el recurso se contiene están íntegramente dirigidos a atacar, por los diversos motivos que en ellos se alegan, la sentencia de segunda instancia en cuanto denegó las pretensiones de Aura Echeverri Velásquez deducidas en el presente juicio, por haber el Tribunal desestimado la causa petendi esencial de las mismas o sea la prescripción adquisitiva ordinaria que se pretende consumada por la propia Echeverri Velásquez, del derecho o cuota de mitad proindiviso del lote de terreno con que toca este pleito y que la sentencia de 12 de julio de 1940, proferida por el Juez Civil del Circuito de Armenia, confirmada en el punto por la de casación de 11 de agosto de 1943, en el juicio de reivindicación que contra Bernardo Echeverri J. siguieron los herederos de Belisario Henao y Emperatriz Cárdenas, reconoció a favor de éstos, a la vez que condenó al demandado Echeverri a restituir a los reivindicantes "la expresada mitad del inmueble en referencia, dos días después de ejecutoriado el fallo".

2. - No desconoce el Tribunal que la actora en el presente juicio, Aura Echeverri Velásquez, haya tenido por diez años cumplidos, con justo título y animus domini excluyente, la posesión material de todo el lote de terreno en que está vinculada la cuota de dominio proindiviso reconocida en aquel juicio reivindicatorio a los demandados del actual, en cuya pro se decretó allí la entrega de tal derecho. Bien al contrario, como lo muestran las consideraciones del pronunciamiento relacionadas atrás, el Tribunal tuvo como probados todos estos aspectos de la posesión invocada por la actora; mas, encontró que a esa posesión le faltaba la buena fe que le imprimiese en su origen la calidad de "regular", para que continuada luego materialmente por el lapso decenal hubiera podido consumar el fenómeno de la usucapión ordinaria. Diáfanos al respecto son los términos de la motivación, cuando reza:

"El título de la señora Aura Echeverri Velásquez de Ballesteros, relativo a la adquisición por su persona de la mitad del lote de terreno reconocido como de los demandados en las sentencias de reivindicación, contenido en las hijuelas de adjudicación producidas en los juicios de sucesión de los señores Bernardo Echeverri J. y Ana Julia Velásquez de Echeverri, es justo, pero no existe ni existió buena fe en la adquisición suya de esa mitad, de la manera dicha, porque según la demanda de este juicio, que conforme al artículo 607 del C. Judicial, tiene el valor de confesión judicial, la adjudicataria reconoce que su causante había sido privado del dominio de la cuestionada mitad del lote de terreno y que se le había impuesto al mismo la obligación de entregarlo a sus legítimos dueños, o sean los demandados en el presente juicio, lo que quiere decir que la adjudicación venía a ser fraudulenta y viciosa. Si el señor Bernardo Echeverri J. no era dueño de la mitad referida, sino mero tenedor, por qué su derechohabiente, o sea la señora Aura Echeverri Velásquez de Ballesteros admitía a sabiendas su adjudicación en calidad de dominio y propiedad?. No siendo regular la posesión de la señora Echeverri Velásquez de Ballesteros, en consecuencia, la prescripción ordinaria es inadmisible'.

3. - Así que todos los reparos que el recurso eslabona contra la apreciación por el Tribunal de las pruebas con que resulta establecido el hecho de la posesión material de Aura Echeverri Velásquez, por un término de diez años cumplidos, sobre el fundo en que se encuentra radicada la cuota de dominio pro indiviso de los demandados, carecen de motivo, en cuanto el sentenciador no desconoció como ya está dicho ese aspecto fáctico de la cuestión litigada, siendo palmar que la única razón que tuvo para no atribuirle el mérito creador de prescripción adquisitiva ordinaria a aquella posesión fue la de carencia de buena fe de parte de la actora en el inicio de la misma. Es decir que por falta de esa buena fe inicial, la posesión no era regular (Arts. 764 y 770 C. C.), y que por eso no le servía a la actora para fundar en ella la usucapión ordinaria (Art. 2528 ibidem).

4. - Es cierto que conforme a la preceptiva del artículo 764 citado, para que la posesión sea regular basta que la buena fe exista en el momento de su adquisición, sin que el desaparecimiento posterior de esa fe le quite a la posesión la calidad de regular, suficiente entonces a realizar la prescripción ordinaria. Pero es que, en la especie del pleito, el Tribunal estimó que la buena fe le faltó a la demandante en el principio de la posesión. Por ello la interrogación argumental del sentenciador de que si el causante de la actora no era dueño de la referida cuota de mitad del terreno de que se trata, sino un mero tenedor, "por qué su derechohabiente, o sea la señora Aura Echeverri Velásquez de Ballesteros, admitía a sabiendas su adjudicación en calidad de dominio y propiedad?".

5. - Ahora bien: el juzgador tuvo como medio demostrativo de ese conocimiento y, por lo mismo, de la mala fe inicial de la poseedora, la demanda incoativa de esta litis, en donde, según aquel, la actora reconoció que su causante había sido condenado por las sentencias del juicio de reivindicación a restituir aquella cuota a los reivindicantes, o sea a la parte demandada en el presente juicio.

6. - Mas, en este particular, el recurso está reducido a censurar al sentenciador, por "error de hecho, y también de derecho, en la apreciación de la demanda", no porque encontrase ínsita en ésta la confesión de la actora sobre su conocimiento de la obligación de restituir que al causante de la misma le fue impuesta por las sentencias proferidas en el juicio reivindicatorio, sino porque a ese conocimiento le diera efecto retroactivo a la época en que la actora obtuvo las adjudicaciones del predio en los juicios de sucesión de sus padres, siendo así que para ella, que no fue parte en el dicho juicio reivindicatorio, su conocimiento del mismo "no puede presumirse sino a partir del 28 de enero de 1952", cuando otorgó el primer poder para que se la representase en él y especialmente en el incidente sobre regulación de frutos que había sido propuesto por el mandatario de los reivindicantes.

7. - Haciendo caso omiso del defecto consistente en atacar conjuntamente bajo un mismo cargo, por error de hecho y de derecho en la apreciación de un mismo medio probatorio, lo cual no se aviene con la técnica del recurso extraordinario, siendo de notar, además, que, si ello fuera admisible, el anunciado reparo en cuanto a yerro de derecho o valoración probatoria flaquearía aquí por falta de formal imputación en que concretamente se determinase la preceptiva probatoria que en el sentir del impugnador hubiese sido vulnerada, tiénese que la acusación no está llamada a prosperar por los motivos que se expondrán en seguida.

8. - Tres razones aparentes, relacionadas con el apoyo que de la sentencia se contempla, ensaya el recurso a intento de sustentar su censura en el particular, a saber: a) la ya referida, de que la confesión hecha en la demanda sobre el conocimiento que tuvo la actora de la obligación de restituir la cuota de dominio perseguida en el susodicho juicio de reivindicación, no tenía efecto retroactivo al momento de las adjudicaciones que a la misma se le hicieron en los juicios de sucesión de sus padres; b) el haber tenido el Tribunal por establecida la "identidad jurídica de personas del causante y la derechohabiente en lo que respecta a la posesión", y aun más en lo relativo a la supuesta tenencia en que el sentenciador vió convertida la posesión de Bernardo Echeverri J., por causa de la condenación a restituir que se le impuso en el juicio reivindicatorio; y c) la errónea apreciación del certificado número 16 del Registrador de Filandia, según el cual sobre la finca "El Danubio" no aparece vigente registro de demanda civil, contra lo que afirma el Tribunal.

9. - La primera de estas razones resulta ineficaz, porque el deducir de lo confesado en la demanda, si su autora, en el momento de hacérsele las adjudicaciones de la finca "El Danubio", tenía conocimiento de la condena a restituir impuesta a su causante en el juicio reivindicatorio, es una cuestión de hecho cuya determinación incumbía al juzgador en uso de su discreto poder de apreciación de la prueba; y para que el resultado de esta operación dialéctica pudiera serle castigado en casación, se requeriría que el cargo le demostrase que su conclusión fue contraevidente. Pero, no es ello lo que logra la censura, cuando sólo se detiene a afirmar que los dichos de la demanda reveladores de aquél conocimiento no podían referir éste a una época anterior al día en que la actora otorgó un poder para ser representada en aquel juicio de reivindicación. Quiere, pues, decir que entre el sentido que el acusador le da, en el punto, a la demanda, y la interpretación que de la misma hace el Tribunal, es ésta la que prevalece, amparada por la presunción de acierto.

10. - Tampoco es procedente la segunda de las referidas razones, porque no es exacto que el Tribunal diera por sentada la "identidad jurídica de personas del causante y la derechohabiente en lo que respecta a la posesión", ya que, como punto de partida de su examen, no consideró injurídico el que la causahabiente de Bernardo Echeverri J. pretendiera realizar en su cabeza la prescripción adquisitiva a virtud de una posesión ejercida a partir del registro de la adjudicación de la finca en las sucesiones de sus padres; y si no le franqueó el paso a la

prescripción ordinaria, fue porque se atuvo al conocimiento que dicha causahabiente tenía de la obligación de restituir impuesta a su autor en el juicio de reivindicación, conocimiento que implicaba su carencia de buena fe y que, por lo mismo, la inhabilitaba para usucapir en forma ordinaria contra los imperativos de esa obligación, en que ella era sucesora. Vale decir que la identidad jurídica de personas entre el finado Bernardo Echeverri J. y su sucesora Aura Echeverri Velásquez, sólo la contempló el fallador en relación con las obligaciones a que el primero fue condenado en el juicio de reivindicación en favor de la parte demandada en el presente. Sobre ello son categóricas las afirmaciones de la sentencia. Al efecto, dijo así el Tribunal: "La señora Aura Echeverri Velásquez de Ballesteros es causahabiente a título universal del señor Bernardo Echeverri J. demandado en el juicio ordinario de reivindicación instaurado por la sociedad conyugal disuelta de los señores Belisario Henao y Emperatriz Cárdenas, de conformidad a las adjudicaciones que se le hicieron en los juicios de sucesión del citado señor Echeverri J. y de la señora Ana Julia Velásquez de Echeverri. Como causahabiente que es la demandante, señora Echeverri Velásquez de Ballesteros, del vencido en el juicio ordinario anterior, se halla obligada jurídicamente a las prestaciones de la sentencia decisoria respectiva. Entre la señora Echeverri Velásquez de Ballesteros y el señor Bernardo Echeverri J. existe identidad jurídica de personas obligadas a las declaraciones de aquella sentencia, en orden a las cuales, la sociedad conyugal disuelta de Belisario Henao y Emperatriz Cárdenas es dueña de la mitad del lote de terreno singularizado en la escritura pública número 1091, de noviembre 4 de 1911, de la Notaría Pública del Circuito de Armenia, título de dominio de los señores Belisario Henao y Bernardo Echeverri J. con la obligación de la señora Echeverri Velásquez de Ballesteros de 'restituir a la sociedad conyugal ilíquida Henao Cárdenas..... la expresada mitad del inmueble en referencia, dos días después de ejecutoriado el fallo" (se subraya).

11. - De igual modo es inane la razón tercera, de que el sentenciador no hubiese visto que el certificado del Registrador de Filandia aducido a este juicio afirma no existir demanda sobre la finca denominada "El Danubio", que en dicho certificado se relaciona tal como fue ulteriormente asignada a Aura Echeverri de Vélez en la liquidación de la sociedad conyugal que tuvo con Vicente Vélez Mejía, en el juicio de separación de bienes promovido por éste, porque, siendo así que esa certificación no singulariza por sus linderos propios el lote de terreno en que radica la cuota de dominio de la parte demandada y que fue objeto del juicio reivindicatorio, ni tampoco relaciona el contrato de la escritura número 1091 de 4 de noviembre de 1911, de la Notaría de Armenia, por la cual Belisario Henao y Bernardo Echeverri adquirieron en común y por igual el dicho lote de terreno, la atestación del registrador de no existir pleito pendiente sobre la antedicha finca de "El Danubio" no es argumento demostrativo de que la actora hubiera ignorado la existencia de aquel litigio en cuanto al lote de la escritura número 1091, y sus resultados; y porque por encima de cualquiera otra consideración está la del conocimiento personal que de todo ello tuvo la demandante en el comienzo de su posesión, conforme a la confesión que el Tribunal encontró en la demanda y cuya interpretación por él, según está dicho atrás, no ha sido desvirtuada en el recurso.

12. - Por sabido se tiene que la apreciación de la mala fe importa una cuestión de hecho que por su misma naturaleza se coloca bajo la ponderación discrecional del sentenciador, cuyo dictamen al respecto no es susceptible de quiebra en casación, salvo que de manera formal se le convenza de contraevidencia manifiesta. Por ello y habiendo sido frustráneos en el particular los argumentos de la censura, resulta que la base del pronunciamiento recurrido, consistente en que a la posesión de la actora le faltó la buena fe inicial o sea que en el principio la animó la fe opuesta y que, en tal virtud, no pudo generarse la prescripción adquisitiva ordinaria, queda en pie.

13. - Tiénese, además, que el recurso deja

intacta la consideración que también es fundamental en el fallo, consistente en que Aura Echeverri Velásquez, como causahabiente a título universal de Bernardo Echeverri J. es sucesora del mismo en sus obligaciones transmisibles, y, por lo tanto, en la que a éste se le impuso en el juicio reivindicatorio, de restituir la mitad pro indiviso del consabido lote de terreno a los demandados del presente. Ahora bien: una de las consecuencias jurídicas ineludibles de esa situación sería la de que Aura Echeverri V., personalmente obligada, a fuer de causahabiente, a esa restitución (art. 1155 C. C.) y sabedora de tal condena, inviste, cual si fuese el propio causante, la calidad de tenedora, calidad que el Tribunal vió acertadamente en aquél, en cuanto la tenencia consiste en ejercer un poder de hecho sobre una cosa, sea con el permiso y por cuenta del propietario, sea en virtud de una habilitación de la ley o de la justicia. Así que ella, por su mera voluntad, no podría transmutar su tenencia en posesión (arts. 775, 777 y 780 ibid.). Se requeriría, para que pudiera asumir la calidad de poseedora, que ocurriese la interversión del título de su tenencia, tal como el artículo 2531 ibid. en su regla tercera considera semejante fenómeno: pero, entonces, esa posesión no sería la ordinaria decenal, sino la extraordinaria de que el mismo texto trata y cuyo lapso consumativo es de veinte años según el artículo 1º de la Ley 50 de 1936. Mas, no es ésta la precisa materia del presente litigio, el que se ofrece estructurado sobre la pretensión de usucapión ordinaria deducida por la actora, como motivo de extinción del derecho de los demandados a obtener la restitución decretada a su favor en la acción reivindicatoria, pretensión, que según ya se vió, es frustránea.

14. - Por todas las razones expuestas, el primero de los cargos que se estudian queda condenado al fracaso, como también el segundo, puesto que si el derecho principal de los demandados a la restitución de la cuota de dominio que se ordenó a su favor en el juicio reivindicatorio está vigente en contra de Aura Echeverri V. como sucesora de Bernardo Echeverri J., ninguna repercusión —aunque el Tribunal hubiera podido no entenderlo así— contra la existencia de ese derecho pueden tener las viscisitudes de los accesorios del mismo, como serían la liquidación y pago de frutos y mejoras, consecuencia obligada de la reivindicación, dado que la suerte de lo principal no depende de la de lo accesorio, sino que la regla es la contraria.

No prospera, pues, el recurso.

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintidos (22) de septiembre de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Blanco Cabrera, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

REIVINDICACION

Quebranto de la ley sustancial. Versando el juicio sobre dominio y reivindicación es forzoso citar las normas sustanciales que los consagran.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., veintinueve de enero de mil novecientos setenta.
(Magistrado Ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobada Acta Nº 4 de 21 de enero de 1970).

Se entra a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en el juicio ordinario promovido por Jorge Luz Rojas y María Teresa Pulido de Rojas contra Alfonso Mendoza Moreno.

Antecedentes

Por escritura pública número 6.536 de 21 de diciembre de 1960, de la Notaría 4ª de Bogotá, Severiano González Poveda, José Jimeno González Fernández y Rosa María Fernández de González adquirieron de Alfonso Gómez Parra un globo de terreno conocido con el nombre de "La Yacuana", ubicado en jurisdicción del Municipio de Puerto López, Departamento del Meta.

Por escritura pública número 6.269 de 24 de noviembre de 1961, de la Notaría 4ª de Bogotá, los citados adquirientes enajenaron en favor de Isabel Castiblanco de Corredor una porción del referido globo, distinguida con el nombre de "Santa Isabel", con una extensión de 300 hectáreas.

Por escritura pública número 4.478 de 24 de agosto de 1962, de la Notaría 4ª de Bogotá, Isabel Castiblanco de Corredor vendió al mismo Severiano González Poveda atrás mencionado el inmueble "Santa Isabel" a que acaba de hacerse referencia. Esta escritura solo vino a ser debidamente registrada el 13 de diciembre de 1964.

Por escritura pública número 5.151 de 26 de octubre de 1964, de la Notaría 4ª de Bogotá, registrada el 4 de diciembre siguiente, Severiano González Poveda vendió dicho inmueble "Santa Isabel" a Alfonso Mendoza Moreno.

Y por escritura pública número 6.665 de 1º de diciembre de 1962, de la Notaría 4ª de Bogotá, registrada debidamente el 3 de enero de 1964, Severiano González Poveda, José Jimeno González Fernández y Rosa María Fernández de González vendieron parte del globo "La Yacuana", citado en un principio, a Jorge Luz Rojas y María Teresa Pulido de Rojas, parte que quedó distinguida con el nombre de "Hato Viejo", y cuya extensión se estimó en 800 hectáreas.

Con base en los hechos anteriores, y afirmando además que el inmueble "Santa Isabel" comprado como acaba de verse por Alfonso Mendoza Moreno, y poseído materialmente por éste, forma parte integrante del inmueble "Hato Viejo" adquirido por éllos Jorge Luz Rojas y María Teresa Pulido de Rojas demandaron en juicio ordinario reivindicatorio a Alfonso Mendoza Moreno, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto López. solicitando se les declarara dueños del aludido inmueble "Santa Isabel", y se condenase a éste último a restituirlo a aquéllos con sus frutos.

Adelantado el juicio con la oposición del demandado, el Juzgado a-quo remató la primera instancia absolviendo a la parte demandada de los cargos contra ella formulados en la demanda. Apelado este fallo por

la parte actora, el Tribúnal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio lo revocó mediante sentencia de 9 de febrero de 1967, que acogió todas las peticiones de la demanda.

La Sentencia del Tribunal

En la parte medular de su fallo, el Tribunal da por establecido, fundándose en los títulos aducidos por las partes, y en la inspección ocular y en el peritazgo practicados en la segunda instancia, que efectivamente el inmueble "Santa Isabel" objeto de la acción está comprendido dentro de los linderos del inmueble "Hato Viejo" adquirido por los demandantes. Y como encontró que los títulos aducidos por los actores prevalecían sobre los del demandado, y en general halló acreditados los elementos de la acción reivindicatoria, con base en todo ello despachó favorablemente las peticiones de la demanda.

La Demanda de Casación

Se formula en esta un solo cargo, dentro de la causal primera del artículo 52 del Decreto-ley 528 de 1964, cargo que el recurrente enuncia genéricamente así: "la sentencia acusada es "violatoria de ley sustancial" por "infracción directa", por "aplicación indebida" y por "interpretación errónea", por cuanto se "apreciaron errroneamente" algunas pruebas, se dejaron de apreciar otras, habiéndose incurrido, por lo tanto, en error de hecho y en error de derecho que aparecen ostensibles de modo manifiesto, en el expediente".

En desarrollo de la acusación, dice que de la inspección ocular practicada en la segunda instancia resulta establecido que "Santa Isabel" no está incluida en "Hato Viejo", sino que uno y otro predio son colindantes; que si bien es cierto que en la escritura por medio de la cual los demandantes adquirieron a "Hato Viejo" se cometió un error de redacción, puesto que allí se fijó como lindero de este inmueble la carretera Villavicencio-Puerto López, en lugar de la carretera o camino que va de "Las Lomas" a "Mata de Yuca", tal equivocación no puede servir de apoyo a la conclusión de que "Hato Viejo" comprende a "Santa Isabel"; que entonces hubo un ostensible error de hecho y de derecho del Tribunal "al valorar o estimar las diligencias de inspección ocular y los croquis o planos levantados, dándoles un valor que no tienen"; que estos errores de hecho y de derecho se hacen más palpables ante los dictámenes de los tres peritos que conceptuaron sobre el particular en la segunda instancia, pues el total desacuerdo entre éllos hace que nada prueben, y ante el peritazgo practicado en la primera instancia, en el cual dos de los tres peritos estuvieron de acuerdo en que "Santa Isabel" no está enclavada en "Hato Viejo", dictamen este último que el Tribunal omitió tener en cuenta, por lo cual incurrió en errores de hecho y de derecho que lo llevaron" a violar escuetamente la ley sustancial, por la falta de apreciación de esas pruebas y por errónea o equivocada apreciación o valoración de las diligencias de inspección ocular de la segunda instancia y de los dictámenes allí mismo verificados, lo mismo que los de la primera".

Dice también que otro error del Tribunal consistió en que no obstante sentar la premisa de que no existía precisión en los linderos de las fincas, sacó luego conclusiones contrarias a tal premisa.

En seguida expresa que en el fondo el Tribunal acogió la tesis esbosada en la demanda de que por haber adquirido Severiano González el inmueble 'Santa Isabel" con posterioridad al registro en favor de los demandantes de la escritura por la cual el mismo González, junto con Jimeno González Fernández y Rosa María Fernández de González, enajenó a aquéllos el inmueble "Hato Viejo", operó en beneficio de dichos demandantes, el fenómeno previsto en el artículo 752 del C. C. Tesis que el recurrente critica diciendo que quienes enajenaron "Hato Viejo" a los demandantes fueron los tres comuneros citados, no únicamente Severiano González Poveda; al paso que el inmueble "Santa Isabel", que los mismos tres comuneros habían vendido a Isabel Castiblanco de Corredor, lo adquirió González Poveda exclusivamente para sí, no

para él y los otros dos comuneros mencionados, pues el título de adquisición así lo expresa "y nadie, por osado que sea, puede ir más allá de la voluntad de las partes, consignada en los contratos respectivos, válidamente celebrados (arts. 1602, 1618 y 1621 del C. C.). Estas normas también fueron violadas por el H. Tribunal fallador". Y si González Poveda vendió al demandado Alfonso Mendoza Moreno el inmueble "Santa Isabel", obrando como dueño único del mismo, "sin tener en cuenta para nada los vínculos de comunero que existían para otras negociaciones anteriores", entonces es absurdo sostener "que al perfeccionarse la compraventa celebrada entre don Severiano González Poveda con la señora Isabel Castiblanco de Corredor" se operó el fenómeno previsto por el artículo 752 del C. C., máxime si ese inmueble no le fue vendido a los demandantes por los tres comuneros, ni por González Poveda. Al vender los comuneros el inmueble "Hato Viejo" a los demandantes, no tuvieron la intención de transferir el inmueble "Santa Isabel", pues ya lo habían vendido a Isabel Castiblanco de Corredor, y por lo mismo no pertenecía a la comunidad.

"Se violó, pues, escuetamente en el fallo acusado, dice a esta altura del cargo el recurrente- el artículo 752 del C. C., lo mismo que los artículos 1873, 778, 2657, 1857. 1500, 762, 673, 749, 669, 745, 740, 741, 756, 785, 765 inc. tercero, del Código Civil, por cuanto se pasó por encima de tales mandatos de la ley sustantiva, al desestimar la prueba contenida en los títulos de propiedad..... que dicen relación con la adquisición del derecho de propiedad..... por mi mandante y demandado señor Alfonso Mendoza Moreno, títulos todos respaldados por sus correspondientes certificados expedidos por el Registrador..... conforme al art. 635 del C. J.. en armonía con el 630 ibidem, que también fueron violados directamente por el Tribunal..... ya que desestimó, además, el valor probatorio de tales documentos que, por otra parte, constituyen plena prueba al tenor de los artículos 1758 y 1759 del C. C., normas sustanciales estas que igualmente se violaron.....'".

Agrega el recurrente que el Tribunal no tuvo en cuenta la prueba resultante de la presunción legal de propiedad que surge de la posesión, conforme al art. 762 del C. C., y según el cual "a falta de otras pruebas, (que aquí no faltan sino que abundan suficientes), debe reputarse como dueño al poseedor mientras otro no justifique serlo (arts. 66 y 1757 del C. C. y art. 660 del C. J.". Disposiciones estas que el recurso señala también como violadas, pues el Tribunal desechó "la plena prueba que surge de la presunción legal que en ellas se contempla, máxime cuando los demandantes no han justificado ningún derecho sobre "Santa Isabel".

Supone a continuación el recurrente, en gracia de discusión, que los comuneros hubieran enajenado a los demandantes el inmueble "Santa Isabel", para deducir que en tal hipótisis esa enajenación no habría tenido eficacia, pues con anterioridad aquéllos lo habían vendido a Isabel Castiblanco de Corredor, de quien el demandado es causahabiente, mediante escritura que tiene prevalencia sobre la otorgada en favor de los demandantes. En esa misma hipótesis, entonces, los demandantes sólo tendrían acción de saneamiento contra los comuneros enajenantes.

Insiste luego el recurrente en que los demandantes no han demostrado derecho alguno sobre "Santa Isabel", y que en cambio el demandado acreditó ser el verdadero dueño de dicho inmueble mediante una cadena contínua e ininterrumpida de títulos constituída por las escrituras por las cuales la comunidad tantas veces citada adquirió el globo "Yacuanas", ésta enajenó a Isabel Castiblanco de Corredor; ésta a su turno a Severiano González Poveda; y por último éste al demandado Mendoza Moreno. Agregando que los demandantes preclaman "a la sombra de un simple error... que se encuentra en el título de permuta perfeccionado a su favor, consistente en haber hecho figurar, sin reflexión alguna, tenden maliciosamente el dominio que repor descuido e imprudencia suyos, en el tex-

to de la correspondiente escritura", un lindero que no corresponde a la realidad, error que, si perjudica a los demandantes, no puede afectar a terceros inocentes y ajenos a esa negociación. Por eso, dice luego el recurso, es absurdo que el Tribunal se hubiera limitado a hacer una comparación entre los últimos títulos de las partes, en vez de haber tenido en cuenta los que forman la cadena que culmina en el del demandado, de acuerdo con los cuales es éste el verdadero y exclusivo dueño del inmueble objeto de la acción reivindicatoria.

"En consecuencia -dice el recurrente para rematar esta parte de la demanda de casación- el H. Tribunal que suscribió la sentencia acusada, como puede verse y ha quedado establecido y planteado en el cuerpo de este escrito, violó la ley sustancial por infracción directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea,como que hubo de su parte falta de apreciación de muchas y sustanciales pruebas, interpretó erróneamente otras, y, por lo tanto, incurrió en errores de hecho y de derecho, que aparecen de modo claro, manifiesto, inequívoco y protuberante en las páginas del expediente".

Termina el recurrente haciendo una síntesis de sus alegaciones, en uno de los pasajes de la cual afirma que en la apreciación de la inspección ocular de segunda instancia, de los dictámenes periciales de ambas instancias, de los títulos de los demandantes, y de los croquis y planos que obran en autos, incurrió el Tribunal en errores de hecho y de derecho "que lo llevaron a violar la ley sustancial, por interpretación errónea".

Se Considera:

De conformidad con el numeral 1º del art. 52 del Decreto Ley 528 de 1964, el error jurídico implicativo de quebrantamiento de la ley sustancial puede, para efectos del recurso de casación, presentarse bajo tres modalidades, es a saber: la infracción directa, la aplicación indebida y la errónea interpretación. Hay infracción directa, cuando se ha omitido aplicar a la cuestión de hecho juzgada la norma legal llamada a gobernarla, y por eso, en este caso se habla con mayor propiedad, de falta de aplicación; hay aplicación indebida, cuando dicha cuestión ha sido enjuiciada en función de una norma legal no llamada a regularla jurídicamente; y hay interpretación errónea, cuando si bien la norma aplicada al caso era la pertinente, no obstante ha sido entendido inexactamente por el juzgador lo preceptuado en ella.

Como fácilmente se deduce de la naturaleza misma de cada una de las dos modalidades primeramente indicadas, ellas no pueden coexistir o presentarse simultáneamente respecto de una o unas mismas normas, pues los fenómenos en que respectivamente consisten se excluyen entre si por contraposición. En efecto, es un imposible lógico que una misma norma haya dejado de ser aplicada debiendo serlo, y a la vez haya sido aplicada no debiendo serlo. Y por lo que hace a la tercera forma de infracción, ésta, como se desprende de lo dicho, específicamente consiste en que el sentenciador al aplicar la norma correspondiente a la materia, lo haya hecho inadecuadamente, dándole alcance o efecto que no le competen; por lo que al acusarse por aplicación indebida, en razón de haberse hecho por el Juzgado uso de un texto sustancial no llamado a gobernar la cuestión debatida, mal podría situarse esta última ocurrencia dentro del específico caso de la interpretación errónea, tal como se acaba de describir.

Siendo conveniente advertir aquí que la modalidad consistente en errónea interpretación de la ley sustancial no puede presentarse, y así lo tiene definido la doctrina, con razones obvias, cuando la vía por la cual se pretende producido dicho tipo de quebranto es la indirecta, es decir, al través de errores de hecho o de derecho en que el sentenciador haya caído al apreciar la prueba. Pues si la errónea interpretación de una norma legal supone de suyo que ella era la adecuada a la situación de hecho juzgada, entonces es porque necesariamente existe conformidad entre el recurrente y el

sentenciador respecto a la apreciación probatoria de la cuestión de hecho. A lo que el error en la apreciación probatoria conduce, es a la aplicación indebida o a la falta de aplicación. En síntesis, pues, tratándose de violación por vía indirecta de la ley sustancial, el campo de impugnación por la causal primera de casación queda restringido a la falta de aplicación y a la aplicación indebida, mas siempre bajo el entendimiento primordial de que respecto de una misma norma ellas son incompatibles.

Sentado todo lo anterior, bien se comprende que la naturaleza del recurso de casación, especialmente manifestado en cuanto a la claridad y precisión con que la demanda debe formular los cargos, exige particularmente que, cuando de la causal primera se trate, individualice el censor de manera inconfundible por cuál de las modalidades indicadas se ha producido el quebrantamiento de las normas sustanciales que señale como desatendidas, teniendo en cuenta que, según se observó atrás, todas ellas pueden operar cuando el quebrantamiento se ha producido por vía directa, y sólo las dos primeras, o sean la falta de aplicación y la aplicación indebida, cuando por la indirecta. No hacerlo así- y a la postre a ello equivale plantear la violación de una misma norma por más de una de dichas modalidades- equivale a dejar a la Corte en estado de perplejidad respecto a un punto que, como ese, es trascendental dentro de la proposición del cargo, y cuyo esclarecimiento y definición deja la ley exclusivamente a la iniciativa del recurrente, en ninguno a la de la Corte. Sabido es que la Corte no puede cumplir la tarea jurisdiccional que en cuanto órgano de casación le compete, sino dentro del itinerario lógico que al proponer los cargos le trace el recurrente, y que por ello no le es dado completar o perfeccionar ese derrotero cuando resulte trunco o defectuoso.

Que en la órbita de la causal primera no puede acusarse una sentencia aduciendo, respecto de una misma norma y dentro de un mismo cargo, la violación de aquella simultáneamente por más de una de las modalidades que se han venido contemplando, lo tiene ya decidido la Corte. Así, en sentencia de fecha 18 de agosto de 1961 (G. J. 2.242,T. XCVI, Pág. 231), dijo:

"En casación el quebranto directo de la ley sustancial puede producirse por una cualquiera de las tres formas que señala el primer inciso de la causal primera establecida por el art. 520 del C. J., formas consistentes en la falta de aplicación, en la aplicación indebida y en la interpretación errónea. Se trata de tres formas de violación de la ley sustantiva, distintas en su naturaleza y efectos doctrinarios, puesto que la primera se cumple por omisión: no haber apelado al texto llamado a resolver la litis; la segunda, por todo lo contrario, por acción, es decir, por haber llamado a resolverlo un texto ajeno al problema; y la tercera, por haberse equivocado en el significado, sentido o alcance de la norma legal. (Cas. LXXX, 2.170, 198; LXXIX, 2.150, 504 y 553).....".

Doctrina esta sostenida también en auto de tres de noviembre de 1966, no publicado aún, juicio de Napoleón Castillo Corredor contra Evangelino Hernández y otra.

La anomalía técnica de que se ha venido hablando se presenta de modo protuberante en la demanda que ahora la Corte tiene a su consideración, pues la violación indirecta de la ley que en ella se invoca, se hace radicar simultáneamente en la falta de aplicación, en la aplicación indebida, y en la errónea interpretación de cada una de las disposiciones legales que se citan como infringidas. Sin que valiese, para despejar y superar este defecto, echar mano de algún pasaje aislado de la demanda en que expresamente se dice que las aludidas disposiciones legales fueron violadas por errónea interpretación, y entender así que éste fue en realidad el modo o motivo único de violación que se tuvo la intención de alegar. Pues la tal errónea interpretación se pretende allí producida a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas. es decir, por el camino de la violación indirecta, al cual, como se dejó visto atrás, no es conducente a errónea interpretación de la ley.

Además de los defectos sustanciales que se dejan destacados, en la demanda de casación bajo examen se da otro que por sí solo, como aquéllos, frustra también las pretensiones del recurrente. Y es el de que, versando este juicio sobre ..... el derecho de dominio en un bien y la reivindicación de éste, no se remite a dudas que en la controversia juegan papel fundamental y decisivo las normas de derecho sustancial consagratorias de aquél derecho y de esta acción, normas que por lo tanto no podían faltar en la integración de la proposición jurídica que el recurrente vencido en las instancias tenía que plantearle a la Corte al formular su demanda de casación, pues la demostración de la violación de ellas era ineludible dentro del propósito de lograr que el fallo de segunda instancia fuera casado. Mas si se revisa el elenco de normas que concretamente la demanda señala como infringidas, de inmediato se advierte cómo entre ellas no figuran las aludidas, ni tampoco que en el cuerpo de las alegaciones y razonamientos se las haya tenido en cuenta.

Quiere decir, entonces que en la demanda no está contenida una proposición jurídica completa, y que por consiguiente, en el supuesto de que hubieran sido quebrantadas las normas que allí se señalan como infringidas, por cortedad o estrechez de la acusación no podría llegarse a la infirmación del fallo acusado. Una circunstancia como esa hace inútil y baldío el recurso.

Los defectos de la demanda de casación que se dejan observados son suficientes, sin necesidad de llamar la atención acerca de otros de que también adolece aquélla, para rechazar por inepta la acusación.

Resolución:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el juicio ordinario promovido por Jorge Luz Rojas y María Teresa Pulido contra Alfonso Mendoza Moreno, fechada el nueve (9) de febrero de mil novecientos sesenta y siete.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

César Gómez Estrada, Guillermo Ospina Fernández, Ernesto Cediel Angel, Ernesto Blanco Cabrera, Enrique López de la Pava, Gustavo Fajardo Pinzón.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

REIVINDICACION

Derecho real de herencia. Efectos de la cesión cuando es genérica y cuando se vincula a determinados bienes.

Sala de Casación Civil. — Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández.

Bogotá, treinta de enero de mil novecientos setenta.

(Sentencia discutida y aprobada en sesión de fecha 27 según acta número 5).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el Instituto Homeopático Luis G. Páez contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio que le promovieron María del Carmen Figueroa v. de Delgado y otros.

El Litigio

María del Carmen Figueroa v. de Delgado, María Elisa Delgado, Marina Delgado de González, Rebeca Delgado de Ricaurte, Berta Delgado de García y Ramiro Delgado C. citaron a juicio ante el Juzgado 10º Civil del Circuito de Bogotá al Instituto Homeopático Hahneniano Luis G. Páez para que por los trámites de la vía ordinaria se hiciesen las siguientes declaraciones y condenaciones: a) que los actores en este juicio, en su condición de herederos de Roberto Delgado Albarracín y de adjudicatarios en la sucesión del mismo "son dueños y les pertenece en pleno dominio y propiedad del veinticinco por ciento bruto (25%) o cuarta parte bruta de los siguientes bienes hoy en cabeza del Instituto Homeopático Luis G. Páez...:

1º "Cuarta parte bruta o veinticinco por ciento bruto en el lote o globo de terreno denominado 'El Páramo del Verjón o Nuevo Edén', ubicado en el Distrito Especial de Bogotá y alindado como se expresa en este numeral;

2º "Cuarta parte bruta o veinticinco por ciento bruto de la casa de paredes de adobe y teja de barro, de construcción antigua, junto con el lote en que se encuentra edificada y su solar, ubicada en el barrio o urganización Granada, del barrio de Chapinero de la ciudad de Bogotá, distinguida..... hoy con el Nº 65-58 de la Carrera 5ª" y alindada como se indica en este numeral;

3º "Cuarta parte bruta o veinticinco por ciento bruto de la casa de paredes de adobe y teja de barro, de construcción antigua, junto con el lote en que se encuentra edificada y su solar, ubicada en el barrio o urbanización Granada del barrio de Chapinero de la ciudad de Bogotá, distinguida..... hoy en la nueva nomenclatura con el Nº 65-50 de la Carrera 5ª" y alindada como se indica en este numeral;

4º "Cuarta parte bruta o veinticinco por ciento bruto del lote de terreno denominado Monte Varela, ubicado en la vereda o fracción de Varela o Varella del Municipio de Chiquinquirá, que mide doscientas una y media fanegadas" alindado como se indica en este numeral;

5º "Cuarta parte de las acciones de la compañía para la explotación de las minas de esmeraldas, ubicadas en Muzo, y que son cuatro conocidas con los nombres de 'El Potosí', de San Luis, y cinco restantes llamadas 'La Golconda', 'La Redención', 'La Esperanza', 'La Colchida' y otra en el occidente del Departamento de Boyacá, y otras tres llamadas 'La Princesa', 'La Fenicia' y 'Semiramis', ubicadas en Ubalá y redimidas a perpetuidad";

6º "La cuarta parte bruta o veinticinco por ciento bruto de la suma de $ 37.000 moneda corriente, obtenidos por el Instituto demandado, por exención de impuestos prediales, devolución de impuestos de sucesiones y donaciones, y en los juicios del Banco de Colombia contra la sucesión de Luis G. Páez y tercerías en dicho juicio, que cursaron en el Juzgado 5º Civil del Circuíto de Bogotá";

7º "Cuarta parte bruta o veinticinco por ciento bruto del producido de los bienes enumerados en los puntos anteriores desde que ingresaron al patrimonio del Instituto demandado,hasta que se verifique su entrega a los demandantes;

b) que los actores son condueños con el Instituto Homeopático Luis C. Páez en el veinticinco por ciento de los bienes determinados en la petición anterior en las siguientes proporciones: María del Carmen Figueroa v. de Delgado 2/5 partes, María Elisa Delgado de Parra en 1/5 parte; Berta Delgado de García en 1/10 parte; Rebeca Delgado de Ricaurte en 1/10 parte; María o Marina Delgado de González en 1/10 parte, y Ramiro Delgado en 1/10 parte;

c) que el Instituto demandado debe entregarles a los actores en la preindicada proporción el veinticinco por ciento de los frutos de los bienes relacionados en la petición primera, desde el 3 de noviembre de 1951, en que le fueron adjudicados a aquél o, en subsidio, desde el registro de la partición, y hasta la liquidación de la comunidad;

d) que el Instituto demandado debe pagarles a los actores "no sólo los frutos percibidos y que ha debido percibir con mediana inteligencia y cuidado" sino también los perjuicios por la falta de entrega al doctor Roberto Delgado Albarracín y a sus sucesores del veinticinco por ciento de los bienes relacionados en la petición primera y en la partición de la mortuoria del doctor Luis G. Páez y de los frutos de tales bienes "que le pertenecían en virtud de las estipulaciones contenidas en el contrato consignado en la escritura pública Nº 1189 de 28 de junio de 1928 de la Notaría 5ª de Bogotá; y

e) que el Instituto demandó sea condenado en las costas del juicio".

Los hechos en que se funda la causa petendi, expuestos en el libelo, primeramente a manera de alegato y, después de formuladas las súplicas, como un complemento de dicho alegato, pueden sintetizarse así: el doctor Luis G. Páez instituyó como su heredero universal al Instituto Homeopático Luis G. Páez, pero los bienes pertenecientes a la sucesión de aquél fueron "gravados, vendidos y malversados por el albacea", por lo cual dicho Instituto celebró con el doctor Roberto Delgado Albarracín el contrato de que da cuenta la escritura pública número 1189 del 28 de junio de 1928 otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá, por el cual Delgado Albarracín se obligó a adelantar, en representación y defensa del Instituto, las acciones judiciales que ya estaban en curso, especialmente las que se ventilaban en los Juzgados 5º, 6º y 7º Civiles del Circuito de Bogotá, a saber: el juicio ejecutivo del Banco de Colombia contra la sucesión de Luis G. Páez y Delfín Restrepo, el de sucesión del nombrado Luis G. Páez y el ejecutivo del Banco Hipotecario de Colombia contra Delfín Restrepo; igualmente se obligó Delgado a iniciar y adelantar las demás acciones judiciales y arreglos extrajuicio tendientes a "salvar los bienes que le correspondían (al Instituto) como heredero del Dr. Luis G. Páez y que estaban en poder de terceros o gravados indebidamente"; en fin, también se obligó Delgado a sufragar todos los gastos y costas de los juicios y gestiones de que se encargaba, sin derecho a reembolso, salvo el caso de que el Instituto le retirase los poderes sin justa causa; en compensación de las labores y gastos a cargo de Delegado y que este realizó durante 21 años, el Instituto demandado, en el propio contrato, le hizo la cesión concebida en los siguientes términos: "ceden (los representantes del Instituto) en propiedad a Roberto Delgado A. desde ahora y para siempre una cuota equivalente al veinticinco por ciento (25%) de todos los bienes y valores que bien sea

por disposición testamentaria, a título de heredero o por razón de las acciones judiciales ya iniciadas o que en lo sucesivo se inicien por el doctor Delgado como apoderado del Instituto o que entren en su dominio en virtud de arreglos o transacciones en que intervenga el mismo Delgado A. para con terceros, cuarta parte que se tomará del producto bruto de esos bienes o valores sin que pueda ser desminuída sino por causas legales debidamente comprobadas, tales como descuido y abandono de los pleitos"; como, en virtud de la precitada estipulación, Delgado fue reconocido por el Instituto "como condueño", éste último también se obligó "a no enajenar ni gravar los bienes, derechos y valores en cuya defensa esté interesado Delgado A. sin dar a este da. Y se entiende por interés el hecho de noticia previa de cada operación proyectaque Delgado A. por sí o por medio de sustituto haya intervenido judicial o extrajudicialmente en relación con los bienes, derechos o valores, que van a ser objeto de la enajenación o gravamen. Delgado A. tiene derecho a que se le entregue parcialmente el veinticinco por ciento estipulado sobre cada bien o valor, a medida que estos entren en la posesión o tenencia del Instituto"; "como el Instituto no podía hacer entrega del dominio a Delgado A. mientras no se le transfiriera por el modo sucesoral, partición los bienes que Delgado A. iba recuperando. los administraba tomando para sí el veinticinco por ciento bruto, y entregando el resto a la Institución"; en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, Delgado recuperó para el Instituto las casas ubicadas en la Carrera 5ª del Barrio Granada determinadas en la parte petitoria del libelo: intervino en los juicios mencionados en la cláusula primera de la escritura y liberó al Instituto del pago de la suma de $ 26.000.00; obtuvo el reintegro de $ 6.000.00 por concepto de impuestos de sucesión de Luis G. Páez y la exoneración de impuestos prediales que se le cobraban ejecutivamente al Instituto heredero; en el litigio entre éste y Ernesto Cifuentes iniciado en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá y fallado definitivamente en favor del Instituto por la Corte Suprema de Justicia, obtuvo la restitución de la finca El Páramo del Verjón o Nuevo Edén; atendió al juicio sucesorio de Luis G. Páez hasta el día de su muerte (de Delgado) ocurrida el 14 de noviembre de 1959, juicio en que no se habían inventariado los bienes relictos en espera de la decisión de los múltiples litigios y arreglos extrajudiciales relativos a tales bienes, a lo que se agrega que Delgado tuvo que gestionar la reconstrucción del referido juicio sucesorio destruído el 9 de abril de 1948; por la eficiencia e interés de que dió muestras Delgado en el cumplimiento de sus obligaciones durante veintiún años fue mantenido en su encargo, lo que no habría ocurrido en caso contrario; como el deceso del mismo ocurrió el 14 de noviembre de 1949, antes de que el Instituto adquriera el dominio de los bienes a que se refiere la petición primera del libelo, éste no le entregó a aquél el veinticinco por ciento cuota en que era comunero en ese dominio y que les fue adjudicada a los actores en la partición del sucesorio de Delgado, en las proporciones relacionadas en las súplicas del libelo, pero que tampoco les fue entregada a éstos, sino que el Instituto se ha negado maliciosamente a hacerlo, pese a los requerimientos amistosos en tal sentido y como lo demuestra un memorial datado en junio de 1952. en que dicha entidad niega tener título relativo a las fincas El Edén y Monte Varela, pese a las sentencias proferidas al respecto y a la diligencia de entrega de aquéllas, fechada el 11 de julio de 1938.

El Instituto demandado se opuso a las súplicas del libelo y formuló como excepciones perentorias las siguientes: la de incompetencia de la justicia ordinaria para conocer del litigio en que se ventila "la obligación de transmitir el dominio de unos valores y por causa de prestaciones sociales"; la de prescripción, y la de nulidad de la obligación por carecer el contrato invocado "de todo valor jurídico, por ser acto ejecutado contra lo dispuesto en la ley, como que por incapacidad son las compraventas o cesiones que ejecutan los institutos de utilidad común. Esta nulidad lo es por defecto del consentimiento y por el objeto".

Simultáneamente, el Instituto demanda-

do reconvino a los actores en solicitud de las siguientes declaraciones:

a) que el doctor Roberto Delgado, como mandatario de aquél, no cumplió las obligaciones contraídas según la escritura pública número 1189 del 28 de junio de 1928 otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá, como quiera que dicho mandatario no realizó las gestiones que en este pedimento se putualizan;

b) que, consecuencialmente, el mencionado contrato "debe declararse resuelto o declararse sin ningún valor legal";

c) que los demandados, como sucesores del doctor Delgado deben pagar perjuicios. Subsidiariamente pide la reconvención que se declare:

a) la nulidad absoluta del contrato consignado en la ya referida escritura pública, por ser el Instituto Homeopático Luis G. Páez "incapaz para determinada categoría de actos jurídicos como la compraventa o donación allí pactada, ya que la ley se lo prohibe, en virtud de exigirle determinados requisitos legales para ejecutarla";

b) que, en consecuencia, las partes deben ser restituídas a su estado anterior a la celebración del contrato; y

c) que la parte contrademandada "debe pagar los perjuicios que ha causado con su celebración y demás actos ejecutados por razón de dicho contrato....."

Los hechos fundamentales de esta contrademanda pueden sintetizarse así: entre el Instituto y el doctor Roberto Delgado se celebró un contrato de prestación de servicios profesionales, según la escritura 1189 otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá el 28 de junio de 1928;

b) el doctor Delgado no cumplió ninguna de las obligaciones de que tratan los puntos a), b) y c) del contrato "con grave perjuicio para el Instituto, que por causa de esta mala representación perdió valiosos intereses, todo debido a culpa del doctor Delgado";

c) dicho incumplimiento no solamente consistió en no asumir la representación del Instituto en los juicios en que éste era parte, sino en no haber ejercitado las acciones necesarias para hacer valer los derechos del mismo contra quienes habían sido ilícitamente favorecidos por actuaciones irregulares del albacea testamentario de Luis G. Páez;

d) el doctor Delgado incurrió en culpa porque en la diligencia de entrega de uno de los inmuebles aceptó una oposición de terceros, sin pedir el trámite del incidente propio de estos casos y sin promover las acciones enderezadas a defender la propiedad del Instituto, como también incurrió en negligencia por el hecho de que, habiendo recibido poder del Instituto en 1928, todavía en 1948 ni siquiera se habían inventariado los bienes relictos de Luis G. Páez "sin que valga para ello la excusa de que estaban pendientes acciones judiciales por terminar, porque la titularidad no dependía en el fondo de esas acciones, ya que en el fondo todo era derivado de que el causante Luis G. Páez fuera el propietario, siendo en todo caso necesario perfeccionar la tradición a favor del heredero";

e) "el Instituto se vió obligado a gestionar la representación por otro abogado y atender con su peculio los gastos judiciales"; y

f) el Instituto carecía de capacidad para celebrar el contrato sub lite.

El Juzgado del conocimiento le puso fin a la primera instancia con sentencia desestimatoria, tanto de las súplicas de la demanda principal, como de las del libelo de reconvención.

Por apelación interpuesta por ambas partes surtióse el segundo grado del juicio que remató con fallo por el cual se revocó parcialmente la providencia recurrida y, en su lugar, se dispuso:

"1º Declárase que Roberto Delgado Albarracín, representado en este juicio por María del Carmen Figueroa v. de Delgado, María Elisa Delgado Albarracín de Parra,

María o Marina Delgado de González, Rebeca Delgado de Ricaurte, Bertha Delgado de García y Ramiro Delgado G. son dueños y les pertenece el pleno dominio y propiedad del veinticinco por ciento (25%) bruto, o cuarta parte bruta de la finca denominada "El Páramo del Verjón o Nuevo Edén" ubicado en jurisdicción de Bogotá, D. E. por los linderos señalados en la demanda con excepción de 'la faja de terreno que se inicia en el punto donde se encuentra un cerezo grande en las casas de los Apartaderos y termina en la cordillera de la Picota, hacia el costado occidental'.

"2º Que las personas mencionadas en el ordenamiento anterior son condueños o comuneros con el Instituto Homeopático Luis G. Páez en una cuota equivalente a la cuarta parte bruta o veinticinco por ciento bruto sobre el bien determinado en el punto primero precedente y en las siguientes cuotas o proporciones:

"María del Carmen Figueroa v. de Delgado en dos quintas partes (2/5).

"María Elisa Delgado de Parra en una quinta parte (1/5).

"Bertha Delgado de García en una décima parte (1/10).

"Rebeca Delgado de Ricaurte en una décima parte (1/10).

"María o Marina Delgado de González en una décima parte (1/10).

"Ramiro Delgado en una décima parte (1/10).

"3º El Instituto Homeopático Luis G. Páez, demandado, debe entregar a las personas antes mencionadas, en las proporciones indicadas en el punto anterior, el veinticinco por ciento bruto o cuarta parte bruta de los frutos o productos del inmueble citado en el punto primero de este fallo, desde la fecha de la contestación de la demanda hasta el momento en que se liquide la comunidad.

"4º A la entrega de los frutos, ordenada, deberá preceder el pago o aseguro por parte del demandante, del valor de las mejoras existentes en el inmueble mencionado, el cual se determinará por el procedimiento señalado en el art. 553 del C. J.

"5º Las costas del juicio en una sexta (6ª) parte a cargo del Instituto Homeopático Luis G. Páez".

La Motivación del Fallo Impugnado

Examina los presupuestos procesales y concluye que éllos se ofrecen en el presente juicio. Como el Instituto demandado, al contestar el libelo, propusiera la excepción perentoria de incompetencia de la justicia ordinaria por versar este litigio sobre "la obligación de transmitir el dominio de unos valores por causa de prestaciones sociales, alegadas por los herederos del abogado Dr. Roberto Delgado", observa el sentenciador que esta excepción había sido fallada adversamente como dilatoria 'con base en la consideración de que según las peticiones de la demanda el objeto de la acción no era el reconocimiento y pago de honorarios profesionales, sino el de que se declare que la sucesión representada por los demandantes es dueña de la cuarta parte de los bienes allí relacionados. Por lo tanto, ningún reparo cabe hacer a este presupuesto".

Respecto de la excepción perentoria de prescripción fundada en el hecho de que "desde la fecha en que según la demanda ha debido retribuírse al doctor Delgado a la fecha en que se notificó la demanda ha corrido el término para producirse ella legalmente", considera el sentenciador que es el caso de reiterar su propia doctrina, conforme a la cual la prescripción extintiva de las acciones se interrumpe con la interposición de la demanda respectiva y no con la notificación de esta al demandado. Entonces, expresa el fallo: "De acuerdo con la citada escritura 1189 de 28 de junio de 1928, por los servicios profesionales del doctor Delgado el Instituto demandado le reconocería una cuota equivalente al veinticinco por ciento de los bienes y valores que a título de heredero o por razón de las acciones judiciales o que entren en su dominio en virtud de arreglos o transacciones en que aquél interviniera; y se estipuló que

esa cuota se tomaría del producto de esos bienes o valores. En la citada escritura se convino que 'Delgado A. tiene derecho a que se le entregue parcialmente el veinticinco por ciento (25%) estipulado sobre cada bien o valor, a medida que estos entren en la posesión o tenencia del Instituto'. De manera que la fecha inicial de la prescripción debe contarse respecto de cada negocio en particular".

Sentado el precitado criterio, el Tribunal declara probada la excepción en cuanto a las peticiones referentes a las casas distinguidas con los números 450 y 452 de la Carrera 6ª de Bogotá (hoy con los números 65-50 y 65-58 de la Carrera 5ª), como quiera que el juicio de lanzamiento seguido por el Instituto contra Delfín Restrepo culminó con sentencia de 9 de diciembre de 1930, notificada el 11 del mismo mes y año, y la demanda en este juicio se presentó el 11 de febrero de 1958, vencido ya el término de veite años señalado por la ley para la prescripción extintiva de la acción.

"No sucede lo propio con el juicio ordinario del Instituto contra Ernesto Cifuentes, porque de las copias que obran a folios 51 y ss. del Cuad. 1, aparece que el Dr. Delgado recibió, como apoderado del demandante, la finca 'El Páramo del Verjón' o 'Nuevo Edén', materia del juicio, en diligencia de entrega practicada el 11 de julio de 1938, fecha desde la cual no transcurrieron veinte años hasta la presentación de la demanda. Tampoco se configura la prescripción respecto de los bienes adjudicados al Instituto en la sucesión de Luis G. Páez, pues consta que la partición fue aprobada por providencia de 3 de noviembre de 1951, registrada el 25 de mayo de 1953, y protocolizada el 5 de noviembre del mismo año".

En fin, el fallo declara no probada la excepción de nulidad del contrato celebrado entre el Instituto demandado y el Dr. Delgado, porque "lo que les está prohibido a las Instituciones de utilidad común son las actividades ejecutadas con ánimo de lucro... y en el presente caso no se configura la nulidad alegada porque el propósito del Instituto al contratar con el doctor Delgado no fué el de lucrarse sino simplemente el de defender bienes que eran o podían ser materia de litigio, y la cesión que se le hizo fué autorizada por la Junta Directiva".

Seguidamente el sentenciador aboca el examen de la acción ejercitada en la demanda principal, calificándola como "la petitoria para que se declare la propiedad exclusiva de los bienes allí relacionados", distinta de la acción reivindicatoria, según lo tiene declarado la jurisprudencia de la Corte. Igualmente cita doctrina sentada por esta Corporación, conforme a la cual cedido el derecho real de herencia, vinculado a bienes específicos, al cesionario le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al cedente, en forma tal que en la partición de los bienes sucesorales debe formarse en su favor la respectiva hijuela; "mas, si por no presentarse el cesionario, se hace esa hijuela al cedente, la adjudicación ha de entenderse como hecha al propio cesionario, porque la hijuela, una vez registrada, consolida retroactivamente en éste esos mismos derechos, sencillamente porque la transmisión se efectúa desde la tradición de los derechos hereditarios, según lo dispuesto en el art. 752 del C. C." (G. J. XLIX. 819). De donde concluye el fallo: "De acuerdo con los anteriores principios jurisprudenciales se tiene que aún cuando en el presente caso ocurre que en la sucesión de Luis G. Páez se le adjudicaron bienes al Instituto Homeopático como heredero y al Dr. Delgado no se le hizo ninguna adjudicación, la hecha a aquél debe redundar en beneficio de éste como cesionario de cuota y en el correspondiente porcentaje. Claro es que lo anterior será así en cuanto aparezca acreditado que en realidad el Dr. Delgado por medio de su gestión profesional logró que esos bienes ingresaran al patrimonio del Instituto Homeopático, y que en cabeza de los demandantes radica el derecho pretendido".

La primera de las condiciones últimamente mencionadas no la encuentra el Tribunal cumplida sino respecto de la finca denominada "Páramo del Verjón" o "Nuevo Edén", cuya entrega obtuvo Delgado en

el juicio ordinario del Instituto contra Ernesto Cifuentes. "Y siendo esto así, resulta lógico que se deba reconocer a favor de la parte demandante el pleno dominio y propiedad de la cuarta parte o 25% de dicha finca, en la proporción adjudicada a cada demandante en la sucesión de Delgado A."

No encuentra el fallo acreditada la condición de poseedor de mala fé que al Instituto se le atribuye en el libelo y, por consiguiente, declara que éste sólo estará obligado a restituir los frutos naturales y civiles a partir de la contestación de la demanda, como también que tiene derecho a que se le abonen las mejores puestas con anterioridad a dicha contestación.

Finalmente, considera el Tribunal la demanda de reconvención cuyo pedimento principal se endereza a obtener que se declare resuelto el contrato contenido en la escritura número 1189 otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá el 28 de junio de 1928, por no haber cumplido Delgado las obligaciones que ese convenio le imponía. Pero, el sentenciador concluye que la referida acción resolutoria debe ser desestimada, porque si bien es cierto que Delgado no obtuvo que todos los bienes relacionados en la demanda principal ingresaran al dominio del Instituto, ello se debió a la muerte de aquél ocurrida el 14 de noviembre de 1949 y que le impidió obtener que los referidos bienes fueran inventariados y adjudicados en la sucesión de Luis G. Páez. Además recuerda el fallo que, como ya lo había dicho anteriormente, Delgado sí obtuvo en favor del Instituto la entrega judicial de la finca "El Páramo del Verjón" o "Nuevo Edén".

La Impugnación

Interpuesto el recurso de casación por la parte demandada, fúndase en escrito que contiene dos cargos, ambos dentro del ámbito de la causal primera, de los cuales se despacha el que a continuación se relaciona y que está llamado a prosperar.

Primer Cargo

"Error evidente de hecho, así en la interpretación de la demanda como en la del contrato; violación directa de los arts. 756, 757, ibid, 759 c. c.; violación por interpretación errónea y aplicación indebida de los arts. 2536, 2539, 2524 y 2424 C. C.; violación directa de los arts. 1321 y 1326 C. C., junto con el primero de la Ley 50 de 1936; interpretación errónea y aplicación indebida de los arts. 1967, 1401, 1871 y 752 C. C. Aplicación indebida de los arts. 946, 964 y 965 del C. C.".

En síntesis, la motivación del cargo se desarrolla así:

Estima el censor que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho en la apreciación de la demanda principal, por no ver que la acción incoada en élla es la de petición de herencia y no una simple acción declarativa de dominio, la que no se encuentra tipificada en nuestra legislación, como sí lo están aquella otra y la reivindicatoria, en la cual dicha declaración del dominio, apenas sí constituye uno de los presupuestos o elementos axiológicos de la restitución a que se endereza la acción. Si se tiene en cuenta que la referida demanda sólamente impetra que se declare que los actores son comuneros en unos bienes que le fueron adjudicados al Instituto demandado, como heredero universal de Luis G. Páez, y en unas sumas de dinero recabadas por el mandatario Delgado para la sucesión del nombrado Páez, y si se atiende a que, entre las numerosas disposiciones legales en que el libelo dice fundarse, se citan las pertinentes a la acción de petición de herencia, habría de concluírse, según la censura, que evidentemente esta acción es la propuesta en la demanda y que, por tanto, el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al no calificarla así.

Igualmente, el Tribunal habría incurrido en yerro de la misma índole en la apreciación del contrato contenido en la escritura pública número 1189 otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá el 28 de junio de 1928, por el cual, según el recurso, a cambio de los servicios que se obligó a prestarle Roberto Delgado Albarracín al Instituto demandado, éste le cedió, a título de pago

anticipado, la cuarta parte de los derechos hereditarios en la sucesión de Luis G. Páez, y, además, le reconoció también de antemano un veinticinco por ciento de otros bienes distintos que en el futuro ingresarán al patrimonio del Instituto en virtud de las gestiones con tal fin realizadas por dicho Delgado. No de otra manera podrían interpretarse las estipulaciones consignadas en el referido instrumento y que la censura extracta así: "..... en compensación de los servicios y gastos que Delgado A. se obliga a prestar y a pagar..... ceden (los representantes del Instituto) en propiedad a Roberto Delgado A. desde ahora y para siempre una cuota equivalente al veinticinco por ciento de todos los bienes y valores que bien sea por disposición testamentaria, a título de heredero, o por razón de las acciones judiciales ya iniciadas o que se inicien en lo sucesivo por el doctor Delgado, como apoderado del Instituto o que entren en su dominio en virtud de arreglos y transacciones en que intervenga el mismo Delgado para con terceros, cuarta parte que se tomará del producto de esos bienes o valores... a la entrega de los cuales tiene derecho Delgado a medida que estos entren en la posesión o tenencia del cedente". El error del sentenciador consistiría, entonces, en no haber captado la doble modalidad de estas estipulaciones contractuales, sino en haber visto sólo la segunda de ellas inductiva a la creencia igualmente errónea de que, así como la adquisición por Delgado de su porcentaje en los bienes distintos a los de la sucesión de Luis G. Páez, quedó condicionada al ingreso de éstos al patrimonio del Instituto, la misma condición regía respecto de la cuota de derechos herenciales en esta sucesión cuota, que fue cedida en forma pura y simple, o sea que Delgado Albarracín la adquirió desde la celebración misma del contrato, pudiendo desde entonces hacerse parte, como cesionario, en la respectiva mortuoria. No estando ya en juego bienes distintos de los sucesorales, como quiera que el Tribunal desestimó las súplicas relativas a dineros obtenidos en cobros judiciales y a exención de impuestos, conformándose la parte actora con tal pronunciamiento, dicho sentenciador no ha debido entrar a computar el término de la prescripción de las acciones relativas a bienes de la sucesión de Luis G. Páez a partir de la recuperación de estos, sino desde el momento mismo en que el Instituto le cedió a Delgado la cuota de derechos hereditarios, quedando éste así habilitado para hacerse parte en la respectiva causa mortuoria del nombrado Páez.

En fin, el recurso le apunta al fallo acusado otro error de hecho consistente en haber dado por establecido un derecho de dominio alegado por los actores, causahabientes de Roberto Delgado, como resultante tal derecho del ya referido contrato que consta en la escritura pública 1189 de 1928, inscrita sólo en el libro 2º del Registro de Instrumentos Públicos, en combinación con la adjudicación al Instituto de los bienes sucesorales de Luis G. Páez, en el juicio protocolizado el 5 de noviembre de 1953 en la Notaría 3ª de Bogotá con la escritura 2615, adjudicación que comprende la finca "Páramo del Verjón" o "Nuevo Edén", en la cual el sentenciador reconocío la cuota de dominio en favor de los actores. Tales documentos, afirma la censura, no acreditan la existencia de este derecho sobre los bienes determinados, sino un derecho hereditario, o sea radicado en una universalidad jurídica, o cuando más un derecho crediticio a favor de Roberto Delgado cuyo objeto sería posterior a la transferencia de la cuota de dominio sobre los bienes a que se refiere el contrato y a medida que estos fueran recuperados por el Instituto. El error de hecho censurado provendría de que el Tribunal apreció las referidas pruebas, inbuído por doctrinas jurisprudenciales que han declarado la convalidación de las enajenaciones de derechos hereditarios vinculados a bienes determinados en una sucesión cuando estos resultan adjudicados posteriormente al enajenante, doctrinas que son impertinentes en casos, como el sub lite, en que lo enajenado serían derechos hereditarios referidos a la universalidad jurídica y nó a cuerpos ciertos que formen parte de ésta.

Los enunciados yerros habrían conducido al sentenciador a quebrantar: por falta de aplicación, el artículo 756 del C. Civil,

que determina que la tradición del dominio de los bienes raíces se verifica por el registro del título respectivo; el 757 ibidem que declara inhábil al heredero para disponer de un inmueble antes de obtener el decreto de posesión efectiva de la herencia; el 759 ibidem que descarta la posesión del dominio inmobiliario antes del registro del título translaticio del mismo; por aplicación indebida y errónea interpretación, los artículos 2536, 2539, 2524 y 2544 que tratan de la prescripción extintiva de las acciones, de los términos de las mismas y del cómputo e interpretación de estos; por falta de aplicación, los artículos 1321 y 1326 ibidem y el 1º de la Ley 50 de 1936, el primero de los cuales consagra la acción de petición de herencia, al paso que los otros dos citados determinan la prescripción de la misma; por interpretación errónea y aplicación indebida, el artículo 1967 del C. Civil, que señala el alcance de la cesión del derecho de herencia, el 1401 ibidem que retrotrae la adquisición por el heredero de los bienes adjudicados en una sucesión al momento de la apertura de esta y que asimila las enajenaciones realizadas por aquél, antes de la partición, a la venta de cosa ajena de que trata el artículo 1871 ibidem, en consonancia con el 752 ibidem, el cual señala los efectos de la tradición a condominio y su convalidación por la ulterior adquisición del bien por el tradente; en fin, por aplicación indebida, el artículo 946 ibidem que consagra la acción reivindicatoria y los 964 y 965 ibidem relativos al pago de frutos por el poseedor vencido en dicha acción.

Se Considera:

I - De los precitados motivos encuentra fundado la Corte el que se hace consistir en quebranto de leyes sustanciales por haber considerado el Tribunal establecido el derecho de condominio de los actores sobre el inmueble "Páramo del Verjón" o "Nuevo Edén", a través de medios probatorios citados por el recurso y que manifiestamente no lo acreditan, tales la escritura 1189 de 1928 que recogió el contrato celebrado entre Roberto Delgado, antecesor de aquéllos, y el Instituto demandado, y la partición de bienes en la sucesión de Luis G. Páez, protocolizada con la escritura 2615 de 1953 en la Notaría 3ª de Bogotá, en la cual le fue adjudicada dicha finca al mencionado Instituto.

II - En nuestro sistema, la muerte de una persona no determina la desintegración de su patrimonio ni conlleva el que los activos que lo componen radiquen ipso jure o ipso facto en cabeza de los sucesores del difunto, exactamente en la misma forma en que éste los tuviera en vida, por ejemplo, como derechos reales sobre bienes determinados, o como derechos crediticios contra sus deudores. Dicho patrimonio continúa constituyendo una universalidad jurídica (universum jus defuncti), respecto de la cual la muerte de su titular tan sólo fija definitivamente en tal momento el contenido de la misma. Pero, como dentro de la concepción del patrimonio-personalidad, este tiene que estar siempre unido a un sujeto de derecho, para conservar las directrices generales del sistema, nuestra legislación establece en favor de los herederos el derecho real de herencia, en virtud del cual el patrimonio relicto se vincula, como unidad jurídica, a dichos herederos desde la apertura de la sucesión y hasta que se cumpla la liquidación de la misma a través de un juicio que culmina con la partición de bienes, su aprobación y su registro.

III - En el interregno que va desde la delación de la herencia hasta su liquidación, el precitado derecho real de los sucesores a título universal del causante autoriza a éstos para realizar actos conservativos y administrativos respecto de los bienes hereditarios, y hasta para obtener la enajenación de los mismos con el fin de atender al pago de las deudas y gastos a cargo de la sucesión, esto último mediante la observancia de los trámites judiciales señalados por la ley para el efecto.

IV - Pero, como el heredero o herederos no adquieren en su cabeza, por el solo hecho de la muerte del causante los derechos singulares que éste concretamente tuviera so-

bre los bienes relictos, sino, según ya quedó expresado, un derecho real distinto cuyo objeto es la universalidad jurídica o patrimonio de aquél, dichos herederos no pueden prevalerse de este derecho hereditario para disponer definitivamente de los bienes cuyo dominio éllos sólo están llamados a adquirir en esa forma singular y concreta al serles adjudicados en la partición del acervo sucesoral, acto este que, además, determina el fenómeno legal de que lo adjudicado a cada uno de los partícipes se entienda adquirido por éste directa y retroactivamente desde el fallecimiento del causante (C. C. art. 1401).

V - El referido derecho de herencia es de índole patrimonial, como todos los demás derechos reales o crediticios reconocidos por la ley, y en tal carácter puede ser transmitido por causa de muerte, o transferido en todo o en parte y a cualquier título, por un acto entre vivos denominado en nuestro ordenamiento "la cesión del derecho de herencia", así tipificado genéricamente por el artículo 1967 del C. Civil: "El que cede a título oneroso un derecho de herencia....., sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable sino de su calidad de heredero o de legatario". Celebrada la cesión en esta forma, el cedente conserva su intransmisible calidad de heredero que es de la que responde o nó, según que el acto sea oneroso o gratuito respectivamente, pero dicho cedente queda desnudado por virtud de la cesión, de todo o parte de su derecho patrimonial, el real de herencia, que pasa al cesionario con las facultades y prerrogativas inherentes, tales como la de intervenir en la causa mortuoria y en la administración de los bienes relictos, y la de obtener que en la partición de estos se le adjudique los que le correspondan en el acervo líquido en proporción al derecho herencial que le fue cedido.

VI - Al lado del acto genérico y típico de la cesión del derecho de herencia anteriormente descrito y que se caracteriza por cuanto su objeto está constituído por la universalidad jurídica sucesoral o una cuota de la misma, y no concretamente por los derechos y obligaciones a ella vinculados, la doctrina ha tenido que considerar otra figura diversa de aquélla y que se ofrece cuando quien tiene la condición de heredero, y, por ende, de titular del derecho real hereditario correspondiente, le cede a otro uno o más de los bienes sucesorales singularmente considerados, o una cuota de los mismos, diciendo en el contrato que lo cedido son "derechos herenciales vinculados a dichos bienes". La negociación en esta forma produce los siguientes efectos: el cedente también conserva su intransmisible calidad de heredero, y el cesionario, como causahabiente personal de aquél, queda facultado para procurar que en la partición se le adjudiquen los bienes especificados en la cesión, en cuanto esta le haya sido hecha por todos los herederos o por el heredero único y el pasivo sucesoral lo permita, pues, en concurrencia con otros herederos no cedentes y frente a la necesidad de proveer al pago del pasivo sucesoral, el cesionario corre el riesgo de que tal adjudicación no se le haga ni a él ni a su cedente, caso en el cual queda colocado en la condición de adquirente de cosa ajena con todas las consecuencias que esta conlleva (art. 1401, inc. 2). Dentro de este último orden de ideas, conviene reiterar también conocidas doctrinas jurisprudenciales: si el cesionario del heredero lo es respecto de bienes sucesorales especificados en la cesión y estos se adjudican en la partición a él directamente o a su cedente, dicho cesionario adquiere concretamente el dominio o el derecho que tuviera el causante respecto de los mismos, y esto con efecto retroactivo a su adquisición, la que se consolida (art. 752) y, más aún, se retrotrae a la apertura misma de la sucesión (art. 1401); pero si la adjudicación recae en personas distintas, se entiende que ninguno de aquéllos, cedente y cesionario, ha tenido derecho alguno en tales especies y, por ende, que han negociado sobre cosa ajena. Presentase aquí otra diferencia fundamental entre la forma de cesión o enajenación que se viene analizando y la cesión del derecho real de herencia propiamente dicha, o sea la que tiene por objeto la universalidad sucesoral, pues en esta última, si el cesionario no se hace presente en la causa mortuoria, los bienes adjudicados a su cedente quedan ra-

dicados en cabeza de éste y no de aquél, sin que pueda decirse entonces, según doctrinas de la Corte, mal traídas por el fallo acusado, que esa adjudicación deba entenderse hecha en favor del cesionario. Así, en tratándose de un bien inmueble no especificado en la cesión, como la escritura que la contiene no se inscribe en el libro primero del registro de instrumentos públicos, el cesionario no puede alegar haber adquirido el dominio de dicho bien por el modo de la tradición, y al serle adjudicado al heredero cedente, éste lo adquiere por el modo de la sucesión, sin que tal hecho beneficie al cesionario con la supuesta consolidación de una tradición a non domino que, se repite, no tuvo lugar.

VII - Informan los autos que por escritura pública 1189 otorgada en la Notaría 6ª de Bogotá el 28 de junio de 1928, entre el Instituto demandado y Roberto Delgado, antecesor de los actores, se celebró un contrato por el cual este último se obligó a adelantar hasta su terminación el juicio ejecutivo del Banco de Colombia contra la sucesión de Luis G. Páez y Delfín Restrepo, el de sucesión de Luis G. Páez y el ejecutivo del Banco Hipotecario de Colombia contra Delfín Restrepo; a iniciar y adelantar hasta su conclusión las demás acciones judiciales y arreglos encaminados "a salvar los bienes que, como heredero del doctor Luis G. Páez, le corresponden (al Instituto) y están en poder de terceras personas o indebidamente gravados"; y a sufragar todos los gastos y expensas que demandarán los referidos juicios y arreglos. En compensación por los precitados servicios, gastos y expensas, los representantes del Instituto dieron ceder "en propiedad a Roberto Delgado A. desde ahora y para siempre una cuota equivalente al veinticinco por ciento de todos los bienes y valores que bien sea por disposición testamentaria, a título de heredero o por razón de las acciones judiciales ya iniciadas o que en lo sucesivo se inicien por el doctor Delgado..... o que entren en su dominio (del Instituto) en virtud de arreglos y transacciones en que intervenga el mismo Delgado para con terceros, cuota que se tomará del producto bruto de esos bienes o valores, sin que le pueda ser disminuída sino por causas legales..... Delgado A. tiene derecho a que se le entregue parcialmente el veinticinco por ciento estipulado sobre cada bien o valor, a medida que éstos entren en la posesión o tenencia del Instituto". Tal escritura se inscribió en la Oficina de Registro de Bogotá, el 28 de noviembre de 1928, en el Libro 2º.

Es evidente, como lo afirma el recurso, que el precitado instrumento público, registrado como queda dicho, en manera alguna demuestra la adquisición del derecho de condominio por Roberto Delgado sobre ninguno de los bienes relacionados por sus sucesores en el pedimento primero de la demanda formulada en este juicio y en el cual éllos piden la declaración de tal derecho. El dominio o propiedad es un derecho real que necesariamente tiene que recaer sobre cosas determinadas (arts. 665, 669 y 670). Por tanto, solamente pueden ser contratos traslaticios del mismo los que, cumpliendo la exigencia general del artículo 1518, determinen las cosas que son materia de ellos, en cuanto á la naturaleza y cantidad de estas, en forma tal que la obligación u obligaciones de dar que dichos contratos generan puedan ser cumplidas mediante la tradición de esas cosas. En punto del dominio inmobiliario, que es el que interesa para los efectos del presente recurso, como quiera que este se reduce a la impugnación del pronunciamiento del Tribunal respecto de la declaración de copropiedad de los actores en la finca "Páramo del Verjón" o "Nuevo Edén", la aludida exigencia legal se traduce en precisas e ineludibles reglamentaciones concretas. Si la cosa se pretende transferir total o parcialmente como cuerpo cierto, ella o la porción de que se trate debe determinarse en la escritura de rigor, en la forma prescrita en el inciso 2º del artículo 2594 del C. Civil que reza: "Las cosas y las cantidades serán determinadas de una manera inequívoca, y si en el instrumento se tratare principal o accesoriamente de inmuebles, se pondrá constancia de la situación de estos y de sus linderos, expresándose si el inmueble fuere rural, su nombre y el distrito o distritos de la situación; y si urbano, además,

la calle en que estuviere situado, y el número del inmueble si lo tuviere". Si la venta se refiere sólamente a una cuota de dominio radicada en cierto inmueble, obviamente es necesario determinar en la escritura respectiva dicha cuota como fracción precisa de la totalidad del derecho, como también por mandato del inciso 3º del citado artículo 2594 debe singularizarse el inmueble en que aquella está radicada con las mismas indicaciones prescritas para la hipótesis anterior.

Ahora bien, perfeccionado el contrato con el cumplimiento de los preindicados requisitos tocantes con la determinación del objeto, nace a cargo del transferente la obligación de dar la cosa o cuota vendida, la que se cumple, en tratándose de cuerpo cierto, o de porción o cuota proindiviso de este, mediante la inscripción de la escritura en el libro primero del registro de instrumentos públicos en la forma prescrita por el artículo 2659 del C. Civil y los artículos 15 a 18 de la Ley 40 de 1932.

VIII - De las anteriores consideraciones se concluye, según quedó anunciado, que la escritura 1189 de 1928, pese a los términos en ella empleados sobre cesión del Instituto "en propiedad a Roberto Delgado A. desde ahora y para siempre del veinticinco por ciento de los bienes y valores" a que tal instrumento alude, no es un título traslaticio de dominio, porque esos bienes y valores no están determinados del modo requerido para constituir objeto de este derecho real, a lo que se agrega que el registro de la mencionada escritura en el libro segundo tampoco configura tradición legal de bienes inmuebles que es un modo de adquirir el dominio sobre estos cuando el referido registro se realiza en el libro primero y en la forma que se precisó en el apartado anterior.

IX - Tampoco, por las razones ya expuestas, el contrato objeto del litigio configura esa modalidad no bien adecuada, aunque sí aceptada por el uso de "la cesión de derechos hereditarios vinculados a bienes determinados" y respecto de la cual la doctrina y la jurisprudencia admiten, por aplicación de los artículos 752 y 1401 del C. Civil la consolidación retroactiva por la adjudicación de tales bienes en la respectiva causa mortuoria, ya al cesionario o ya al cedente, produciéndose así en favor del primero la adquisición del dominio o derecho concreto del causante que, hasta entonces, no tenía ninguno de aquellos. En efecto, dicha modalidad impone la especificación de los bienes materia de la negociación y se repite que en la escritura 1189 de que se trata no se hizo esa especificación que sería la que permitiera dar por consolidada la tradición registral de bienes inmuebles singulares en favor de Delgado por la posterior adjudicación de los mismos al Instituto cedente.

X - A la propia conclusión conduciría la interpretación del contrato en el sentido de que este traduce una cesión de derechos hereditarios propiamente dicha, o sea la que tiene por objeto la totalidad o una cuota del derecho real radicado en la universalidad jurídica o patrimonial del causante, aquí de Luis G. Páez, pues como está dicho, la referida modalidad de la cesión del derecho de herencia, sin especificación de los bienes que comprende, y que debe pasarse por escritura pública registrable tan sólo en el libro segundo del lugar de su otorgamiento, no implica una tradición de bienes concretos pertenecientes a la universalidad sucesoral, tradición que fuese susceptible de consolidación retroactiva por la adjudicación de esos bienes al heredero cedente, conforme a lo preceptuado por el artículo 1401 del C. Civil. El cesionario en esta modalidad carece de título traslaticio de dominio sobre bienes específicos, los que solamente adquiriría por el modo de la sucesión al serle adjudicados en la partición practicada en el respesctivo juicio mortuorio. Quiere esto decir que, si en el caso sub lite se le diese al contrato celebrado entre el Instituto y Delgado la interpretación que se comenta, la asociación que el fallo acusado hace de tal contrato con la adjudicación de la finca "El Páramo del Verjón" a dicho Instituto para deducir condominio sobre la misma en favor de los actores, merece la censura que resulta de lo que ya declaró la Corte en el

año de 1914: "Si el cesionario o comprador de unos derechos hereditarios no interviene en la partición, y la adjudicación se hace al cedente o vendedor, mientras la partición no se desvirtúe por algún medio legal, hay que tener al heredero vendedor como dueño de lo que se le adjudica. El dominio de la especie adjudicada lo adquiere por el registro de la respectiva hijuela; y al comprador cesionario no podrá considerársele dueño de esas especies sin que presente un título traslaticio de dominio de ellas". (Casación, 25 mayo 1914, XXIV, 94).

XI - En fin, para declarar en toda su plenitud el tratamiento jurídico de la cuestión sub lite y patentizar aún más el error de hecho cometido por el sentenciador al dar por establecido un derecho de condominio sin prueba alguna demostrativa del modo de su adquisición, conviene precisar el verdadero sentido y alcance del contrato discutido en este juicio, concretando este aspecto al inmueble a que se refiere el fallo acusado. Es evidente, según quedó demostrado, que aquel contrato en el cual se habla inexactamente de "cesión de la propiedad" no es un título traslaticio de cuota de dominio sobre este bien o de derechos hereditarios vinculados al mismo, por carecer el instrumento que lo contiene de las indicaciones o especificaciones de ley, y que su inscripción en el libro segundo del registro de instrumentos públicos tampoco constituye tradición alguna del dominio de dicho inmueble. Y si se miran con atención las estipulaciones respectivas, se encuentra que el Instituto no le hizo a Delgado, a manera de remuneración de sus servicios, una cesión propiamente dicha de cuota parte del derecho de herencia de aquél en la sucesión de Luis G. Páez, porque aún en el supuesto de que esa remuneración cobijara todos los bienes o activos de la mortuoria, recuperados o nó por Delgado, éste quedó excluído de las obligaciones hereditarias, lo que no se compadece con esta figura en que el cedente sólo responde de su calidad de heredero y el cesionario recibe el derecho sobre el patrimonio del causante, formado por todos sus derechos y obligaciones relictos, hasta el punto de que si estas últimas superan a aquellos derechos, dicho cesionario, a la postre, nada recibe. En efecto la cuota del 25% reconocida a Delgado fue sobre cada bien en bruto, o sea sin deducción alguna por concepto de pasivos sucesorales y, además, tal reconocimiento quedó condicionado a la recuperación de los aludidos bienes por el Instituto. Entonces, la Corte, por aplicación de la regla de hermenéutica que enseña que las leyes y los actos jurídicos deben ser interpretados de modo que produzcan algún efecto, en vez de restárselo del todo, tiene que concluír que las estipulaciones contractuales, concebidas en los términos preindicados, configuran un mandato en el que la remuneración al mandatario se pactó en especie, y cuyo pago quedó condicionado a la recuperación por el Instituto de bienes o valores pertenecientes a la sucesión de Luis G. Páez. Ahora, como esta obligación del mandante tenía por objeto la transferencia de una cuota de dominio del 25% bruto de cada bien o valor recuperado es también claro que dicha obligación implicaba un compromiso de celebrar los respectivos actos traslaticios al cumplirse la condición suspensiva pactada. Así, en tratándose de bienes inmuebles, como lo es la cuota litigada en "El Páramo del Verjón", recuperado por Delgado, una vez adquirido el dominio de este por el Instituto, en virtud de la adjudicación que se le hiciera en la sucesión de Luis G. Páez, dicho Instituto debió otorgar en favor de aquél o de sus sucesores el respectivo contrato traslaticio y hacerles tradición de la cuota prometida.

XII - En suma el Tribunal sentenciador vió en la escritura 1189 un título traslaticio de cuota en condominio que ella no contiene; vió en el registro de esa escritura una tradición inexistente y vió, consecuencialmente, en la partición de bienes de la mortuoria de Luis G. Páez un acto hábil para convalidar o consolidar esa pretensa tradición a non domino. El resultado de tales yerros es el quebranto de los siguientes artículos del Código Civil: por falta de aplicación el 756 que determina que la tradición de los bienes inmuebles se verifica por el registro del título traslaticio, el 757 que

declara ilegitimado al heredero para la enajenación de inmuebles antes del decreto de posesión efectiva de la herencia, el 759 que descarta la posesión del dominio inmobiliario antes del registro del título; por interpretación errónea y aplicación indebida el 1401 que retrotrae la adquisición por el heredero de los derechos a él adjudicados en la sucesión al momento de la apertura de esta y que asimila las enajenaciones realizadas por el mismo antes de la partición a la venta de cosa ajena de que trata el 1871, en consonancia con el 752 que declara la ineficacia de la tradición a non domino y su convalidación por la ulterior adquisición del bien por el tradente, el 1967 que señala el alcance de la cesión del derecho de herencia, propiamente dicha; y por aplicación indebida, los 964 y 965 relativos a la restitución de frutos en la reivindicación.

El cargo, pues, prospera.

La Sentencia Sustitutiva

Las consideraciones que se vienen de hacer y que conducen a la infirmación del fallo acusado, por haber dado este por establecido el condominio de los actores sobre la finca "El Páramo del Verjón", sin estar legalmente probado el modo de adquisición de tal derecho por los mismos, y por haber condenado, consecuencialmente, al Instituto demandado a restituír la correspondiente cuota de frutos, conducen a la confirmación de la sentencia absolutoria del primer grado.

R e s o l u c i ó n :

En mérito de las razones anteriormente 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, C A S A la sentencia de fecha 15 de marzo de 1963 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, y en su lugar, confirma el fallo dictado por el Juzgado del conocimiento, datado el 15 de enero de 1958.

Son de cargo de los actores las costas de la segunda instancia y sin ellas en el recurso extraordinario.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Cediel Angel, Guillermo Ospina Fernández, Ernesto Blanco Cabrera, Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique López de la Pava.

Heriberto Caicedo M., Secretario.

FILIACION NATURAL Y PETICION DE HERENCIA

El estado civil no es susceptible de prueba libre. Legitimación en causa pasiva en la filiación natural. Para reconocer la filiación natural paterna por posesión notoria no se requiere comprobar la filiación materna.

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

(Magistrado Ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobado Acta Nº 6, del 28 de enero de 1970).

Entra la Corte a decidir los recursos de casación interpuestos por las partes contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario de Leonor Díaz contra María Ermelinda o María Emelina Gómez Ballesteros y María Sofía Gómez Ballesteros, en su calidad de herederas de Ramón Contreras Ballesteros.

La Cuestión Litigiosa

El guardador de la interdicta Leonor Díaz promovió en interés de ésta juicio ordinario contra María Emelina o María Ermelinda y María Sofía Gómez Ballesteros, como herederas de Ramón Contreras Ballesteros, para que por los trámites de un juicio ordinario se declarase que la citada Leonor Díaz es hija natural de Ramón Contreras Ballesteros; "que en tal calidad y por razón de que el referido doctor Ramón Contreras Ballesteros no dejó ni descendientes legítimos, ni ascendientes, ni cónyuge (pues siempre vivió en estado de soltería), ni hermanos", Leonor Díaz es heredera de mejor derecho en la sucesión de aquél, y le corresponde por lo tanto la totalidad de los bienes integrantes de la misma; que es nula la partición llevada a cabo dentro del juicio de sucesión del causante, en la cual la totalidad de los bienes inventariados se adjudicó a las demandadas, "y nulos los actos de administración y disposición que éllas hayan realizado sobre esos bienes"; y que en consecuencia las demandadas están en la obligación de restituir todos los bienes que hubieren recibido en tal sucesión, "junto con sus frutos civiles y naturales y las indemnizaciones correspondientes".

En sustentación de las referidas peticiones se afirmaron en la demanda los hechos que en lo pertinente se sintetizan a continuación: que en los primeros días del mes de marzo de 1921 Ramón Contreras Ballesteros sustrajo de su hogar a Dolores Díaz, por lo cual Tránsito Díaz, madre de ésta puso el hecho en conocimiento del Alcalde de Fusagasugá; que Dolores y Contreras Ballesteros convivieron bajo un mismo techo primero en una finca de propiedad de éste, y poco después en casa también de su propiedad situada en el área urbana de Fusagasugá; que la vida común entre éllos se prolongó durante cuatro años entre 1921 y 1924, lo que fue público y notorio en el vecindario; que de esas relaciones nació Leonor Díaz; que Dolores Díaz murió repentinamente el 8 de marzo de 1924, dejando a Leonor huérfana y en compañía de su padre y de otro niño fruto de esas mismas relaciones, pero ya muerto; que desde la muerte de Dolores. el padre confió el cuidado de Leonor a Tránsito Díaz, madre de aquélla, habiendo atendido Contreras Ballesteros a todos los gastos que ese cuidado demandaba; que a través de toda su vida Contreras Ballesteros le prodigó a Leonor Díaz atenciones de hija; que existen mul-

titud de cartas de Contreras Ballesteros que contienen confesiones inequívocas de paternidad respecto de Leonor Díaz; que Contreras Ballesteros falleció a mediados de 1956, sin dejar testamento ni herederos de mejor derecho que Leonor Díaz; que entre tanto se adelantaban las diligencias para proveer a Leonor Díaz de un guardador por causa de demencia, María Ermelinda o María Emelina y Sofía Gómez Ballesteros se hicieron adjudicar todos los bienes dejados por Contreras Ballesteros, a título de herederas de éste.

Las demandadas contestaron la demanda oponiéndose a las peticiones en ella formuladas, y manifestando no aceptar unos hechos y negar otros. Expresaron no ser poseedoras de los bienes dejados por el causante Contreras Ballesteros, y propusieron las excepciones de petición antes de tiempo y de modo indebido, y de ilegitimidad de la personería tanto de la parte actora como de la demandada.

Por sentencia de fecha 23 de mayo de 1959, el Juzgado a-quo, Primero Civil del Circuito de Bogotá, negó todas las peticiones de la demanda y absolvió a las demandadas de los cargos formulados en ella. Por apelación interpuesta por la parte actora, el juicio subió al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual, luego de practicar pruebas decretadas en la segunda instancia, desató el recurso mediante sentencia de 9 de marzo de 1966, que revoca en todas sus partes la apelada y en su lugar resuelve:

"1º Declárase que Leonor Díaz, pupila del señor Aureliano Díaz, declarada en interdicción por el señor Juez del Circuito de Fusagasugá en providencia que lleva fecha enero 29 de 1957, bautizada en la parroquia de Fusagasugá el 23 de octubre de 1940, nacida en ese mismo municipio entre los años de 1921 y 1922, es hija natural del doctor Ramón Contreras Ballesteros, ya fallecido'.

"2º Niéganse las peticiones formuladas en el sentido de que el expresado causante 'no dejó ni descendientes legítimos, ni ascendientes, ni cónyuge, ni hermanos'.

"3º Declárase a Leonor Díaz como heredera de mejor derecho respecto de la señorita María Ermelinda o María Emelina Gómez Ballesteros, y que por consiguiente le corresponde, en forma exclusiva, la 'totalidad de los derechos radicados sobre los bienes muebles e inmuebles de la sucesión de Ramón Contreras Ballesteros' adjudicados a dicha señorita.

"4º Niéganse la petición tercera relativa a la nulidad de la partición verificada.

"5º Condénase a la citada señorita a restituirle a la demandante, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, 'todos los bienes que hubiere recibido por concepto de herencia del fallecido doctor Ramón Contreras Ballesteros, junto con sus frutos civiles y naturales, desde la fecha en que fue contestada la demanda.

"6º Declárase sin ningún efecto la adjudicación que se le hizo a las tantas veces citada demandada en la partición aprobada por sentencia dictada por el Juzgado del Circuito de Fusagasugá con fecha dos de octubre de 1956 y oportunamente protocolizada y registrada. Háganse las comunicaciones del caso.

"7º Absuélvase a la demandada María Sofía Gómez Ballesteros por concepto de los cargos que se le formulan mediante la acción de petición de herencia contra ella dirigida.

"8º Condénase a María Ermelinda o María Emelina al cincuenta por ciento (50%) de las costas causadas en la primera instancia del juicio, y a María Sofía en un veinticinco por ciento (25%) adicional, de las mismas. Tásense por el Juzgado.

"9º Sin costas en el recurso".

La Sentencia del Tribunal

Al entrar en materia, el Tribunal empieza por estudiar la acción de filiación natural propuesta, y sobre observar que ella se funda en las causales 1ª, 3ª, 4ª y 5ª contempladas en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, analiza la prueba relativa a cada

una de ellas, y llega a la conclusión de que la 1ª y la 3ª no están demostradas. Respecto de la 4ª, o sea la de relaciones sexuales estables, dice que con los testimonios de Julio Alberto Prieto, Lucio Gabriel Ruiz Díaz y María Luisa v. de Parga se demuestra fehacientemente que Dolores Díaz y Ramón Contreras Ballesteros hicieron vida marital, sin interrupción alguna desde cuando se fueron a vivir a finca del segundo en "El Cuja", hasta la muerte de aquélla; destaca que los testigos expresan que como fruto de esas relaciones nació Leonor Díaz, dentro del lapso comprendido entre 1921 y 1924, y agrega en seguida: "Aparece en los autos la partida de nacimiento de la misma actora, aportada válidamente en la segunda instancia, según la cual nació en Fusagasugá el 24 de noviembre de 1921, correspondiendo el momento de su concepción, al tenor de lo dispuesto en el art. 92 del C. C., a la época en que fueron iniciadas dichas relaciones, con sus características de continuidad, regularidad, publicidad y notoriedad. Y el dicho de los testigos es plena prueba por ser todos hábiles y por coincidir en los hechos y en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar (art. 697 del C. J.)".

Con fundamento en los mismos testimonios, el Tribunal da por acreditada también la 5ª de las causales legales de filiación natural, o sea la de posesión notoria, "toda vez que de ellos se desprende el trato y la fama necesarios para configurar tal posesión. Los testigos en forma unánime afirman que el causante siempre mantuvo con la demandante las relaciones familiares propias de un padre respecto de su hija, a quien suministraba todo lo necesario para su subsistencia congrua, trascendiendo lo anterior públicamente".

Pasa después el Tribunal a examinar la acción de petición de herencia ejercitada, y comenta acerca de ella que "para su prosperidad es necesario demostrar la calidad de heredera preferencial que tenga la persona que la instaura y para ello no es suficiente que las demandadas hayan sido tenidas, en el respectivo juicio de sucesión, como herederas del mencionado causante. Se impone investigar además si se trata de herederas abintestato o testamentarias. También se requiere indagar el preciso orden sucesoral derivado del parentesco en el supuesto de no haber mediado la última voluntad del causante". Y luego de encontrar lógica la absolución proferida por el Juzgado a-quo en la sentencia recurrida, por no haber sido demostrada en la primera instancia, "la condición de sucesoras respecto de las demandadas", agrega: "Creyó talvez la actora que llevando al juicio las hijuelas de adjudicación hechas a las demandadas en la sucesión de Ramón Contreras B., surgía obvia la calidad de herederas, lo cual es cierto para efectos de la filiación, pero no en presencia de la petición de herencia, acción que requiere establecer una comparación de los derechos de las partes en la sucesión del causante, lo cual no puede hacerse sino sabiendo el preciso parentesco o vínculo existente entre éste y aquéllas".

Refiere en seguida que en la segunda instancia se practicó una inspección ocular sobre los libros de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Fusagasugá, "con el objeto logrado de establecer que las demandadas eran las únicas adjudicatarias de los bienes de la sucesión". Y que mediante auto para mejor proveer el Tribunal ordenó ampliar esa diligencia para establecer "en qué precisa calidad se reconoció como herederas a las señoritas Gómez Ballesteros", con el resultado de que solo pudo verificarse que a la demandada María Ermelinda o María Emelina Gómez Ballesteros se le hizo la adjudicación en su calidad de prima hermana del causante, en tanto que respecto a la otra demandada, María Sofía Gómez Ballesteros, no se encontró dato respecto a la calidad en que se le hizo su adjudicación.

"Quiere lo anterior decir, prosigue el Tribunal, que surge evidente el derecho preferencial de la demandante respecto de una de las demandadas, pero no respecto de la otra porque ignorándose la calidad y el vínculo en que fue reconocida resulta imposible hacer la comparación de que ya se habló, en orden a destacar el derecho pre-

ferencial o simplemente concurrente de la hija natural". Consideración ésta que remata con la conclusión de que "la petición de herencia solo prospera respecto de los bienes que le fueron adjudicados a la señorita María Ermelinda o María Emelina Gómez Ballesteros", no sin haber advertido previamente que "la ocupación de la herencia por la demandada en su condición de heredera de inferior derecho al de la demandante, surge en forma clara de la forma como afrontó la litis y de la adjudicación que en concurrencia con la otra demandada se le hizo de todos los bienes sucesorales".

Como se dejó insinuado desde un principio, contra la sentencia que se deja extractada en lo pertinente interpusieron ambas partes el recurso de casación, recursos a cuyo estudio se procede, empezando por el de la parte demandada.

El Recurso de la Parte Demandada

Se formulan en la respectiva demanda tres cargos, todos dentro de la esfera de la causal primera, así: Primer cargo. "Violación indirecta del ordinal 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, por error de derecho en la apreciación de la prueba de inspección ocular en lo relacionado con el parentesco de María Emelina Gómez de Ballesteros, y de la prueba de la partida de bautismo de Leonor Díaz, dándole a esos documentos un valor que no tienen como prueba de estado civil y con lo cual se quebrantó el art. 19 de la ley 92 de 1938, así como el 597 del C. J.".

En sustentación del cargo dice el recurrente, refiriéndose en primer término a la inspección ocular que considera mal apreciada, que el Tribunal dedujo el parentesco de la demandada María Emelina Gómez con el causante Contreras Ballesteros, del hecho de aparecer aquélla como adjudicataria de bienes en la sucesión del último, en calidad de prima hermana del mismo, según se estableció en el exámen del Libro de Causas Mortuorias de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Fusagasugá. De acuerdo con los artículos 347 del C. C. y 19 de la ley 92 de 1938, las actas de registro de estado civil son la prueba del respectivo estado, y la falta de ellas, debidamente acreditada, permite acudir a otras pruebas que la ley claramente determina. En la sentencia recurrida se le dio a una constancia obrante en un libro de registro de causas mortuorias la calidad de plena prueba de que María Emelina Gómez Ballesteros era prima hermana del causante Ramón Contreras Ballesteros, sin ser esa prueba hábil al efecto, y por ello el Tribunal incurrió en error de derecho que lo llevó a darle aplicación al artículo 4º, ordinal 4º de la ley 45 de 1936. "El carácter de heredero se acredita con las respectivas partidas de estado civil o con el reconocimiento judicial, pero aquí no se allegó partida alguna para ello ni copia del reconocimiento que hubiera hecho el Juez". Y agrega el recurrente que si bien la parte demandante afirmó que el juicio de sucesión de Contreras Ballesteros no había sido protocolizado, y que por ese motivo no había podido allegar la prueba del reconocimiento de herederos allí producido, "esa afirmación no aparece establecida en el expediente con la certificación del Notario respectivo de que no se había verificado tal protocolización".

Refiriéndose luego a la otra prueba que considera erroneamente apreciada, o sea a la partida de bautismo de Leonor Díaz, expresa el recurrente que dicha partida se acercó al expediente durante la diligencia de inspección ocular que se practicó en la Oficina de Registro de Fusagasugá, y que así las cosas tal partida carece de validez, "toda vez que ni había sido pedida ni decretada en su debida oportunidad, ni tiene relación alguna con el objeto mismo de aquella diligencia de inspección ocular". Si el numeral 2º del artículo 597 del C. J. expresa que forma parte del proceso una prueba por haberse presentado en inspecciones oculares, esa hipótesis se refiere a pruebas que fueron oportunamente pedidas y decretadas, pues ellas "no pueden allegarse pretermitiendo formalidades, términos y reglas peculiares de cada prueba". Por otra parte, dice el recurrente, la partida de bautismo aludida "fue la de origen eclesiástico, debiendo ser la de origen civil conforme al art. 19 de la ley 92 de 1938".

Incurrió, pues, en error de derecho el Tribunal al haberle dado a la partida en mención un valor que la ley no le da, quebrantando así el artículo 347 del C. C., el artículo 19 de la ley 92 de 1938, y el artículo 597 del C. J., error que lo llevó a aplicar el ordinal 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, y el 1.321 del C. C.

Volviendo sobre el primer aspecto del cargo, el censor afirma que al haberle dado el Tribunal a la diligencia de inspección ocular valor suficiente para demostrar parentesco entre María Emelina Gómez B. y el causante Ramón Contreras Ballesteros, violó el artículo 1321 del C. C. "ya que éste exige que la petición de herencia sea una acción que se dirijia contra el heredero que posee la herencia".

Se Considera

1 Tres son los errores de derecho invocados en el cargo como conductores a la violación de las normas sustanciales que se citan como quebrantadas, los cuales deben examinarse separadamente: a) - haber tenido el Tribunal como prueba de parentesco entre la demandada María Emelina Gómez y el causante Contreras Ballesteros, el hecho de aparecer aquélla como adiudicataria de bienes en la sucesión de éste, en calidad de prima hermana del mismo, según se estableció en inspección ocular practicada sobre el Libro de Causas Mortuorias de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Fusagasugá; b) haber estimado el Tribunal como prueba la partida de nacimiento de Leonor Díaz obrante en el juicio, no obstante haber sido aportada con ocasión de la inspección ocular antes aludida, y sin que antes hubiera sido solicitada y decretada; y, c) haber tenido el Tribunal en cuenta esa misma partida como prueba, a pesar de su origen eclesiástico, siendo así que la pertinente era la de origen civil conforme al artículo 19 de la ley 92 de 1938.

II. - En lo que respecta al primero de los errores aludidos, o sea al de la letra a), ha de reconocerse razón al recurrente acerca de que efectivamente el Tribunal erró de derecho al darle carácter de prueba del estado civil de prima hermana de la demandada María Ermelinda o María Emelina Gómez, respecto del causante Ramón Contreras Ballesteros, a la simple referencia que de tal grado de parentesco figura en la diligencia de registro de la hijuela formada a aquélla en la sucesión del segundo. El error de derecho es obvio, puesto que como lo observa el recurso el estado civil no es susceptible de prueba libre, sino que solamente puede ser acreditado por los medios taxativamente contemplados en los artículos 18 y 19 de la ley 92 de 1938, entre los cuales no figura el que el Tribunal tuvo en cuenta al afecto en la sentencia acusada.

Al reconocimiento que se hace de este error imputado al Tribunal, ha de restársele trascendencia en este caso, como luego se explicará, puesto que sin caer en él hubiera podido el sentenciador igualmente llegar a la conclusión de declarar existentes respecto de María Emelina Gómez las pretensiones deducidas contra ésta en la demanda. Lo cual significa, entonces, que la comisión de aquél error no conllevará la casación del fallo impugnado, pues sería inútil hacerlo así para en seguida, aunque por caminos distintos, resolver en ámbito de instancia en el mismo sentido decidido por el inferior. Así lo tiene dicho la Corte en doctrina reiterada.

En efecto, ejercitadas como fueron en la demanda las acciones de filiación natural y de petición de herencia; dependiendo la prosperidad de ésta última del buen suceso de la primera, supuesto que el hijo natural es heredero forzoso en la sucesión de su padre, y que en la acción de petición de herencia se pretende por el actor una vocación hereditaria que el demandado, ocupante de la herencia en calidad de heredero, le desconoce; y bastando para la demostración de la legitimación en causa pasiva, respecto de la acción de petición de herencia, acreditar que el demandado ocupa la herencia en calidad de heredero, la prueba de esta última circunstancia trae consigo también la demostración de la legitimación en causa pasiva respecto de la acción de filiación natural, pues es obvio que si el demandado ocupa la herencia del

presunto padre natural en calidad de heredero, es en relación con él como existe el interés jurídico del actor para que se le declare hijo natural del causante, y como heredero que pretende serlo es precisamente el legalmente llamado a responder de la acción de filiación natural.

Ahora bien, la demostración de que una persona ocupa una determinada herencia en calidad de heredero del respectivo causante, no la restringe la ley a determinados hechos o circunstancias, ni exige para ello determinados medios probatorios. Por lo cual es posible que se tenga como ocupante de la herencia, en dicha calidad, a aquél respecto de quien se demuestre que en el juicio de sucesión correspondiente figuró como asignatario a título universal de bienes relictos. Establecido que el demandado es ocupante de la herencia, y que el actor tiene efectivamente la filación natural invocada en su demanda, las acciones ejercitadas deben prosperar, sin necesidad de exigirle al actor que demuestre que el demandado no tiene derecho a concurrir con él a la herencia, pues sobre aquél no pesa sino la carga de probar su propio derecho, no la circunstancia negativa de que el demandado carezca de vocación hereditaria en la misma sucesión. Si el demandado la tiene, entonces es cuestión atinente a su interés, y por lo mismo es a él a quien corresponde la carga probatoria respectiva.

Es lo que ocurre en el caso de autos. En la segunda instancia, en especial a raíz de auto para mejor proveer proferido por el Tribunal se estableció mediante inspección ocular practicada sobre los libros de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Fusagasugá que a María Ermelinda o María Emelina Gómez Ballesteros, recurrente ahora en casación, se le adjudicaron bienes en la sucesión de Ramón Contreras Ballesteros, en calidad de heredera. Habiendo encontrado el fallador de segunda instancia acreditada la filiación natural invocada por la parte actora en el libelo de demanda, la demostración de aquélla circunstancia permitía hacer las declaraciones de filiación natural y de petición de herencia pedidas sin que para ello fuera necesario saber el parentesco que ligaba a las demandadas con el causante. Así las cosas, y en lo que a la demandada recurrente ahora en casación respecta, el haber considerado el Tribunal que ese dato sí era indispensable, pero sobre todo el haberlo dado por establecido a propósito de la citada recurrente con el medio probatorio inidóneo que utilizó al efecto, son errores que no afectan en realidad lo resuelto frente a aquélla, pues sin incurrir en ellos se llegaría a lo mismo, como se dejó antes declarado.

III. - Los otros dos errores de derecho que se invocan en este cargo se refieren a la partida de nacimiento de la actora Leonor Díaz, y consisten, como ya se vió, en haber sido ella aportada irregularmente al proceso, y en no ser idónea, por su origen eclesiástico, como prueba principal del estado civil de que da cuenta.

Ahora bien, si se considera que el Tribunal en su sentencia encontró establecida la calidad de hija natural de la actora, respecto del causante Ramón Contreras Ballesteros, no solo con base en la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, o sea la de relaciones sexuales estables y notorias, sino con apoyo también en la causal 5ª del mismo artículo, o sea la posesión notoria del estado civil de hijo natural; y si se repara, además en que si bien dentro de la aludida causal cuarta de declaración judicial de la paternidad natural, dados los hechos que la configuran, es indispensable aportar al juicio respectivo la prueba de nacimiento del actor respecto de la madre con quien el demandado hubiera tenido las pretendidas relaciones sexuales, no ocurre lo mismo cuando la causal es la quinta mencionada, pues según el artículo 6º de la misma Ley 45 la posesión notoria del estado civil de hijo natural se infiere de que el presunto padre haya dado al pretendido hijo el tratamiento social que esa disposición prescribe, y no se advierte en qué sentido podría jugar papel alguno dentro de la demostración de tal tratamiento la partida de nacimiento del hijo. Considerado todo lo anterior, se repite, se advierte de inmediato, miradas las cosas desde el punto de vista del recurso de casación, que aún dando por ad-

mitido que el Tribunal hubiera incurrido en el presente caso en los errores de derecho que en cuanto a la apreciación de la partida de nacimiento de Leonor Díaz le imputa el cargo, éste no estaría llamado a prosperar por la sencilla circunstancia de que entonces esos errores serían trascendentes sólo en cuanto la sentencia declaró probada la filiación con base en la causal cuarta, pero en ningún caso en cuanto la declaró probada por la causal quinta.

La declaración de filiación hecha continuaría en pie, pues con base en dicha causal quinta, la cual, por otra parte, tampoco fue señalada en el cargo como norma sustancial quebrantada.

Por todo lo expuesto, pues, el cargo no prospera.

Segundo cargo. Se formula por violación indirecta del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, a causa de error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial aducida para demostrar las relaciones sexuales entre Ramón Contreras Ballesteros y Dolores Díaz, y la posesión notoria del estado de hija natural de Leonor Díaz, con lo cual, dice el recurrente, se quebrantó el artículo 697 del C. J., "error que igualmente condujo a la violación del artículo 1321 del C. C., de manera indirecta, y al quebrantamiento de los artículos 397, 398 y 399 del C. C. y 6º de la Ley 45 de 1936".

Para fundamentar el cargo el recurrente empieza por decir que la causal de filiación consagrada en el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 exige la demostración plena de que entre la madre del actor y el presunto padre mediaron relaciones sexuales "con la calidad de notoriedad, estabilidad y temporalidad exigidas en dicho precepto legal", y que en el presente caso se dieron por probadas esas relaciones entre Ramón Contreras Ballesteros y Dolores Díaz, en las condiciones dichas, con las declaraciones de Julio Alberto Prieto, Lucio Gabriel Ruíz y María Luisa v. de Parga, declaraciones de las cuales no resulta tal prueba.

Intentando demostrar su aserto, extracta las declaraciones de cada uno de los testigos citados, y critica las dos primeras así: la de Julio Alberto Prieto, diciendo que el testigo no da razón alguna de sus dichos, y que afirma que los dos hijos que tuvo Dolores Díaz nacieron después de 1922, siendo así que la partida de nacimiento de Leonor Díaz demuestra que esta nació en 1921. Y la de Lucio Gabriel Ruiz, expresando que este testigo nada manifiesta en relación con el nacimiento de Leonor Díaz.

Refiriéndose en general a los tres testigos, dice que deponen en forma vaga, que no dan la razón de sus dichos, y que "no pueden tenerse como idóneos para acreditar tales relaciones.....por cuanto a que lo que dicen no es por conocimiento que hayan tenido de circunstancias que rebasen la vida privada". Y comenta que en el caso de aceptar estos testimonios como verídicos "de ellos sólo se podría deducir el indicio de las relaciones por haber vivido en la misma casa tanto el doctor Ramón Contreras como la señorita Leonor (sic) Díaz, pero no que esas relaciones fueran notorias y estables....", aparte de que ninguno de los declarantes dice cuando se iniciaron esas relaciones. Si no se sabe cuando comenzaron las relaciones, no puede deducirse si el nacimiento de Leonor Díaz ocurrió dentro del plazo indicado por el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45.

En cuanto al error en la apreciación de la prueba de la posesión notoria, el recurrente con el propósito de demostrarlo, reproduce el texto del artículo 6º de la Ley 45, cita una sentencia de la Corte para sostener que los artículos 397, 398 y 399 del C. C. son aplicables a la prueba de la posesión notoria del estado de hijo natural, y expresa luego que de los testimonios recibidos en el juicio no resulta establecida la posesión notoria invocada por la parte actora, pues "los testigos no hablan de que el Dr. Contreras hubiera proveido a Leonor para su subsistencia, educación y establecimiento, ni que esos actos hubieran sido permanentes, constantes, regulares, osten-

sibles y públicos". Se refiere en seguida a lo que sobre posesión notoria declaran los testigos Lucio Gabriel Ruiz,Luis Alberto Prieto y María Luisa v. de Parga, para deducir que de ese conjunto de testimonios no resulta que el doctor Contreras diera a Leonor el tratamiento de hija natural que la Ley exige, ni que ello hubiera sucedido durante el término de diez años prescrito por el artículo 398 del C. C.

De esta suerte, concluye la censura, el Tribunal, incurrió en error de hecho al hallar en las aludidas declaraciones prueba de las relaciones sexuales y de la posesión notoria invocadas en la demanda como causales de la filiación natural pretendida, "con lo cual quebrantó los artículos 697 del C. J., 6º de la Ley 45 de 1936, 397, 398, 399 del C. C. y con ello violó indirectamente el ordinal 4º de la Ley 45 de 1936. Igual violación ocurrió con el art. 1.321 del C. C. toda vez que dio por comprobado que Leonor es hija natural del Dr. Ramón Contreras Ballesteros y como tal su heredera y así darle prosperidad a la acción de petición de herencia. La acción de filiación se apoyó en la presunción 4ª del art. 4º de la Ley 45 de 1936, pero como no se comprobaron los elementos constitutivos de tal presunción.....se violó indirectamente la disposición citada".

Se Considera

Como se dejó escrito atrás, la declaración de que Leonor Díaz es hija natural de Ramón Contreras Ballesteros, contenida en la parte resolutiva de la sentencia acusada, ofrece en la parte motiva de la misma dos bases independientes, deducidas por el Tribunal de la prueba aportada al juicio, cualquiera de las cuales, de quedar en pie, sería suficiente por sí sola para servirle de soporte: de un lado, la consistente en que entre Contreras Ballesteros y la madre de Leonor Díaz existieron relacines sexuales estables y notorias, de las cuales ésta fue fruto, o sea la hipótesis legal contemplada en el numeral 4º del art. 4º de la Ley 45 de 1936; y de otro lado, la consistente en que Leonor Díaz tuvo con respecto a Contreras Ballesteros la posesión notoria del estado civil de hija natural, que es el evento contemplado bajo el numeral 5º del mismo artículo 4º citado.

En estas circunstancias, la infirmación de aquélla declaración de filiación natural, por el camino de recurso de casación, y al través de la causal primera, solo podía ser viable en cuanto se acusaran simultaneamente y en debida forma las dos supradichas bases fundamentales de la misma. Lo que significa, entre otras cosas, que como los aludidos numerales 4º y 5º del art. 4º de la Ley 45 de 1936 constituyen las disposiciones de derecho sustancial que el sentenciador de segunda instancia aplicó para imprimirle doble fundamento legal a la mencionada declaración de filiación, el cargo por violación de ley sustancial tenía que enderezarse precisamente contra la aplicación de dichos dos numerales, haciendo la correspondiente cita de ellos (art. 63 Decreto 528 de 1964).

Pero en la formulación del cargo que se examina no procedió así el recurrente. En verdad, al desarrollarlo éste le imputa errores de hecho al Tribunal tanto en cuanto a la apreciación de la prueba de la causal de relaciones sexuales, como en cuanto a la de la causal de posesión notoria del estado civil. Mas también es cierto que entre las normas legales que indica como genéricamente infringidas a consecuencia de tales errores de hecho, en ningún momento menciona la del numeral 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, indicación ésta que la preceptiva legal del recurso hacía necesaria para que el cargo contra la declaración de filiación por la causal de posesión notoria pudiera tenerse como debidamente formulado, y no fuera inadmisible por tal motivo, como lo es.

Viene así a resultar, entonces, que en el supuesto de que efectivamente el Tribunal hubiera incurrido, al apreciar la prueba de la causal de relaciones sexuales estables y notorias, en los errores de hecho que la censura le atribuye, y que a consecuencia de esos errores hubiera sido llevado a declarar la filiación natural que reconoció, no obstante ello la sentencia acusada habría de ser mantenida. Pues habiendo de quedar

fuera de los alcances del cargo, por la deficiencia de técnica anotada, la premisa decisiva del fallo de que la actora está amparada por la posesión notoria del estado de hija natural, ésta sería bastante para sustentarlo, sin necesidad de la otra.

Por lo dicho, se rechaza el cargo.

Tercer cargo. Se formula por violación indirecta del artículo 1.321 del C. C., "por error de derecho en la apreciación de las pruebas para establecer el parentesco de la demandante y de las demandadas con el causante, ya que les dio a esas pruebas un valor que no tienen. Ese error llevó al mismo Tribunal a quebrantar los artículos 19 de la Ley 92 de 1938, 347 del C. C. y 597 del C. J.".

Lo sustenta el recurrente diciendo que en la acción de petición de herencia debe demostrarse el carácter de heredero del actor, y también que el demandado posee la herencia y la pretende como heredero; que el parentesco de una persona se prueba con las correspondientes actas de estado civil, y a falta de este con la prueba supletoria que la ley señala; que en el caso de autos no se acreditó con ninguno de estos medios legales ni, con el decreto judicial de declaratória de herederos. el parentesco entre la demandada María Emelina Gómez con el causante Ramón Contreras; que "la referencia que aparece en el libro de registro sobre que es prima hermana del causante no es prueba del estado civil, la hijuela es una simple declaración que hace un partidor pero no es un decreto judicial".

Agrega el recurrente que la parte actora ha debido demostrar que las demandadas ocupan la herencia, lo que no hizo, y que por lo tanto erró el Tribunal en dar por demostrado el hecho de la ocupación de la herencia por la demandada María Emelina Gómez, sin estarlo.

Se Considera:

En cuanto el cargo se hace consistir en error de derecho en la apreciación de la prueba tenida en cuenta por el Tribunal para dar por establecida la calidad de pariente y heredera de la demandada María Emelina Gómez en relación con el causante Ramón Contreras, él no hace otra cosa que plantear de nuevo una censura que ya había sido incluída como aspecto particular del primer cargo, que se dejó atrás despachado desfavorablemente al censor.

Aunque este tercer cargo viene propuesto bajo la denominación de violación indirecta por error de derecho en la apreciación de las pruebas, dentro del desarrollo del mismo se enuncia como cometido por el Tribunal otro error de apreciación probatoria, ya no de derecho sino de hecho, que sí constituye materia no tratada antes. Se hace consistir en que el Tribunal dio por probado que la demandada María Emelina Gómez era ocupante de la herencia del causante Contreras Ballesteros, sin embargo de no obrar prueba en los autos al respecto, por lo cual se quebrantó el artículo 1.321 del C. C. que exige que el demandado en acción de petición de herencia posea la herencia.

Si el Tribunal tuvo a la demandada María Emelina Gómez Ballesteros como heredera de Ramón Contreras Ballesteros, con fundamento de que en los libros de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Fusagasugá aparecía como adjudicataria de bienes en la sucesión de éste, con la consiguiente suposición de haber élla aceptado la herencia, tal conclusión implicaba por sí misma tenerla como ocupante de la herencia, en la medida de su cuota, y por lo mismo como sujeto pasivo de la acción de petición de herencia ejercitada en la demanda. En este sentido preciso y concreto, pues, no violó la sentencia acusada el artículo 1.321 del C. C.

En consecuencia, el cargo no prospera.

El Recurso de Casación de la parte Demandante

Dos cargos formula la parte actora contra la sentencia del Tribunal, dirigidos ambos contra lo decidido en el numeral séptimo de la parte resolutiva de ella, o sea en cuanto se absolvió a la demandada María

Sofía Gómez Ballesteros de los cargos que se le hicieron mediante la acción de petición de herencia. Dichos cargos, que se apoyan en la causal primera, consisten en lo siguiente:

Primer cargo. Violación directa del artículo 19 de la ley 45 de 1936, por infracción directa, proveniente de que al absolver el Tribunal a la demandada María Sofía Gómez Ballesteros de la acción de petición de herencia, en la práctica lo que decidió fue que el difunto Ramón Contreras Ballesteros sí dejó posteridad legítima, más concretamente, que la citada Gómez Ballesteros es descendiente legítima de dicho causante, pues si el artículo 19 de la Ley 45 dispone que no dejando el difunto posteridad legítima lo suceden sus hijos naturales, al mantener la sentencia acusada invulnerada la adjudicación hecha a dicha demandada en la sucesión de Contreras, tuvo que ser porque ésta fue considerada como descendiente "ya que si se le hubiese asignado ..... la calidad de ascendiente legítima o de cónyuge, habría concurrido con la hija natural Leonor Díaz a la herencia de los bienes del nombrado causante". La violación del citatado artículo 19 es manifiesta, concluye el censor dado que en la parte acusada de la sentencia "se desconocen los derechos herenciales de una hija natural frente a una adjudicataria cuyo parentesco al decir del mismo Tribunal se ignora".

Segundo cargo. Violación indirecta del artículo 19 de la Ley 45 de 1936, por error de derecho en la apreciación "del instrumento público de que tratan las inspecciones oculares practicadas por el Juzgado del Circuito de Fusagasugá.....por comisión del Tribunal Superior de Bogotá. Del análisis de dicho instrumento público aparece que tanto María Emelina o María Ermelinda Gómez Ballesteros como María Sofía Gómez Ballesteros heredaron en la sucesión de Ramón Contreras Ballesteros la misma cantidad o sea cada una de éllas $ 17.750.00. Lo que está significando que concurrieron a la herencia en razón del mismo parentesco con el causante, y si el Tribunal Superior juzgó que la acción de petición de herencia prosperaba contra María Emelina Gómez Ballesteros también con toda lógica ha debido prosperar contra María Sofía Gómez Ballesteros". De este razonamiento deduce el recurrente "que el instrumento público de que se ha hecho mérito no fue valorado conforme a lo preceptuado por el artículo 1.759 del C. C.", y que a consecuencia de ello se violó el artículo 19 de la Ley 45 "pues se desconoció el derecho que le asiste a Leonor Díaz de heredar a su padre natural frente a María Sofía Gómez Ballesteros".

Considera la Corte, en relación con el primer cargo:

a) Que para fundarlo se sitúa el recurrente en el campo de la mera conjetura, al suponer que si la sentencia acusada absolvió a la demandada María Sofía Gómez Ballesteros, de lo solicitado contra élla mediante la acción de petición de herencia, fue porque el Tribunal la tuvo como descendiente legítima del causante Ramón Contreras Ballesteros, motivación ésta que no aparece en parte alguna del acto acusado, y que constituye apenas fruto de la arbitraria interpretación que del mismo hace el censor. Conforme se lee en la sentencia, el Tribunal absolvió de la referida acción a la demandada María Sofía Gómez Ballesteros, con la tesis de que dicha acción "requiere establecer una comparación de los derechos de las partes en la sucesión del causante, lo cual no puede hacerse sino sabiendo el preciso parentesco o vínculo existente entre ésta y aquéllas", vínculo que no halló demostrado en este caso en relación con la citada demandada. Si esta fue la base de la decisión impugnada, era contra ella como el recurrente tenía que enderezar su ataque; no habiéndolo hecho así, al permanecer intacta tal base, intacta ha de quedar también la conclusión decisoria que sustenta; y,

b) Que habida consideración al objetivo del cargo, que es el de hacer prevalecer la calidad de heredera única de la actora en su condición de hija natural del causante, la disposición sustancial que hubiera podido violarse no sería el artículo 19 de la Ley 45, que el cargo señala como tal, sino

la del artículo 20 de la misma ley. Siendo de advertirse, además, que tratándose aquí del ejercicio de la acción de petición de herencia, la proposición jurídica completa sólo vendría a quedar integrada adicionalmente con el artículo 1.321 del C. C., el cual el cargo debía citar también como violado.

Y en relación con segundo cargo cabe considerar, además de lo expresado bajo el literal b) anterior, extensivo a él, lo siguiente:

a) que según se desprende de su desarrollo, no se trata de error de derecho en la apreciación de pruebas, como viene planteado, si no de error de hecho, pues lo que se le reprocha al Tribunal es no haberse percatado de que de las pruebas señaladas como mal apreciadas podía deducir la consecuencia demostrativa que el recurrente cree ver en ellas.

b) que dicha consecuencia demostrativa sería puramente indiciaria, y como tal sujeta a poderes de apreciación más amplios y autónomos de los que en relación con otros medios de prueba tienen los falladores de instancia, con la consiguiente aminoración de la posibilidad de incurrir en contraevidencia al ejercitarlos; y,

c) que en el caso concreto contemplado en el cargo, no sólo no hay contraevidencia sino que ni aún hay error de hecho, porque de la simple circunstancia de que dos personas reciban bienes por igual valor en la partición de los bienes de una sucesión intestada, no se puede deducir que tengan el mismo grado de parentesco con el causante.

Por lo dicho, los cargos no prosperan.

Resolución

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de nueve (9) de marzo de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario de Leonor Díaz contra María Emelina o María Ermelinda y María Sofía Gómez Ballesteros, en su condición de herederas de Ramón Contreras Ballesteros.

Sin costas en el recurso.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Cediel Angel, Enrique López de la Pava, Ernesto Blanco Cabrera, Gustavo Fajardo Pinzón, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

RESOLUCION DE PROMESA DE CONTRATO POR MUTUO CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES

No hay inconsonancia cuando el juez decide sobre materias que debe resolver de oficio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.

(Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel).

Aprobación: Acta número 8 de tres (3) de febrero de mil novecientos setenta.

Bogotá, seis de febrero de mil novecientos setenta.

Decídese el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 21 de enero de 1966, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Vélez en el juicio ordinario promovido por Héctor E. Ruiz Arce y Teotiste Suárez de Ruiz contra José Vallez Aguilera.

El Litigio

Ante el Juez 1º Civil del Circuito de Vélez, los mencionados Héctor E. Ruiz Arce y Teotiste Suárez de Ruiz demandaron a José Vallez Aguilera a efecto de que se declarase resuelto, por desistimiento de las partes, el contrato de promesa de venta recogido en el documento suscrito por ellas el 9 de marzo de 1963; se ordenase al demandado restituir a los actores el inmueble materia del contrato; y se le condenase a pagar a aquéllos el valor del arrendamiento de dicho inmueble a partir del 21 de mayo de 1962, así como la cantidad de $ 4.110.00 que recibió para cultivos de palma africana que no llevó a cabo, y las sumas que, para tales cultivos, cobró en la Caja Agraria de Cimitarra y en otras entidades bancarias

Los hechos conducentes de la demanda resúmense así:

a) Por documento privado suscrito en Vélez el 9 de marzo de 1963, los hoy demandantes prometieron vender a su demandado la finca denominada "El Paraiso", situada en el Corregimiento de Cimitarra, jurisdicción de Vélez, alindada como allí se expresa;

b) El demandado Vallez Aguilera "entró a poseer la finca" el 21 de mayo de 1962, según consta en documento de esa fecha, y desde entonces la ha venido usufructando, sin dar participación alguna a los demandantes;

c) El demandante Héctor Ruiz entregó al demandado la cantidad de $ 4.110.00 para cultivos de palma africana en la finca prometida en venta, cultivos que aquél no llevó a cabo, y cinco cheques firmados en blanco, por suma que luego se determinará, cobrados por Vállez Aguilera; y

d) El 8 de junio de 1963, víspera del día señalado para el otorgamiento de la escritura, las partes contratantes, por mutuo acuerdo, se presentaron ante el Notario 1º del Circuito de Vélez con el fin de desistir el contrato prometido, tal como aparece del certificado expedido por ese funcionario el 18 de diciembre de 1963.

Adelantado el trámite de la primera instancia, con oposición del demandado, el Juzgado del conocimiento desató la litis en sentencia de 23 de febrero de 1965, mediante la cual denegó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte deman-

dante, la cual apeló de esa resolución. El segundo grado del juicio culminó con la sentencia de 21 de enero de 1966, por medio de la cual el Tribunal revocó la del a-quo y en su lugar, resolvió:

1º Declarar que, por mutuo consetimiento de las partes, quedó resuelta, el 8 de junio de 1963, la promesa de venta celebrada entre las partes el 9 de marzo de ese mismo año.

2º Ordenar que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la celebración del contrato, y disponer en consecuencia, lo siguiente:

a) Que el demandadó restituirá a los demandantes, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo, la finca prometida en venta, con las cosas que forman parte de ella de acuerdo con el artículo 962 del Código Civil. y los frutos naturales y civiles de la misma desde el 21 de mayo de 1962, en la forma prevenida por el 964 ibidem "y con las salvedades y condiciones que se señalan en los apartes VI y VII de la parte resolutiva (sic) de esta sentencia";

b) Que el demandado restituirá a los demandantes. dentro del plazo señalado en el literal anterior, la suma de $ 3.800,00 recibida con destino a unos cultivos de palma africana que no llevó a cabo, "más los intereses legales causados y que se causen hasta la fecha de la restitución y desde las fechas de recibo de los diversos contados, según lo anotado en la primera parte del ordinal 5º del aparte III de la parte motiva de esta sentencia";

c) Que los demandantes restituirán al demandado. dentro del mismo plazo. la suma de $ 5.000.00 "recibida como parte del precio de la finca objeto de la demanda, más los intereses legales devengados y que se devenguen desde la fecha de recibo hasta la de la restitución; y

d) Que el demandado pagará a los demandantes "los perjuicios que les ocasionó con el abandono de los cultivos de palma africana que éstos tenían en la finca objeto de la promesa de contrato que se declara resuelta por medio de este fallo".

3º Negar las declaraciones pedidas en los ordinales 3º, 4º y 6º de la demanda, y

4º - Condenar al demandado en las costas de ambas instancias.

Contra este fallo interpuso el demandado el recurso de casación de que conoce la Corte y que hoy se decide.

Motivos de la Sentencia del Tribunal

Luégo de hacer un planteamiento general de la cuestión litigiosa, manifiesta el Tribunal que para los efectos del fallo de segunda instancia ha de desestimar dos de los documentos que obran en el proceso, a saber: la copia de una diligencia de remate que obra a los folios 21 y 22 del cuaderno principal, que el apoderado de la parde demandante presentó con el alegato de conclusión, por no haber sido allegado en ninguna de las oportunidades taxativamente señaladas en el artículo 597 del Código Judicial; y el certificado expedido el 8 de junio de 1963 por el Notario 1º del Circuito de Vélez, visible al folio 18 del mismo cuaderno y presentado por el demandado con la contestación de la demanda, por ser inexacto en cuanto a las personas a que se refiere y a los hechos que expone, porque hace referencia a documentos que no pertenecen al archivo de la Notaría y sobre los cuales el Notario no puede dar fe, y porque se expidió con vista de un documento privado que en la fecha del certificado carecía de valor probatorio.

Examina luego los hechos de la demanda a la luz de las pruebas que obran en el juicio, y al referirse concretamente a la promesa de venta materia del litigio encuentra probado que los prometientes vendedores entregaron la posesión del inmueble al prometiente comprador el 21 de mayo de 1962; que éste entregó a aquéllos, en esa misma fecha, la cantidad de $ 5.000.00 como arras del negocio, obligándose a pagar el saldo del precio así: $ 20.000.00 el día del otorgamiento de la escritura de venta respectiva, y los $ 25.000.00 restan-

tes "para cancelar la obligación contraída por el promitente vendedor Héctor Ruiz, de conformidad con documento que obra en la Caja Agraria de Cimitarra"; que el 8 de junio de 1963 se presentaron los contratantes en la Notaría 1ª de Vélez, donde se elaboró la escritura destinada a perfeccionar el contrato prometido, la cual se protocolizó bajo el número 491, sin las firmas de los otorgantes y de los testigos instrumentales; que en la Notaría se presentó la documentación que exige la ley para el otorgamiento de la escritura y se pagaron los respectivos derechos notariales.

De donde concluye el sentenciador que "en el caso de autos se hizo cuanto debía hacerse para darle cumplimiento a la promesa de contrato a que este juicio se refiere y transmitir el dominio del inmueble de los promitentes vendedores al promitente comprador, pero no se llegó a la formalización plena del mismo contrato por desistimiento de las partes, como lo afirman los demandantes, o porque el demandado no pudo recibir la escritura por estar la mitad del terreno prometido en venta bajo embargo judicial, como lo afirma la contraparte, con lo cual según el criterio de la misma contraparte los primeros faltaron al cumplimiento de la obligación de entregarle saneado el terreno que le vendían".

Dice que los artículos 1602 y 1625 del Código Civil consagran el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para dejar, de común acuerdo, sin valor los contratos celebrados; que aunque la jurisprudencia y los doctrinantes están de acuerdo en la existencia de ese fenómeno jurídico, discrepan en cuanto a su denominación, y es así como lo designan con los nombres de anulación, rescisión, revocación, resolución, resiliación y caducidad; que el Tribunal parte del principio de que el mutuo consentimiento de las partes es un medio de dejar sin valor los contratos o de extinguir obligaciones civiles, aplicable, desde luego, a las promesas de contrato; que el Código Civil no reglamenta la forma como deben proceder las partes para llevar a cabo la resiliación o revocación de un contrato, salvo el caso contemplado en el artículo 2585 de ese estatuto, según el cual "si después de haberse extendido un instrumento quedare sin ser firmado, por desistimiento de los otorgantes o por otro motivo, el Notario, sin borrar el número que corresponde al instrumento pondrá y suscribirá con firma entera, al pie del mismo instrumento, una nota expresiva del motivo por qué no se firmó"; que, en consecuencia, la constancia que aparece al pie de la escritura 491 que dice: "Anulada por desistimiento de las partes", fue puesta por el Notario en cumplimiento del precepto transcrito.

Agrega que de los dos certificados contradictorios expedidos por el Notario 1º de Vélez, que obran en autos, sólo tiene valor legal el que obra al folio 3 del cuaderno principal, según el cual la escritura de 8 de junio de 1963 fue anulada "por desistimiento de las partes", porque dicho documento contiene la certificación de hechos que constan en el archivo a su cargo, cuya existencia quedó establecida en la inspección ocular practicada el 25 de junio de 1964; que el otro, en cambio, pasó por alto la constancia que obra en el archivo de la Notaría y señala como causal de la no firma de la escritura una que no consta en tal archivo. "En esta situación -expresa-, no habiéndose firmado la escritura destinada a cumplir la promesa de contrato de que habla este juicio 'por desistimiento de las partes', el Tribunal no puede menos de reconocer que por consentimiento de ambas partes dicha promesa de contrato quedó resuelta, con las consecuencias legales que de esta resolución se derivan".

Nota luégo el sentenciador que "aún cuando se quiera decir otra cosa, es lo cierto que el demandado, según su propia confesión al contestar la demanda y según el alegato de conclusión de su apoderado en el juicio, desistió de cumplir la promesa de contrato celebrada con los señores Ruiz Arce y Suárez de Ruiz, pero dándole al desistimiento una razón: la de que los promitentes vendedores no habían cumplido con la obligación de entregarle el terreno saneado, desde luego que la mitad del mismo terreno estaba embargada por decreto

judicial"; que tal razón, empero, no es aceptable por cuanto en el proceso se halla acreditado que "el Banco embargante aceptaba la escritura de tradición del dominio del terreno a que este juicio se refiere, desapareciendo con ello el objeto ilícito en la enajenación conforme al ordinal 3º del artículo 1521 del Código Civil". Hace luégo otras consideraciones al respecto y concluye:

"De lo anterior se deduce que no es válida la causal alegada por el promitente comprador para desistir del perfeccionamiento de la promesa de contrato tantas veces mencionada en este fallo y que, en consecuencia, está en firme la situación a que se refieren los demandantes en los hechos h), y j) de la demanda a que dió lugar este juicio y que, por tanto, las peticiones primera, segunda, tercera y séptima de la misma demanda deben prosperar, por lo cual el fallo de la primera instancia que los desconoció debe ser revocado".

Pasa a referirse a las consecuencias de la resolución decretada por sentencia judicial y observa que no pueden ser otras que las señaladas por la Corte en sentencia de 29 de febrero de 1963. según la cual "la resolución obra doblemente sobre el contrato: para lo futuro. quitándole su fuerza; para lo pasado. deshaciendo sus efectos"; que como los demandantes entregaron al demandado el inmueble prometido en venta. el 21 de mayo de 1962, y de los $ 50.000 estipulados como precio sólo recibieron $ 5.000.00, tienen aquéllos derecho a que el segundo les restituya el inmueble referido junto con los frutos, pero únicamente en la proporción que corresponda a la parte del precio no pagado, tal como para el contrato de compraventa lo establece el artículo 1932 del Código Civil; que, consiguientemente, el demandado está obligado a restituír a los demandantes el 90% de los frutos del terreno prometido en venta a partir del día en que lo recibió y hasta la fecha de la restitución, en las condiciones que señalan los artículos 964 y 965 del C. C.; que como los demandantes entregaron al demandado $ 3.800.00 para unos cultivos de palma africana que no llevó a cabo, debe aquél restituírlos a los primeros y abonar, desde la fecha de recibo de los diversos contados, el interés legal, de conformidad con el artículo 1617, ordinal 1º del mismo Código; que "según la diligencia de inspección ocular que obra en el cuaderno de pruebas de los demandantes, el demandado tenía en completo abandono el terreno recibido de los demandantes por razón del contrato prometido y resuelto", y como tal abandono causó perjuicios a los demandantes, el demandado debe indemnizarlos; que como el demandado pagó a los demandantes la cantidad de $ 5.000.00 como parte del precio convenido, deben éstos restituirle esa suma con los intereses legales correspondientes desde la fecha de recibo. conforme al ordinal 1º del artículo 1617 del Código Civil: que, finalmente, desde la fecha en que quedó resuelto el contrato de promesa de venta debe considerarse al demandado como poseedor de mala fe para los efectos de las prestaciones mutuas.

La Demanda de Casación

Dos son los cargos que en ella se formulan a la sentencia del Tribunal. uno dentro del ámbito de la causal primera y otro con fundamento en la segunda. Empero como en el segundo cargo se atribuye al sentenciador un error in procedendo, ha de examinarse en primer término.

Cargo segundo

La falta de consonancia entre la sentencia impugnada y las pretensiones de los demandantes hácela consistir el recurso en que se condenó al demandado a prestaciones e indemnizaciones no pedidas por los actores. "Ellos -dice- demandaron reintegro de sumas recibidas por Vallez de sus manos o de terceros a favor de la promesa, pero no sus intereses, y no solicitaron resarcimiento alguno por daños que no alegaron siquiera. Pese a lo cual la sentencia, en su aparte b) incluye intereses, y en el d) condena a pagar perjuicios por abandono de cultivos".

Considera la Corte:

I. - Siendo la sentencia el acto por medio del cual el Estado decide qué tutela dispensa la ley a un interés jurídico determinado, debe existir una estrecha armonía entre ella y las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, tal como lo preceptúa el artículo 471 del C. J. El fallo es incongruente, por tanto, cuando decide sobre puntos ajenos a la controversia (extra petita); o cuando provee más allá de lo pedido (ultra petita); o cuando deja sin decidir algún punto de la demanda o de las excepciones (mínima petita). En esta última hipótesis la sentencia es inconsonante puesto que no ha desatado la controversia en su totalidad y , por consiguiente, la relación procesal continúa trabada en lo no resuelto; y lo es en las otras dos por cuanto el juzgador carece de jurisdicción para proveer sobre extremos que no le han sido sometidos.

II. - No se presenta el vicio de inconsonancia en los casos en que el sentenciador se halla facultado por la ley para pronunciarse de oficio sobre ciertos extremos de la controversia, pues en tal hipótesis, aunque el demandante o el demandado no los hayan sometido expresamente a su decisión, se hallan incluídos en la relación procesal por mandato del legislador, y en consecuencia, las partes saben, desde el momento en que aquélla se constituyó, que tales cuestiones son objeto del debate. Tal acontece, v. gr., con las excepciones perentorias que el juez puede declarar de oficio al tenor del artículo 343 del Código Judicial; con las prestaciones mutuas en los casos en que hay lugar a ellas; con la restitución de las cosas al estado que tenían antes de la celebración del contrato que se anula, se resuelve o se declara absolutamente simulado; con la cuota con que cada cónyuge debe contribuir para la educación y alimentos de los hijos, cuando se decreta la nulidad del matrimonio civil etcétera.

III. - Sobre la base de que la revocación de un contrato por mutuo consentimiento de los contratantes ha de producir los mismos efectos de la resolución judicialmente declarada, esto es, volver las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse, estimó el sentenciador que el prometiente comprador debía restituir a los demandantes el terreno prometido en venta y la cantidad de $ 3.800.00 que de ellos recibió para los cultivos de palma africana. Y no obstante que en la demanda no se solicitó el pago de intereses, el Tribunal condenó al demandado a restituír a los demandantes la citada suma de $ 3.800.00, "más los intereses legales causados y que se causen hasta la fecha de la restitución y desde las fechas de recibo de los diversos contados", por considerar que el artículo 1617, ordinal 1º del Código Civil, lo autorizaba para hacerlo. No reparó, sin embargo, el sentenciador, que el artículo 1617 prenombrado, al regular la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de la obligación de pagar una cantidad líquida de dinero, exige expresamente, al igual que el 1615, que el deudor se halle constituído en mora; y es evidente que en el caso litigado el demandado no se halla en mora de pagar la cantidad de $ 3.800.00 precitada, pues no tenía señalado plazo para tal efecto, ni aparece que hubiera sido judicialmente requerido, tal como lo establece el artículo 1608 del Código Civil. Síguese de lo dicho que no era aplicable al caso sub-lite el precepto del artículo 1617 memorado, y, por ende, que la condena impuesta al demandado de pagar a la parte actora unos intereses cuyo pago no suplicó, resulta incongruente.

IV. -Otro tanto sucede con la obligación que se le impuso al demandado de pagar a los demandantes "los perjuicios que les ocasionó con el abandono de los cultivos de palma africana que éstos tenían en la finca objeto de la promesa de contrato", pues en el petitum de la demanda no se impetró el pago de tales perjuicios, ni en la causa petendi se afirman hechos referentes al daño sufrido por la parte actora y al vínculo de causalidad entre aquél y la culpa del demandado. Aunque esa culpa se presume en el contratante que no ha satisfecho sus obligaciones, no se deduce necesariamente de ella la existencia del perjuicio ni del nexo causal, pues bien puede acontecer que no obstante la culpabilidad del demandado

no se hayan causado perjuicios al actor. Era, por tanto, necesario que el demandante expresara en el libelo cuáles fueron los perjuicios que sufrió a causa del incumplimiento del demandado, que reclamara su pago y demostrara su existencia, para que el juez pudiera ordenar su indemnización. Como en la demanda incoativa de este proceso no se dijo cuáles fueron los perjuicios sufridos por los demandantes en razón del incumplimiento del demandado de su obligación de hacer cultivos de palma africana, ni se postuló su pago, la condena a indemnizarlos que se le impuso a aquél resulta incongruente.

Prospera el cargo que se estudia, y, en consecuencia, ha de casarse el fallo impugnado, en lo pertinente.

Cargo primero

Denúnciase en él "quebranto de los artículos 1625, 1546, 1932, 961 a 969 C. C., por aplicación indebida, y de los artículos 1602, 1603, 1608, 1609 y 1610 ibidem, por violación directa, derivado de errores de derecho y de hecho evidentes en la apreciación probatoria y de errónea interpretación de los artículos 1602 y 1625, junto con el 2585 C. C.".

A juicio del censor, el Tribunal habría incurrido en manifiesto error de derecho en la ponderación de los siguientes elementos probatorios:

a) Del certificado notarial de 18 de diciembre de 1963 (C. 1 Fl. 3) y de la nota puesta por el funcionario en la primera hoja del boceto de escritura, distinguida con el número 491, que dice: "Anulada por desistimiento de las partes", por haberles dado "alcances diferentes de los que en ley posee". "La expresión notarial -explica- prueba que las partes no firmaron la escritura, que se negaron a hacerlo, que no insistieron y no completaron la operación, de lo que se dejó constancia conforme al artículo 2585 C. C. Pero no es crédito en pro de destrate o retractación respecto de la promesa, pues si bien la escritura se ofrece como cumplimiento de las obligaciones de aquélla, su no otorgamiento por ninguno de los interesados no es indicio, ni necesario ni contingente, de que la promesa fuera invalidada o declarada ineficaz por sus autores. La dicción notarial, sin embargo, fue tomada por el Tribunal en sí como prueba concluyente, definitiva, y, lo que es peor, única, de que las partes habían desistido de la promesa que las ataba".

b) De la certificación del Notario Primero de Vélez que obra al folio 20 del cuaderno primero, por haberle "negado a un documento púbico, regularmente extendido, el valor de plena prueba que la ley le atribuye y que conserva mientras no se puntualice su falsedad instrumental o ideológica, cosa que no ha ocurrido aquí". Y con el propósito de fundar su acusación, expone el recurrente: "Pero lo más grave es que el Tribunal desestima la certificación que el Notario expidió a Vallez el propio día de los acontecimientos, y que obra al folio 20 del primer cuaderno, dizque por 'inexactitud en cuanto a las personas a que se refiere', 'a los hechos que expone', porque 'está expedido con referencia a documentos que no pertenecen al archivo de la Notaría y sobre los cuales el Notario no puede dar fe' y 'con vista de un documento privado que para entonces carecía de valor probatorio'. Todo lo cual es pura y simple tergiversación de la verdad y pretensión desenfadada e impropia de un juzgador. En efecto, el certificado no dice que los Ruiz no hubieran estado presentes, sino, simplemente, que Vallez compareció según su propio dicho a firmar la escritura pública contemplada en promesa suscrita con los Ruiz el 9 de marzo de 1963, de suerte que no hay ninguna inexactitud respecto a las personas; agrega la certificación notarial, que Valles no pudo recibir la escritura en referencia porque la mitad del inmueble prometido se hallaba embargada en determinado proceso ejecutivo y porque la cláusula cuarta de su contrato obligaba a su contraparte a entregarle saneada la finca; es decir, que según la expresión del presunto otorgante, él rehusaba suscribir el instrumento por, existir un hecho incompatible con la legalidad de la operación y que implicaba a la vez incumplimiento de los otros promitentes.

El certificado, pues, no se expidió con vista en documentos extraños (certificado del Registrador), ni en documentos no reconocidos (la promesa), ni versa sobre cuestiones falaces: El Notario manifiesta lo que ocurrió y lo que dijo al punto el interesado, tal como es su deber".

c) Del "conato de escritura" número 491 de 8 de junio de 1963 y de la inspección ocular que sobre ese instrumento se practicó, pues del hecho de que allí aparecería el comprador Vallez constituyendo hipoteca a favor del Banco Popular hasta por $ 22.000.00, que el Gerente del mismo aceptaría en garantía, deduce el sentenciador "una evidente intervención del Banco en forma de autorización de la venta por parte de los señores Ruiz, y por ende, un permiso del acreedor, excluyente de la ilicitud de objeto, a los dictados del artículo 2521 3º C. C., (sic) para en últimas hallar indicio de que las partes desistieron del contrato de promesa", cuando lo que tal instrumento acredita "no es más sino que el Notario, a solicitud de alguien, que no se sabe quién, escribió ese texto, que las partes rehusaron luego firmar, los Ruiz, sin dar explicaciones, y Valles, por los motivos expuestos en el certificado a él expedidio".

Agrega el recurso que la inspección ocular sólo prueba lo que el juez observó, y que dicho funcionario vió un proyecto de escritura, anulado por el desistimiento de las partes, sin firmas, sin votos buenos o autorizaciones de nadie; pero que de allí deduce el Tribunal "que los supuestos intervinientes convinieron lo que rechazaron firmar, y, yendo más lejos, una prueba de que al negarse Valles a suscribir tal escritura, convino con su contraparte desistir de la promesa pendiente"; que al proceder así incurrió en error de derecho, "por cuanto la falta de secuencia lógica contraría las reglas del proceso mental y subvierte los valores que la ley asigna a las pruebas". Y

d) Del documento de 21 de mayo de 1962, pues "a un documento revaluado, sustituído, precaria base de obligaciones, de suyo, y luego novadas, se dió valor de plena prueba de deberes vigentes e incumplidos, y, con similar vicio lógico, el alcance de prueba de mutuo disentimiento de promesa posterior e independiente".

Dice, finalmente, que "los errores de hecho evidentes, anunciados en la formulación del cargo, estribaron en que no se tuvieron en cuenta los documentos aducidos por el reo con los cuales, ya se comentó, se pone de relieve cuál fue su actitud entonces, qué expresó y, en fin, por qué no suscribió una escritura, disconforme con la promesa, distinta de lo previsto en ella, y sobre un inmueble que no se podía enajenar, en razón de embargo vigente (C. 1º, fol. 29)".

Se Considera:

I. - La Ley de procedimiento civil brinda a las partes la posibilidad de impugnar, en casación, la sentencia proferida en segunda instancia por un Tribunal Superior, a través de causales expresas, separadas y claras, y la Corte sólo puede entrar a juzgar de esa sentencia dentro de los estrictos límites que le trace el impugnante y en el preciso campo en que se reclame su intervención. De ahí la exigencia de que la demanda de casación exprese "la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando la norma sustancial que el recurrente estime infringida", y de que "si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una". (ibidem, art. 63).

II. - Cuando el fundamento de la censura es el error de derecho en la valoración de un medio probatorio, o más de singularizarse éste, ha de señalarse la norma que fija su valor, demostrarse la existencia del error y precisarse su incidencia en la decisión del Tribunal. "No es posible -ha dicho la Corte- 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 noviembre 3 de 1966, aún no publicada, proferida en el juicio ordinario de Napoleón Castillo C. contra Evangelista Hernández y otra).

III. - Cuando la acusación se funda en error de hecho en la apreciación de una prueba trascendente, incumbe al censor individualizar el medio mal apreciado y demostrar el error en que incurrió el Tribunal por no haber visto la prueba que obra en el juicio, o por haber supuesto la que no existe en él, hipótesis éstas que comprenden la desfiguración de la prueba, cercenando su contenido o haciéndole decir lo que no expresa.

IV. - A la luz de estos principios resulta evidente que las censuras que se fundan en el error de derecho en que habría incurrido el sentenciador al valorar las pruebas señaladas en el cargo, no se ajustan a la preceptiva de la técnica del recurso, pues adolece de la falla fundamental de no indicar la norma de disciplina probatoria que habría sido infringida por aquél, y, en consecuencia, no existe el punto de referencia indispensable para establecer la existencia del error alegado por el impugnante. A lo cual cabe agregar que como todas, o casi todas, se basan en que el Tribunal tergiversó la prueba respectiva, haciéndole decir lo que no expresa, o cercenando su real contenido, el cargo ha debido formularse por error evidente de hecho y no por yerro de valoración.

V. - Otro tanto sucede con la acusación que denuncia el manifiesto error de hecho en que habría incurrido el fallador, pues no individualizó el recurrente el medio o los medios no estimados por aquél, ni precisó la incidencia que la no apreciación de tales medios tiene sobre la decisión impugnada, como de manera terminante lo ordena la ley.

VI. - Pero aunque el planteamiento del cargo no adoleciera de las fallas anotadas y, en consecuencia, entrara la Corte a examinarlo en el entendimiento de que fue formulado con base en los errores de hecho que se le imputan al Tribunal, la censura resultaría impróspera, pues no halla contraevidencia en la conclusión a que llegó aquél en el fallo impugnado de que "por consentimiento de ambas partes dicha promesa quedó resuelta", desde luego que tal conclusión se funda no sólo en la nota puesta por el Notario al pie del instrumento distinguido con el número 491 de junio 8 de 1963, que dice: "anulada por desistimiento de las partes", sino en que según la propia confesión del demandado "al contestar la demanda y según el alegato de conclusión de su apoderado en el juicio, desistió de cumplir la promesa de contrato celebrada con los señores Ruiz Arce y Suárez de Ruiz".

Se rechaza el cargo.

Sentencia de Reemplazo

Habiendo acogido la Corte el cargo que por incongruencia se le formuló a la sentencia del Tribunal ,ha de casarse dicho fallo a efecto de prescindir de las condenas halladas inconsonantes. En consecuencia, se reproducirán, en lo sustancial, aquéllos ordenamientos que no fueron materia de ataque en casación, y los que, habiéndolo sido, el recurso no tuvo éxito.

Resolución:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de veintiuno (21)

de enero de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida en el presente negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Vélez y como juzgador de instancia revoca la de primer grado dictada por el Juzgado primero Civil del Circuito de Vélez, y, en su lugar, resuelve:

Primero. Declárase que el ocho (8) de junio de mil novecientos sesenta y tres (1963) quedó resuelto, por mutuo consentimiento de las partes, el contrato de promesa de venta celebrado el nueve (9) de marzo del mismo año, entre Héctor Ruiz Arce y Teotiste Suárez de Ruiz, de una parte, y José Valles de otra.

Segundo. Como consecuencia de esta resolución, las partes serán restituídas al estado en que se hallaban antes de la celebración del contrato, así:

a) El demandado restituirá a los demandantes, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la finca prometida en venta, con las cosas que forman parte de ella de acuerdo con el artículo 962 del Código Civil, y los frutos naturales y civiles de la misma, desde el 21 de mayo de 1962 hasta el día de la restitución, en la forma prevenida por el artículo 964 de la misma obra, y en los términos y condiciones indicados en los apartes VI y VII de la parte motiva de la sentencia del Tribunal;

b) El demandado restituirá a los demandantes, dentro del plazo señalado en el literal anterior, la suma de tres mil ochocientos pesos ($ 3.800.00) moneda corriente, que de ellos recibió con destino a cultivos de palma africana que no realizó;

c) Los demandantes restituirán al demandado dentro del término señalado en los literales que anteceden, la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.00) moneda corriente, que recibieron como parte del precio de la finca materia de la demanda, más los intereses legales devengados y que se devenguen desde la fecha de recibo hasta el día de la restitución.

Tercero. Deniéganse las peticiones tercera, cuarta y sexta de la demanda, de cuyos cargos se absuelve al demandado.

Cuarto. Condénase al demandado en las costas de la primera instancia. Sin costas la segunda y el recurso extraordinario.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Cediel Angel, Enrique López de la Pava, Ernesto Blanco Cabrera, Gustavo Fajardo Pinzón, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario

CONTRATO DE OPCION

La sentencia en juicio de ejecución del hecho debido tiene fuerza de cosa juzgada material.

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

(Aprobado Acta Nº 10, del 6 de febrero de 1970).

(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada).

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por la parte actora en los juicios acumulados promovidos por Julio y Luis Eduardo Lamprea Charry, y por éstos mismos y otros, contra Francisco Tamayo Fierro y Leonor Russel de Tamayo, recurso relativo a la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Espinal el 18 de noviembre de 1966.

Antecedentes:

Por escritura pública número 543 de 2 de octubre de 1953, otorgada en la Notaría del Espinal, Julio Lamprea Vergara, dio en arrendamiento a Francisco Tamayo Fierro y Leonor Russel de Tamayo cuatro predios rurales ubicados en la fracción de "La Isla", Municipio del Guamo, y comprendidos por los linderos que el aludido instrumento reza, habiéndose fijado como plazo de duración de dicho contrato el de cinco años a partir del 1º de octubre de 1953.

En la cláusula séptima de la escritura en referencia se expresó lo siguiente: "Séptimo: Que por medio de este mismo instrumento se establece el contrato adicional de opción facultativo por parte de los arrendatarios de adquirir para sí o vender a terceras personas la totalidad de las fincas materia del arrendamiento, por la cantidad de un mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente, por cada hectárea y con todas sus mejoras, precio convenido por las partes y aceptado especialmente por el arrendador, operación que puede verificarse en cualquier época dentro del plazo estipulado del arrendamiento".

Julio Lamprea Vergara, quien había estado casado en primeras nupcias con Sara Charry, fallecida el 7 de abril de 1943, contrajo segundas con Leonilde Cala el 15 de julio de 1944, dejando descendencia en ambos matrimonios, murió el 26 de febrero de 1956.

Así las cosas, alegando que los sucesores de Lamprea Vergara se negaban a cumplir el pacto de opción antes mencionado, y que la cobeneficiaria de la misma opción, señora Leonor Russel de Tamayo, mediante memorial que adjuntó al efecto, lo había facultado para ejercitar para él únicamente los derechos derivados de tal pacto, Francisco Tamayo Fierro demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Espinal, mediante demanda que fue admitida el 23 de julio de 1958, a Leonilde Cala v. de Lamprea, como cónyuge sobreviviente, y a los herederos del citado causante, menores Elisabeth, Yesid, Luz Adda, Norma Amparo, Ever y Simona Lucía Lamprea Cala, representados por su madre Leonilde Cala v. de Lamprea, y a Julio y Luis Eduardo Lamprea Charry, mayores, y a María Gladys, Marina y José Jairo Lamprea Charry, menores, representados por su curador general Julio Lamprea Charry, para que por los trámites del juicio especial contemplado en el título XXXI del C. J., y en armonía con lo dispuesto por la Ley 66 de 1945, los demandados fueran requeridos a fin de que procedieran a otorgar la escritura de venta prometida mediante la opción en

referencia, en los términos estipulados, so pena de que el mismo Juzgado lo hiciera.

Adelantado este juicio con la oposición de la parte demandada, el Juzgado lo decidió en sentido totalmente favorable a la parte demandante por sentencia que, apelada, mereció la plena confirmación del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

En atención a que los demandados en el juicio a que acaba de hacerse referencia no cumplieron dentro del término que al efecto se les señaló la obligación de otorgar la escritura de venta objeto de las aludidas sentencias, el Juzgado procedió al otorgamiento de ellas de conformidad con lo dispuesto por la Ley 66 de 1945, y así lo hizo mediante la escritura número 291 de 23 de mayo de 1961, la cual se registró debidamente.

Entre tanto, en el juicio de sucesión de Julio Lamprea Vergara se había llevado a cabo la liquidación y partición de los bienes relictos, con ocasión de la cual fueron adjudicados los inmuebles materia de la opción de que antes se habló a los herederos Julio, Luis Eduardo, María Gladys, Marina y José Jairo Lamprea Charry, en común y proindiviso, según hijuela que con la respectiva sentencia aprobatoria de la partición se registró debidamente.

Los litigios.

Con los antecedentes que se dejan relacionados, surgieron los dos litigios que, iniciados separadamente, fueron luego acumulados y forman hoy el presente juicio. Litigios cuyo contenido pasa a reseñarse, así:

Por el primero de ellos, promovido mediante demanda presentada el 4 de agosto de 1958 ante el Juzgado Civil del Circuito del Espinal, Julio y Luis Eduardo Lamprea Charry, obrando en nombre y representación de la sucesión de Julio Lamprea Vergara, como herederos universales de éste, demandaron a Francisco Tamayo Fierro y Leonor Russel de Tamayo para que por los trámites de un juicio ordinario se hicieran contra éstos los siguientes pronunciamientos:

1º Que la opción contenida en la cláusula séptima de la escritura pública 543 de 2 de octubre de 1953, de la Notaría del Espinal, "no produjo efectos jurídicos entre las partes contratantes, y menos constituye obligación transmisible a los herederos universales del optante Lamprea Vergara, porque faltó una solemnidad cual es la relacionada con el registro de la citada escritura en lo que al pretendido contrato de opción se refiere";

2º Que es inexistente e inoponible a la sucesión de Julio Lamprea Vergara la pretención de los demandados Francisco Tamayo Fierro y Leonor Russell de Tamayo de que aquélla, representada por los herederos, dé cumplimiento a la estipulación contenida en la citada cláusula séptima de la escritura 543 "por cuanto los inmuebles singularizados e indicados como objeto del supuesto contrato de opción no eran de propiedad exclusiva de Lamprea Vergara, pues la sociedad conyugal formada por el mismo con la señora Sara Charry fallecida en el año de 1943, no había sido liquidada en la fecha del otorgamiento de la escritura pública 543, antes mencionada y esa sociedad conyugal era condueña de tales bienes";

3º Que como consecuencia de lo anterior, "se ordene la cancelación de cualquier o cualesquiera inscripción en el registro que sobre mutación del dominio se produjere con posterioridad a la presentación de esta demanda, sobre los inmuebles indicados como objeto del presunto contrato de opción; y como consecuencia de acción de los presuntos optatarios sobre los herederos universales del presunto optante, como representantes de la sucesión de éste".

3º bis. "Que la oportunidad que hubieran podido tener los presuntos optatarios, partiendo del falso supuesto de que el contrato de opción tuvo vida legal a pesar de no estar registrado como tal, en la forma específica ordenada por la ley, ha precluído, por no haber hecho la manifestación de compra dentro del primer año, y menos haber hecho la correspondiente y necesaria prórroga o ampliación dentro del mismo".

Subsidiariamente, y para el evento de que

las súplicas sobre inexistencia e inoponibilidad no sean atendidas, "el Juzgado se servirá declarar, que el contrato de opción es nulo de nulidad absoluta por los mismos motivos o causas en que se apoyan las dos súplicas aludidas a las cuales dan vida los hechos fundamentales de la demanda".

En 46 numerales relaciona la parte actora los hechos que aduce en apoyo de las anteriores peticiones, entre ellos algunos de los que se describieron atrás en esta providencia como antecedentes. De los demás, interesa destacar los que se pasa a sintetizar: a) que la escritura 543 varias veces mencionada se registró únicamente en cuanto al contrato de arrendamiento contenido en ella, no en cuanto al contrato de opción de que trata su cláusula séptima; b) que aunque al ir a contraer matrimonio Julio Lamprea Vergara, en segundas nupcias, con Leonilde Cala G., éstos otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales en la cual el primero hizo la declaración de que en su primer matrimonio con Sara Charry no hubo gananciales, ni ésta aportó bienes a la respectiva sociedad conyugal, la verdad es otra, pues a la época de la disolución de esta sociedad conyugal sí existían bienes sociales que Lamprea Vergara siguió manejando como propios; c) que los demandados Tamayo Fierro y Russell de Tamayo no exigieron a Julio Lamprea Vergara, en vida de éste, el cumplimiento de la opción concedida por él a aquéllos en la escritura 543; ni lo exigieron tampoco a los herederos del mismo Lamprea durante los dos años siguientes a su muerte; y solo faltando cuatro meses para la expiración del contrato de arrendamiento contenido en esa misma escritura, ha venido el demandado Tamayo Fierro a proceder contra tales herederos, pretendiendo que le den cumplimiento a la opción, aprovechándose de que los bienes objeto de la sucesión se han por lo menos cuadruplicado en su valor; d) que se encuentra precluída la oportunidad para que Tamayo Fierro y la señora de Tamayo hagan uso del derecho derivado del pretendido contrato de opción, pues no hay constancia de que, como lo previene el legislador, se haya prorrogado año tras año la existencia del vínculo jurídico, "ya que la existencia de la condición está limitada a un año, dentro de la cual puede sí haber prórroga la que en el presente caso no existe ni ha existido", y han transcurrido más de cuatro años sin que se haga la exigencia de la consumación de la opción; y, e) que tanto el contrato de arrendamiento como el de opción los celebró el causante Lamprea por consideraciones personalísimas hacia las personas de Tamayo Fierro y señora de Tamayo. "De ahí el carácter de personalísima de la obligación del presunto optante, caso de que tuviera existencia legal, la que por esa circunstancia sería intrasmisible".

El segundo litigio, iniciado por demanda presentada el 7 de diciembre de 1960, adicionada posteriormente, fue promovida contra los mismos Francisco Tamayo Fierro y Leonor Russell de Tamayo por Julio, Luis Eduardo, María Gladys, Marina y José Jairo Lamprea Charry, en sus propios nombres y como herederos de Julio Lamprea Vergara; y por Leonilde Cala v. de Lamprea, como cónyuge sobreviviente de Lamprea Vergara, y de representante legal de sus menores hijos Elizabeth, Yezid, Luz Edda, Norma Amparo, Ever y Simona Lucía Lamprea Cala, En la demanda respectiva y en la adición se pide lo siguiente:

1º Que es ineficaz y sin valor legal, y no puede por lo tanto producir efectos contra los demandantes, el pacto de opción tantas veces citado, porque los beneficiarios de ese pacto y cónyuges entre sí, Francisco Tamayo Fierro y Leonor Russell de Tamayo, "no hicieron uso de la condición potestativa de adherir ambos a dicho pacto dentro del término estipulado en el mismo, ya que de tal derecho hizo uso solo uno de los optantes, el beneficiario Tamayo Fierro, contrariando con su proceder los términos claros e inconfundibles del pacto de opción y modificando con ello la esencia misma de la obligación, en cuanto a la intervención de los sujetos activos del pacto en cuestión".

2º Que, en consecuencia, los demandantes no están obligados a otorgar en favor de Tamayo Fierro, exclusivamente, la escritura que dé cumplimiento al aludido pacto de opción "porque siendo la obligación de otorgar una escritura de compraventa una obli-

gación de dar, esto es, obligación de transferir el dominio de inmuebles, ella como divisible que es, no puede ser demandada por uno solo de los beneficiarios, en su propio nombre y para sí, sino por los favorecidos con ella, y, porque refiriéndose al pacto de opción, este no puede ser modificado unilateralmente a voluntad de los optantes ni del optatario o sus sucesores".

3º "Que, en consecuencia, los sucesores de Julio Lamprea Vergara, y en especial Julio, Luis Eduardo, María Gladys, Marina y José Jairo Lamprea Charry, dueños hoy en común y proindiviso de los inmuebles objeto del pacto de opción, por liquidación del sucesorio del causante Lamprea Vergara, tienen mejor derecho que los optantes Francisco Tamayo Fierro y Leonor Russell de Tamayo al dominio o posesión inscrita o material de dichos inmuebles... no solo por la ineficacia legal del pacto de opción referido, sino porque el dominio de los mismos inmuebles pasó del causante Lamprea Vergara a cabeza de sus adjudicatarios, los Lamprea Charry, en forma legal".

4º "Que, en consecuencia, también es ineficaz y sin valor legal alguno, toda la actuación procesal cumplida en el juicio especial de requerimiento que Francisco Tamayo Fierro, en su propio nombre y para sí, instauró y concluyó en el Juzgado Civil del Circuito del Espinal, encaminada a obtener orden judicial para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa que el causante Lamprea Vergara pactó opcionalmente a favor de Tamayo Fierro y de Leonor Russell de Tamayo".

5º Que Leonor Russell de Tamayo no pudo renunciar o ceder a favor de su cobeneficiario del pacto de opción, o sea su esposo Francisco Tamayo Fierro, "sus derechos y obligaciones que derivaba del mismo pacto opcional, y, por ende, esa renuncia es nula con nulidad absoluta y deja sin eficacia el pacto en cuestión, y libre de obligaciones al optatario o a sus sucesores".

Peticiones subsidiarias:

1º "Que se declare que Elizabeth, Luz Edda, Norma Amparo, Ever y Simona Lucía Lamprea Cala, representados por su legítima madre Leonilde Cala v. de Lamprea, y ésta misma, y por Julio, Luis Eduardo, María Gladys, Mariana y José Jairo Lamprea Charry, como sucesores aquéllos y éstos del causante Julio Lamprea Vergara, sufrieron lesión enorme o enorme engaño en el contrato de compraventa que consta en la escritura pública número 291 otorgada el 23 de mayo de 1961 ante el Notario Público Principal del Circuito del Espinal y debidamente registrada en la Oficina de Registro del Circuito del Guamo, según la cual, el señor Juez Civil del Circuito del Espinal en asocio del secretario del Juzgado y en cumplimiento de sentencias ejecutoriadas y en representación de los demandantes de hoy, transfirió al demandado Francisco Tamayo Fierro los inmuebles cuya especificación y linderos aparecen en dicha escritura".

2º "Que se decrete, en consecuencia, la rescisión por lesión enorme del contrato contenido en la citada escritura de que se habla en el punto anterior".

3º Que se declare, como consecuencia de la rescisión que se pronuncie, que el demandado Tamayo Fierro puede consentir en ella o completar en dinero el justo precio, con las deducciones legales, dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria del fallo. "Se debe ordenar expresamente que la restitución, si por ella se optare, será previo cumplimiento del artículo 1953 del C. Civil, ordenando la cancelación de la escritura y su registro y restituyendo el bien o bienes raíces por los linderos porque fueron vendidos y entregados y, además, el valor de los frutos que hubieren podido percibirse con mediana inteligencia".

4º "Que se condene al demandado al pago de los intereses comerciales, sobre su justo precio establecido en autos, desde la fecha de la presente demanda y hasta cuando haga el pago, o en su defecto de la rata anterior, al interés legal (art. 1948 C. C.)".

Para fundamentar las anteriores peticiones los demandantes empiezan por referirse a los contratos de arrendamiento y de opción

contenidos en la escritura 543 de 2 de octubre de 1953 de la Notaría del Espinal, y al juicio especial que contra éllos promovió el aquí demandado Francisco Tamayo Fierro en procura de que fuera otorgada la escritura de venta prometida conforme a la opción, y a continuación afirman estos otros hechos que se sintetizan en lo pertinente:

a) Que en la demanda del juicio especial el aludido Francisco Tamayo Fierro actuó como beneficiario único del pacto de opción, afirmando que la otra beneficiaria del mismo, Leonor Ruseell de Tamayo, lo había facultado para hacer efectivos exclusivamente para sí los derechos respectivos; b) que en esta forma los beneficiarios de la opción, con base en su condición de cónyuges entre sí, vinieron a modificar a espaldas de Julio Lamprea Vergara dicho pacto; c) que Leonor Russell de Tamayo no estaba facultada para renunciar en favor de su marido sus derechos y obligaciones como beneficiaria de la opción, porque ello implicaba no solo la celebración de un acuerdo nulo, de nulidad absoluta, entre cónyuges, por referirse a inmuebles, sino una modificación unilateral del pacto de opción, por todo lo cual la parte obligada quedó exonerada de su compromiso; d) que el dominio del causante Lamprea Vergara sobre los inmuebles materia de la opción, pasó de su cabeza a la de sus herederos Julio, Luis Eduardo, María Gladys, Marina y José Jairo Lamprea Charry, en virtud de haber sido liquidada la herencia de aquél y adjudicado a éstos tales bienes; e) que en la aludida sucesión no se hizo adjudicación alguna sobre los bienes mencionados, a los sucesores de la sociedad conyugal que el causante formó con Leonor Cala, y por lo mismo dichos sucesores nada pueden transferir a Francisco Tamayo Fierro en relación con tales bienes, contra lo ordenado por la sentencia que culminó el juicio especial de ejecución del hecho debido de que antes se habló; "y si el Juzgado lo hiciera, estaría transmitiendo el dominio de cosa ajena, lo que sería absurdo e ilegal"; f) que al causante Lamprea Vergara no le fue hecha en vida notificación alguna por los beneficiarios del pacto de opción, en el sentido de que éstos estaban dispuestos a adherir a dicho pacto'; y si bien en el juicio de sucesión de aquél el demandado Tamayo Fierro presentó un memorial en tal sentido, "ese memorial obró dentro del juicio sin que a él recayera providencia alguna, y sin que fuera puesto en conocimiento de los interesados en la sucesión mencionada"; g) que siendo ejecutivo el título en que consta el pacto de opción, "a los sucesores del causante Julio Lamprea Vergara, no se les hizo la notificación judicial de dicho título, al tenor del art. 1434 del C. Civil; h) los menores María Gladys, Marina y José Jairo Lamprea Charry no estuvieron debidamente representados en el juicio especial de requerimiento que Francisco Tamayo Fierro promovió contra éllos y otros, pues fueron demandados como pupilos de Julio Lamprea Charry, y "éste solamente figuró, en forma legal, como curador ad-litem de los referidos menores, en el juicio de sucesión del causante Lamprea Vergara"; i) que en cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de primera y segunda instancia proferida en el juicio especial de ejecución del hecho debido, el Juez Civil del Circuito y su Secretario otorgaron en favor de Francisco Tamayo Fierro la escritura pública número 291, de 23 de mayo de 1961, de la Notaría del Espinal, mediante la cual quedaron transferidos a aquél los inmuebles objeto del pacto de opción, a título de venta y por la suma de $ 144.894.20 conforme a lo estipulado en el mismo pacto; j) que el precio que los demandantes recibieron de la venta mencionada, fue inferior a la mitad del justo que correspondía a los bienes vendidos el 23 de mayo de 1961, esto es, a la fecha del contrato, pues el valor por hectárea de ellos, en la fecha indicada, no era inferior a $ 6.000.00, y el precio a que según la escritura 291 fueron vendidos, fue el de $ 1.000.00 por hectárea. Es decir, que el precio real de esas tierras, en la fecha de la escritura de venta, no podía ser inferior a la suma de $ 869.364.00.

Adelantandos los respectivos juicios con la oposición de los demandados; acumulados en un solo proceso, como ya se anunció; y practicadas las pruebas pedidas por las partes, el Juzgado del conocimiento le puso fin a la primera instancia con sentencia de

fecha 10 de julio de 1965, declarando: 1º probada la excepción de cosa juzgada en relación con las peticiones primera y tercera-bis de la primitiva demanda, lo mismo que en relación con las súplicas primera y segunda de la posterior demanda; 2º negando las demás peticiones de las mismas demandas, y absolviendo de los cargos correspondientes a los demandados; 3º ordenando la cancelación de la inscripción de la demanda; y 4º condenando a los actores en las costas.

Apelada esta sentencia por la parte actora, el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Espinal desató el recurso resolviendo:

"Primero. Refórmase el numeral primero (1º) de la sentencia apelada, que lo es de fecha de 10 de julio de 1965, dictada por el señor Juez Civil del Circuito del Espinal, numeral que queda así: Declárase probada la excepción perentoria de cosa juzgada en relación con las súplicas primera (1ª) y tercera (3ª) bis de la primera demanda ordinaria, presentada el día 4 de agosto de 1958, y también en relación con las súplicas primera (1ª), segunda (2ª) y quinta (5ª) de la posterior demanda ordinaria, presentada el día 7 de diciembre de 1960, que dieron origen a los juicios, que ahora acumulados se fallan, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"Segundo. Niéganse las demás declaraciones pedidas, y, en consecuencia absuélvase a los demandados Francisco Tamayo Fierro y Leonor Russell de Tamayo, de los cargos correspondientes.

"Tercero. Decláranse no probadas las demás excepciones propuestas por la parte demandada.

"Cuarto. Confírmanse los numerales tercero (3º) y cuarto (4º) de la sentencia apelada.

"Quinto. Condénase a la parte demandante al pago de las costas de la segunda instancia. En su oportunidad legal, tásense".

La sentencia del Tribunal.

Al entrar en el examen de las pretensiones deducidas en las demandas, empieza el Tribunal por estudiar la excepción perentoria de cosa juzgada alegada por los demandados, haciendo una serie de consideraciones abstractas sobre ese fenómeno, en particular sobre cada uno de los elementos que lo configuran, o sea sobre la identidad de objeto, de causa y de personas. Analizando la concurrencia en el presente caso de tales elementos, hace el paralelo respectivo entre el fallo que se profirió dentro del juicio especial de ejecución del hecho debido que promovió Francisco Tamayo Fierro contra los herederos de Julio Lamprea Charry, con base en la opción contenida en la cláusula séptima de la escritura 543 de 2 de octubre de 1953, de un lado, y las pretensiones deducidas en las demandas acumuladas materia de este juicio ordinario, de otro, para llegar a la conclusión de que esa triple identidad existe en lo que respecta a las peticiones primera y tercera bis de la demanda inicial, y primera, segunda y quinta de la otra demanda, y que por consiguiente se imponía declarar la excepción de cosa juzgada correspondiente. Para llegar a esa conclusión consideró el Tribunal, entre otras cosas, que para efectos de la cosa juzgada el objeto "se extiende a aquéllos puntos que sin haber sido materia expresa de la decisión de la sentencia, son consecuencia necesaria o dependen indispensablemente de tal decisión, o resultan resueltos tácitamente... Que el objeto perseguido en ese juicio especial es el reconocimiento del derecho que el señor Francisco Tamayo Fierro dice tener para que se le otorgue la escritura de compraventa, precisamente en cumplimiento de la cláusula séptima de la escritura citada, cuya validez y obligatoriedad supone la demanda". Y que en las demandas materia de este juicio ordinario "lo que se pretende es que se diga lo contrario de lo que se expresó en los fallos mencionados, o sea, en los fallos recaídos en el juicio especial ... Si el Juez ordenó cumplir la obligación de hacer, ello significa hacer el acto jurídico, plasmándolo en la escritura pública y ello presupone que el demandante en el juicio especial tenía todo derecho para que sus demandados fueren obligados a cumplir, derecho que entre otras cosas decía relación íntima o necesaria con la validez del pre-contrato cuyo

cumplimiento se exigía. Y si lo que se persigue en los juicios ordinarios... es que la opción no alcanzó la total relevancia jurídica, se verá que la pretensión involucra el mismo concepto de derecho que ya había sido debatido; porque si en el juicio especial se discutió la validez de la opción para concluír que era válida y que, consecuencialmente, cabía obligar a los demandados a otorgar la escritura, en los ordinarios acumulados ahora también se discute la validez de esa opción, para tratar de concluír exactamente lo contrario'.

Refiriéndose a la identidad de causa, estima el sentenciador que los hechos fundamentales de las tres demandas son unos mismos, y que de allí resulta tal identidad. Y en cuanto a la identidad de personas, destaca que quienes figuraron como demandados en el juicio especial, figuran también como demandantes en los ordinarios; y que quien fue demandante en el especial, o sea el señor Tamayo Fierro, figura ahora como demandado en los ordinarios, dándose por lo tanto este otro elemento de la cosa juzgada. "El que la señora de Tamayo —dice el Tribunal— no hubiese sido demandante en el juicio especial ninguna influencia tiene ahora, porque élla no ha desconocido la sentencia dictada en el juicio especial".

Pasa el Tribunal a examinar la petición cuarta de la segunda demanda, o sea la que solicita la declaración de ineficacia e invalidez de toda la actuación surtida en el juicio especial, y dice que acoge el sentido en que la interpretó el a-quo, consistente en que tal petición es eco de lo afirmado en los hechos 16 y 17 de la misma demanda, es a saber: que siendo ejecutivo el título en que quedó constando el pacto de opción, no le fue notificado a los herederos de Julio Lamprea Vergara: y que en el juicio especial los entonces menores Marta Cladys, Marina y José Jairo Lamprea Charry no estuvieron debidamente representados. Desecha el Tribunal el primer aspecto de la pretendida nulidad, diciendo que el punto también está abarcado por la excepción de cosa juzgada, puesto que en el juicio especial se trató a fondo ese tema habiéndose llegado en el fallo del Tribunal que lo decidió a la conclusión de que los herederos de Lamprea Vergara habían tenido conocimiento exacto y oportuno de la voluntad de Tamayo Fierro de hacer efectivo el pacto. Y porque además, "si las sentencias dictadas en el juicio especial accedieron a las peticiones del demandante Tamayo Fierro, fue porque consideraron que la obligación era exigible, y entonces no puede desconocerse la cosa juzgada, discutiendo en juicio posterior si aquél título era o no exigible cuando se instauró el juicio especial. Y es que la nulidad por falta de notificación del título ejecutivo a los herederos, sólo tiene tal carácter en el juicio ejecutivo (arts. 1434 del C. C. y 451 del C. J.); y la H. Corte en la casación de 27 de marzo de 1958, sostiene que al juicio especial sobre cumplimiento del hecho debido no le son aplicables por analogía disposiciones que rigen el juicio ejecutivo.

Y en cuanto al segundo aspecto de la nulidad, el Tribunal también lo desecha diciendo que en autos está probado que Julio Lamprea Charry, quien representó en el juicio especial a los menores mencionados, era curador general de éstos, plenamente facultado para ejercer el cargo. Y que si respecto a María Gladys y Marina Lamprea Charry esa curaduría expiró, éstas, ya mayores, intervinieron en el juicio y ratificaron tácitamente la actuación.

Entra luego el Tribunal a examinar la petición segunda de la primera demanda ordinaria, según la cual es inexistente e inoponible a la sucesión de Lamprea Vergara el pacto de opción porque cuando se celebró, los bienes objeto del mismo no eran propiedad exclusiva de aquél, sino de la sociedad conyugal, entonces disuelta e ilíquida, que él había formado con Sara Charry, fallecida en el año de 1943. Sobre el particular empieza diciendo el sentenciador que si según dicha petición la opción versó parcialmente sobre bienes ajenos, aquélla no podría prosperar supuesto que si la venta de cosa ajena vale, también vale la opción de venta relativa a cosa no perteneciente a quien la concede; y que si se considerara que la opción debió ser concedida también por la sucesión de Sara Charry, entonces la inoponibilidad sería

con relación a la sucesión de ésta, única que podría hacer el consiguiente reclamo, "cosa que en manera alguna ocurre en autos, porque los demandantes no invocan el carácter de herederos de doña Sara sino de herederos de don Julio... Además, como nadie puede alegar en su favor su propia torpeza, no podían, ni don Julio mientras vivió, ni sus herederos después de fallecido, acogerse a la propia falta para eludir el cumplimiento de las correspondientes obligaciones".

Continúa el Tribunal con el estudio de la petición tercera de la segunda demanda ordinaria, por la cual los actores solicitan se les declare con mejor derecho que los optantes al dominio de los inmuebles objeto de la opción, no sólo por la ineficacia de ésta, sino "porque el dominio de los mismos inmuebles pasó del causante... a cabeza de sus adjudicatarios, los Lamprea Charry", y comenta de entrada: "En cuanto se pretende la declaratoria de mejor derecho por ser ineficaz el pacto de opción, tal punto está comprendido por la cosa juzgada, como ya se dijo en páginas anteriores; pero, en cuanto ese mejor derecho se pretende con base en que el dominio pasó del causante a los adjudicatarios, tal cuestión es la que queda fuera de la cosa juzgada".

Pasa entonces el Tribunal a estudiar por este último aspecto la petición aludida, y recuerda al efecto principios sobre la apertura de la sucesión por causa de muerte, el nacimiento de la indivisión hereditaria, la finalización de ésta por la partición, el efecto retroactivo de la partición y el modo derivativo de adquirir que la sucesión por causa de muerte supone, y también que ni la sociedad conyugal ni la sucesión son personas jurídicas, por lo cual "cuando se dice demandar a la sucesión de don fulano representada por sus herederos no se está demandando a una inexistente persona moral, sino a personas que existen y que además tienen el carácter de sucesoras o continuadoras del causante". Se comprenderá así —agrega— que cuando resulta vencida una sucesión demandada, el vencido no es en realidad de verdad el fallecido, ni la inexistente persona moral, sino los continuadores que, si bien es cierto que adquirieron derechos, también recibieron obligaciones que por no haber cumplido el causante tienen éllos qué satisfacer. Los adjudicatarios no derivan propiamente su derecho de la partición... sino de la sucesión por causa de muerte. La partición lo único que hace es concretar ese derecho, extinguir la comunidad universal. Si los demandados en el juicio especial resultaron condenados como se ha visto, y si el señor Juez otorgó la escritura pública que obra en autos, mal puede pretenderse un mejor derecho invocando un simple acto de partición registrada. Porque la obligación de hacer ya se venía reclamando en el juicio especial, y la sentencia que despachó favorablemente las peticiones del libelo, ejecutada por la posterior escritura pública que luego fue registrada, desplazó los bienes de manos de los herederos a cabeza del señor Tamayo, sin que su derecho pueda vulnerarse por haberse o no aprobado la partición".

Concluye el Tribunal esta parte del fallo diciendo que las obligaciones nacidas de la opción son de hacer, y que se cumplen prestando el consentimiento que se ha convenido prestar para la celebración del futuro contrato prometido, como lo ha dicho la Corte. "Es decir, que los herederos... adquirieron o heredaron también esa obligación de hacer, y para pagarla tienen que prestar el consentimiento para la celebración del contrato prometido. Es esta otra explicación que hace ver más claramente cómo aquéllos deudores no pueden pretender 'mejor derecho'."

Examinando en seguida las peticiones sobre lesión enorme deducidas con la corrección de la segunda demanda, hace el sentenciador una serie de consideraciones en torno al fenómeno de la opción y a sus relaciones con la lesión enorme, para llegar a la conclusión de que cabe la rescisión, por lesión de ultra mitad, de las compraventas de inmuebles que hayan sido precedidas de una promesa de celebrarla, sea esta bilateral o unilateral. Sentado lo anterior, pasa a dilucidar cuál es, tratándose de la opción, la fecha que debe tenerse en cuenta para precisar el justo precio, y tras descartar que tal fecha sea la de celebración del pacto de

opción, o, en un caso como el de autos, la del otorgamiento de la escritura de la venta prometida, sienta la tesis de que esa fecha no puede ser otra que aquélla en que el beneficiario de la opción haya manifestado su voluntad de hacerla efectiva, que es cuando viene a ser exigible la obligación de hacer que la opción comporta. Y si en el presente caso está acreditado que el 26 de mayo de 1956 el demandado Francisco Tamayo Fierro se presentó al juicio de sucesión de Julio Lamprea Vergara a poner en conocimiento de los sucesores de éste la existencia de la opción de que aquí se trata, y si en el juicio especial de ejecución del hecho debido tanto en la sentencia de primera como de segunda instancia el Juzgado y el Tribunal fueron enfáticos en que con esa intervención Tamayo Fierro comunicó su voluntad de comprar, fue en la fecha indicada cuando se levantó la opción, cuando se hizo exigible la obligación de celebrar el contrato de venta, y a ella por lo tanto debe referirse la apreciación del justo precio de los bienes prometidos para efecto de calificar la lesión enorme invocada en la corrección o adición de la segunda demanda ordinaria.

Con estas bases, y tras entender que el avalúo practicado en este juicio de los bienes materia de la venta se hizo con relación a la fecha en que el Juez Civil del Circuito del Espinal, otorgó la escritura pública de venta, o sea al 23 de mayo de 1961, el Tribunal encontró que no se había demostrado cuál era el precio justo de esos bienes en la fecha que según él debía tenerse en cuenta al efecto, o sea el 26 de mayo de 1956, y en consecuencia dedujo que no estaba demostrada la lesión enorme alegada. No sin poner de presente, además, que tanto las partes como los peritos avaluadores aludieron a la existencia de mejoras y a valorización de los inmuebles producida por la ejecución de obras de regadío; que la Corte ha sostenido que el aumento de valor de un bien por causas como esas, producido con posterioridad a la celebración de la promesa de venderlo, no incide en la determinación del justo precio de aquí; y que en el caso de autos "los demandantes no han probado ser los realizadores directos de las obras, ni haber pagado la correspondiente valorización o reembolso".

En cuanto a las restantes peticiones, consideró el Tribunal que por ser consecuenciales o identificarse en el fondo con otras ya examinadas y halladas imprósperas, su suerte habría de ser la misma de éstas.

El recurso de casación.

La demanda de casación, formulada únicamente a nombre de los demandantes José Jairo y María Gladys Lamprea Charry, aduce seis cargos contra la sentencia del Tribunal, todos por la causal primera, que se pasan a estudiar en su orden, así:

Primer cargo:

Se enuncia diciendo que en la sentencia recurrida incurrió el Tribunal en los siguientes errores: "error de derecho consistente en la no aplicación de los artículos 990, inciso 3º del C. J.; por la indebida aplicación de los artículos 473 y 474 del C. J.; por errada interpretación del Título XXXI del Libro Segundo del C. J.; por errada aplicación de los artículos 990, 971 a 974 del C. J., 1º de la Ley 66 de 1945; y por error de derecho en la apreciación de la prueba que obra en autos sobre concurrencia de los factores que implican la "cosa juzgada" y a la cual prueba el Tribunal le atribuye un valor que legalmente no le corresponde, es decir, el Tribunal incurrió en yerro de valoración probatoria por estimar el mérito de los elementos de convicción en desacuerdo con las regulaciones de la ley constitutiva de la tarifa legal de pruebas, y estimó que era del caso aplicar los artículos 982, 990, 971 a 974 del C. J. y art. 1º de la Ley 66 de 1945; y por error de hecho consistente en que el Tribunal tuvo la creencia equivocada de que las pruebas allegadas al juicio acreditaban suficientemente hechos en los cuales basó su decisión, siendo lo contrario".

Explicando el cargo dice el recurrente que el Tribunal halló que existía identidad de personas, de objeto y de causa entre lo decidido en el juicio especial sobre ejecución del hecho debido que promovió Francisco Tamayo Fierro contra la cónyuge sobreviviente y los sucesores de Julio Lamprea Vergara, de un lado, y las demandas ordinarias

que dieron lugar al presente proceso, pero que en realidad tal identidad no existe respecto de ninguno de aquéllos elementos.

En el intento de demostrar su aserto, el censor hace una comparación entre el contenido del juicio especial y los planteamientos que traen las demandas ordinarias, y llega a la conclusión de que los sujetos de aquél no son los mismos que figuran como sujetos de éstos, por lo cual no hay identidad de personas; que el objeto, el derecho pretendido en el juicio especial, que fue la celebración del contrato prometido mediante el pacto de opción, es diverso de los pretendidos en las demandas ordinarias, que es la ineficacia, la invalidez, la inoponibilidad y la caducidad de ese pacto a los demandantes, aceptando de paso "que el objeto abarca aquéllos puntos que sin haber sido materia expresa de la decisión de la sentencia, son derivados necesarios, o con ellos están estrechamente enlazados"; y que tampoco hay identidad en las causas de las pretensiones, porque si en el especial la causa petendi fue una presunta mora en el cumplimiento de la obligación de celebrar un contrato de venta, sin penetrar en la causa generadora de esa obligación, en las demandas ordinarias lo que se pretende no es la inexistencia de la obligación sino la del pacto mismo.

Se considera:

I. - Como es sabido, la violación de ley sustancial, para efectos de la causal primera de casación, puede producirse por dos vías: la directa y la indirecta. La violación es directa cuando, sin deberse a yerros la apreciación probatoria es consecuencia inmediata y exclusiva de un error (error in iudicando) consistente en términos generales en no definir el caso particular y concreto de que se trate a la luz de la ley material llamada a gobernarlo. Y es indirecta cuando el error jurídico cometido proviene de otro error anterior consumado con ocasión del examen de la prueba relativa a las circunstancias configurativas del caso mismo: por virtud de incurrir en yerro al examinar el material probatorio, la cuestión de hecho juzgada se toma distinta a lo que es en la realidad, y por ello se enjuicia frente a una norma que no es la pertinente a tal realidad.

Se destaca, pues, en la anterior diferenciación, que en la violación directa no se ofrece discrepancia alguna entre el recurrente y la sentencia acusada respecto a la apreciación de la cuestión fáctica; al paso que en la violación indirecta ocurre todo lo contrario, pues es precisamente de la indebida apreciación de tal cuestión de donde arranca la violación de la ley sustancial que se reprocha. No más con decir lo cual se advierte claramente, entonces, que la violación directa y la indirecta no pueden ser invocadas dentro de un mismo cargo, por ser incompatibles entre sí y excluírse por lo mismo recíprocamente, desde luego que no cabe dentro de la lógica que, para darle paso a una acusación por violación directa, se tenga como bien apreciada por el fallador la cuestión de hecho; y que a igual tiempo, para cimentar una censura por violación indirecta, se empiece por impugnar la apreciación que de esa misma cuestión de hecho traiga la sentencia. De ahí que la doctrina tenga dicho que peca contra la técnica del recurso de casación, y no es viable por lo tanto, un cargo que se formula al mismo tiempo por violación directa e indirecta de normas sustanciales.

II. - Del mismo modo, por razones paralelas, en el campo de la violación indirecta, son también excluyentes entre sí, y por ende incompatibles respecto de unas mismas pruebas, los dos tipos de error medio que pueden conducir a la infracción de la ley sustancial, es decir, al error de hecho y el error de derecho. Pues el error de hecho supone que dejó de percibirse una prueba obrante en autos, en todo o en parte, o que se supuso una prueba inexistente; mientras que el de derecho parte de la base de que la prueba fue percibida cabalmente en su realidad objetiva, recayendo el error sólo en que a esa prueba así captada se le desconoció la fuerza probatoria que la ley le asigna o se le atribuyó la que ella no le otorga. Por manera que mal puede sostenerse, respecto de una misma prueba, que haya dejado de ser tenida en cuenta, por error de hecho, y que a la vez haya sido tenida en cuenta

para errar de derecho en su valoración; y de ahí que también la doctrina haya reiterado que es contradictorio, y como tal ineficaz, un cargo por violación indirecta que se funde conjuntamente en error de hecho y en error de derecho en la apreciación de una misma prueba.

III. - Prescriben los cánones en materia de recurso de casación, a propósito de la causal de la violación indirecta de ley sustancial, que la formulación de un cargo por ese motivo exige necesariamente indicar con precisión las pruebas que se consideren mal apreciadas, bien por error de hecho, o bien por error de derecho. Y cuando de error de derecho se trate, debe además el recurrente señalar la norma de derecho probatorio que regule el mérito de la prueba que se considere equivocadamente valorada. Exigencias que se explican con la sola consideración de que si el recurrente debe demostrar ante la Corte el cargo que proponga, en la hipótesis en referencia no se ve cómo podría evidenciar errores como esos sin determinar las pruebas en relación con las cuales se digan cometidos, y, en caso de error de derecho, sin identificar la norma de derecho probatorio desatendida.

IV. - En el caso el cargo que ahora se examina ocurre:

a) Que él aparece enunciado en forma indicativa de que la violación de ley sustancial allí imputada, se produjo a la par por la vía directa y por la indirecta, lo que, como ya se vió, no puede ser;

b) Que si atendiendo a los desarrollos del cargo, se interpretara que la vía de violación realmente invocada por el recurrente es la indirecta, se encontraría que entonces el recurrente estaría fundando la censura a la vez en errores de hecho y de derecho; y que si exprimiendo aún más el cargo fuera posible aislar uno de dichos errores y examinar en función de él el fondo de la censura, se tropezaría con que ello tampoco conduciría a nada porque el recurrente no señaló con la precisión requerida las pruebas mal apreciadas, ni menos el sentido en que lo fueran, además de que, respecto del pretendido error de derecho, omitió individualizar las normas de derecho probatorio que hubieran sido infringidas.

Por lo expuseto, pues, el cargo debe ser rechazado.

Segundo cargo:

Acusa la sentencia "por indebida aplicación de los artículos 473 y 474 del C. J., e interpretación errónea de estos mismos artículos y del 990 ib. en relación con la aplicación de los artículos 971 a 974 C. J. y artículo 1º de la Ley 66 de 1945, relacionado con el 984 inciso 1º ib."

En sustentación del cargo afirma el recurrente que el juicio sobre ejecución del hecho debido de que tratan los artículos 971 a 974 del C. J. y el artículo 1º de la Ley 66 de 1945 forma parte de la especie de los juicios ejecutivos, según se desprende del inciso 3º del artículo 990 del C. J. Es decir, que el procedimiento de ese juicio es ejecutivo, y por serlo debe entenderse que forma parte integrante de él el artículo 1030 del C. J., conforme al cual la sentencia de excepciones no funda la de cosa juzgada y puede revisarse por la vía ordinaria. En consecuencia, la sentencia dictada en el juicio especial de que tratan los artículos 971 a 974 del C. J. y 1º de la Ley 66 de 1945, no funda la excepción de cosa juzgada material.

Se considera:

De las disposiciones que en este cargo se señalan como violadas, solamente la del artículo 743 del C. J. tiene el carácter de sustancial, y la única que por lo tanto podría servir de apoyo a la causal primera de casación en cuyo ámbito viene aquél formulado. Las demás no tienen ese carácter, por no ser consagratorias de derechos u obligaciones civiles, pues la del artículo 474 se limita a determinar los elementos constitutivos de la cosa juzgada, y las de los artículos 971 a 974 y 990 del C. J., y 1º de la Ley 66 de 1945, a reglamentar aspectos de simple procedimiento relativos al juicio ejecutivo y al de

ejecución del hecho debido.

Precisado lo anterior, para rechazar el cargo le basta a la Corte recordar que la cuestión central allí arropada fue examinada por élla en sentencia de 27 de marzo de 1958, G. J. Nº 2194. T. LXXXVII, pág. 505 y ss., habiendo llegado a la conclusión de que la sentencia firme dictada en el juicio de ejecución del hecho debido tiene fuerza de cosa juzgada material, y no es por lo mismo susceptible de revisión en juicio ordinario, pues no le es aplicable por analogía la disposición del artículo 1030 del C. J. que hace revisable en juicio ordinario las sentencias de excepciones y de pregón y remate proferidas en el juicio ejecutivo propiamente dicho. Doctrina ésta que hoy se reitera, por no encontrarse razón para rectificarla.

Cargos tercero, cuarto y quinto:

Se formula el cargo tercero "por error consistente en que el Tribunal estimó, equivocadamente, que de las pruebas allegadas al juicio resultaba acreditada suficientemente la personería sustantiva del actor Francisco Tamayo F. en el juicio ejecutivo especial sobre ejecución del hecho debido. El juzgador ad-quem incurrió en yerro de valoración probatoria extralimitándose en la estimación del mérito de la manifestación de la señora Russell de Tamayo, originando una convicción errada que, como tal se halla en desacuerdo con las regulaciones de la ley constitutivas de la tarifa de pruebas, violándose con ello los artículos 1494, 1495, 1568, ordinal 2º, 1602 C. C., artículo 3º Ley 28 de 1932".

En larga exposición sustenta el recurrente este tercer cargo, afirmando en síntesis: que en el pacto de opción no se estipuló solidaridad respecto de los beneficiarios del mismo Francisco Tamayo F. y Leonor Russell de Tamayo; que al demandar Francisco Tamayo F. por juicio especial de ejecución del hecho debido, ideó una cesión a su favor de la co-optante Russell de Tamayo, cesión que es nula porque refiriéndose a derechos reales inmuebles, debió otorgarse por escritura pública y registrarse, y también poque se hizo a título de donación y entre cónyuges (art. 3º de la Ley 28 de 1932), nulidad absoluta esta última que el Tribunal debió declarar de oficio (art. 2º de la Ley 50 de 1936), violando por lo tanto la ley al no haberlo hecho así; que la obligación resultante del pacto de opción era divisible, por versar sobre varios inmuebles susceptibles de división; que la aceptación de los derechos derivados de la opción no podía producirse sino con el consentimiento de los beneficiarios de ellos, no de uno solo; que éstos beneficiarios no podían por sí solos modificar el pacto de opción, a espaldas de los sucesores de Lamprea Vergara. De todo ello deduce el recurrente que Francisco Tamayo Fierro, en el juicio de ejecución del hecho debido, "no alcanzó debida y suficientemente el derecho que pretende y alega para fundamentar, acreditar y demostrar la plena y exacta legitimidad de su personería sustantiva como actor"; y que al estimar lo contrario el Tribunal incurrió "en la equivocada apreciación de la prueba".

El cuarto cargo lo enuncia el recurrente así: "Acuso la sentencia dictada por el H. Tribunal Superior del Espinal por error de derecho consistente en la apreciación de la prueba del título alegado por el señor Tamayo Fierro, para con base en él demandar la ejecución del hecho debido por los trámites del juicio ejecutivo especial del Título XXXI del C. J. y art. 1º de la Ley 66 de 1945, ya que el Tribunal le dió al título un valor legal que no les corresponde, y al estimarlo como título ejecutivo le dio mérito en desacuerdo con las regulaciones de la lev constitutiva a la tarifa legal. El Tribunal le dio a la prueba presentada por Tamayo Fierro el valor de título ejecutivo violando lo dispuesto por el artículo 982 del C. J."

En extensa exposición afirma el recurrente que cuando se presentó la demanda en el juicio especial de ejecución del hecho debido, el título allí aducido, es decir el relativo al pacto de opción objeto de aquél, no había sido notificado a los herederos del obligado Julio Lamprea V., conforme al art. 1434 del C. C., y por lo mismo no tenía la calidad de título ejecutivo contra éstos, de suerte que aquélla demanda no debió ser admitida; que el título de Tamayo Fierro no

contenía una obligación expresa, clara y actualmente exigible, pues la parte obligada por la opción no había sido constituída en mora "por la parte acreedora, es decir por los dos optantes"; que el Tribunal erró en la apreciación de la prueba sobre extinción de la obligación, y en la interpretación y aplicación de los artículos 1602, 1608, 1609 y 1610 del C. C., al entender que la obligación resultante del pacto de opción era a plazo y no condicional, en el sentido de que no se hacía efectiva sino con la aceptación de la opción por los acreedores, de lo cual aparentemente deduce que por no haber sido oportunamente notificados los herederos de Lamprea Vergara de la existencia de este pacto, y requeridos para que procedieran a su cumplimiento, la obligación de celebrar el contrato prometido caducó.

En el quinto cargo dice el recurrente que acusa la sentencia "por violación directa de los artículos 1008, 1401, 1236, 1041, 757, 759..." Pero en la parte final de la demanda, al hacer el compendio de todos los cargos, refiriéndose al quinto de que ahora se trata, expresa que la sentencia es acusada "por cuanto a las pruebas sobre pertenencia de los bienes prometidos y ordenados vender por la sentencia dictada, en el juicio especial de ejecución del hecho debido, no se tuvo en cuenta por dicho juzgador", y que "el Tribunal incurrió en error de derecho cuando negó a las pruebas sobre haber salido del patrimonio de Lamprea Vergara los bienes prometidos, el valor que la ley sobre sucesiones enseña en sus arts. 1008, 1401, inciso 2º, 1401 (sic), 757 y 759 del C. C."

Se hace consistir el cargo en que cuando Julio Lamprea Vergara otorgó la escritura en que figura el pacto de opción, ya había fallecido su primera esposa Sara Charry de Lamprea, se hallaba unido en segundas nupcias con Leonilde Cala, y no se había liquidado la primera sociedad conyugal, por lo cual en ese momento estaban confundidos los bienes propios de Vergara Lamprea con los de la primera y segunda sociedades conyugales; que en estas circunstancias de confusión de patrimonios, "el actor en el ejecutivo sobre ejecución del hecho debido, señor Francisco Tamayo Fierro, ha debido, al demandar, señalar como obligados a los Lamprea Charry en su calidad de representantes de su madre Sara Charry de Lamprea cuya sociedad conyugal disuelta Lamprea-Charry y sucesión se hallaban ilíquidas. Y al no demandarlos en tal calidad, incurrió en inepta demanda sustantiva"; que al no haber advertido el Tribunal esa omisión, desconoció principios jurídicos que enuncia, relacionándolos en la escritura en que consta la opción, con la adjudicación a los Lamprea Charry de los inmuebles objeto de dicha opción y el registro de aquélla, y con la afirmación de que este registro operó antes de que quedara consumada la notificación de la demanda en el juicio especial.

Se considera:

Cada uno de los tres cargos que se dejan extractados podría ser despachado separadamente, en forma desfavorable al actor tomando en consideración que ninguno de ellos guarda fidelidad a las exigencias de la técnica de casación, no por un solo aspecto, sino por varios. Así, por ejemplo, en el tercero y en el cuarto es ostensible que, formulados como vienen por error de derecho en la apreciación de pruebas, refieren tal error a la prueba en general, sin individualizar con precisión la mal estimada, ni citan una sola disposición de derecho probatorio en cuya infracción hubiera repercutido el tipo de error alegado. Y en cuanto al quinto, el recurrente no acierta a definir si la acusación es por violación directa o indirecta, pues expresamente habla de la una y de la otra, y cuando de la última trata lo hace en la misma forma deficiente observada respecto de los cargos tercero y cuarto. Lo cual se observa, aparte de otros defectos tanto de forma como de fondo de que adolece cada uno de dichos cargos.

Mas existe respecto de los tres, una circunstancia común que permite desecharlos en conjunto, y es la muy obvia y elemental, que a no ser porque esas censuras lo hacen necesario sería superfluo mencionar aquí, de que el recurso de casación lo reconoce y concede la ley para impugnar la sentencia de segunda instancia proferido en el juicio den-

tro del cual se interpone. Porque en el caso de los tres cargos aquí considerados, planteados soslayadamente, so pretexto de atacar la sentencia de segunda instancia dictada en el presente juicio, lo que en realidad constituye materia de censura es la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el juicio especial de ejecución del hecho debido que Francisco Tamayo Fierro adelantó contra los sucesores de Julio Lamprea Vergara. En efecto, los tres cargos están dirigidos a refutar las conclusiones a que llegó el Tribunal de Ibagué en esa sentencia, en punto de la legitimación de la causa del actor y de los demandados, y de la existencia de la obligación allí demandada y del carácter ejecutivo de ella, como de su sola lectura se deduce.

En la sentencia materia del recurso de casación que ahora se decide, el Tribunal del Espinal no entró a examinar y calificar directamente, porque ello no le correspondía, ni la legitimatio ad causam de las partes en el juicio especial aludido, ni el derecho del actor allí deducido. El Tribunal simplemente halló que la sentencia ejecutoriada que le puso fin a dicho juicio había hecho tránsito a cosa juzgada material, y que la eficacia de ésta cubría el presente juicio ordinario; y en armonía con ello hizo la declaración de la respectiva excepción en la extensión que estimó pertinente, todo ello bajo el entendimiento de que —según el mismo fallador lo expresó, citando un autor— "la cosa juzgada, en cuanto al objeto se refiere, se extiende a aquéllos puntos que sin haber sido materia expresa de la decisión de la sentencia, son consecuencia necesaria o dependen indispensablemente de tal decisión, o resultan resueltos tácitamente", puntos entre los cuales consideró incluídos precisamente los que son objeto de los cargos 3º, 4º y 5º que se examinan.

En estas circunstancias, aparece claro que la sentencia acusada no podía serlo por los aspectos que los citados cargos afrontan, que, se repite, no fueron objeto de juicio particular y directo del sentenciador. Por imperio del fenómeno de la cosa juzgada, que consideró producido frente al presente juicio, el Tribunal del Espinal se limitó a tener por indiscutible lo que en relación con aquéllos aspectos estimó decidido por el Tribunal de Ibagué. Luego sobre el particular la sentencia acusada no podía ser impugnada en casación sino en cuanto a lo que fue su propia materia, esto es, que la sentencia del Tribunal de Ibagué hizo tránsito a cosa juzgada material, y que esa fuerza de cosa juzgada alcanza al presente juicio en la medida o extensión en que el fallador entendió que lo cubría.

En consecuencia, se rechazan los cargos en referencia.

Sexto cargo:

Dice el recurrente: "Acuso la sentencia dictada por el H. Tribunal del Espinal, por infracción directa de los artículos 1947, 1929 C. C., por interpretación errónea; por falta de aplicación del artículo 1930 ib." Y en desarrollo de la acusación expresa: que la principal obligación del comprador es la de pagar el precio (art. 1928 del C. C.); que el precio debe pagarse en el lugar y el tiempo estipulado, o en el lugar o el tiempo de la entrega, no habiendo estipulación en contrario (art. 1929); que la entrega material de los bienes que fueron objeto de la opción, "cuya tradición ordenó y verificó el Juzgado del Circuito del Espinal por la escritura 291 de 23 de mayo de 1961, operaba en favor de los optantes Tamayo Fierro y Russell de Tamayo, desde la fecha de la escritura de opción —2 de octubre de 1953— por haber los optantes recibido del oferente dichos bienes en calidad de arrendatarios, como así se declara en dicha escritura. La tradición de que trata el artículo 756 ib., se operó con relación a la escritura número 291 de 23 de mayo de 1961 el 26 de junio del mismo año (fs. 65 a 91 v. C. 1º), pero, por efecto retroactivo que le da la ley al registro, ella, la tradición inscrita, debe entenderse operada el día de la facción de la escritura. Por lo tanto, la entrega a que se refieren los arts. 1880 y 756 del C. C., en concordancia con lo expresado en el inciso 2º del artículo 1857 ib., se verificó el día 23 de mayo de 1961. Y si fue el 21 de mayo de 1961 el día de la entrega y tradición de los bienes relacionados en las escrituras 543 y 291, es a éste día, a esta

precisa e inmodificable fecha a la cual el juzgador debe mirar cuando se considera el fenómeno de la lesión enorme. En efecto: a) para el oferente, el pacto de opción reviste todas las obligaciones de una promesa de venta; b) la mora en verificar la entrega y tradición de la cosa prometida, estando el vendedor obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato (sic) (art. 1882 ib.); c) implicando la mora en la entrega, cuando el comprador persevera en el contrato, derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales...; d) debiendo según el art. 1929 C. C. pagarse el precio en el lugar y tiempo de la entrega. Por lo tanto, la fecha, para considerar en relación de la lesión enorme, es en obligaciones que emanan de un contrato de opción, no la fecha en que el optante manifiesta su determinación de ejercer la opción de adquirir, sino la fecha en que el pago del precio ha debido ser hecho, es decir, la fecha de la entrega, la cual, como se ha dicho, operándose por la inscripción... se retrotrae a la fecha de la escritura de venta... En el caso en estudio, el 23 de mayo de 1961. En consecuencia, corre evidente la falta de aplicación... de las disposiciones sustantivas anotadas, y que refieren a la fecha en que debe hacerse el pago, para determinar el justo precio de la compraventa. Y esta falta de aplicación, motiva una infracción directa de la ley..." Agrega a continuación el recurrente que la prueba pericial que obra en autos se refiere al 23 de mayo de 1961, fecha de la escritura 291 otorgada por el Juzgado del Circuito del Espinal, y por lo tanto "el término está, incuestionablemente, bien planteado... y el juzgador debe tenerlo y haberlo como término de la relación indispensable para deducir si hubo o no, justo precio..."

Más adelante, al recapitular los cargos, refiriéndose al sexto de que ahora se trata, dice, completándolo, que de acuerdo con los argumentos que se dejan sintetizados el Tribunal erró al señalar, como fecha en la cual debía tomarse en cuenta el justo precio de lo vendido para efectos de la acción de lesión enorme, el 26 de mayo de 1956, o sea aquélla en que Francisco Tamayo F. expresó dentro del juicio de sucesión de Julio Lamprea Vergara su voluntad de comprar y se hizo exigible la obligación de celebrar la venta prometida, procediendo así "contra las reglas de valoración probatoria de actos judiciales y contra la clasificación y valor de los mismos según lo sean en juicios de jurisdicción voluntaria o contenciosa, y contra la actuación jurisdiccional y de voluntad que ellos provoquen".

Se considera:

Se ha transcrito casi en su totalidad el tenor literal de esta acusación, para evidenciar cómo su mera lectura hace ver que ella envuelve un caótico e inaceptable entrecruzamiento de las distintas vías y modalidades al través de las cuales la ley entiende que se puede producir la infracción de la ley sustancial, para efectos del recurso de casación. Así, unas veces por expresarlo el mismo cargo, o por deducirse del sentido de la argumentación, él aparece formulado por la vía de la violación directa; pero otras, por aludirse a cuestiones de hecho y hacerse mención clara a "las reglas de valoración probatoria", la censura pasa a colocarse en la vía de la violación misma de los arts. 1947 y 1929 del C. C., que señala como infringidos, se debió a la infracción directa, es decir, falta de aplicación de ellos, o a la interpretación errónea de los mismos, pues habla tanto de aquélla como de ésta. En síntesis, pues, por lo que respecta al itinerario de la acusación, la Corte no sabe por cual ciertamente se la quiere llevar hacia el examen del error jurídico imputado, y ella no puede, como es sabido, enmendar defectos que en el particular, o en cualquier otro, ostente la demanda de casación. Habría ya en ello, pues, motivo bastante para despachar desfavorablemente el cargo.

Pero es que, además, haciendo abstracción de toda cuestión relacionada con la técnica en la formulación del cargo, lo cierto es que los razonamientos del recurrente para demostrar el quebrantamiento del art. 1947 del C. C., decisivo para la suerte de la acusación, son inadecuados y por lo mismo inconducentes a tal demostración. En efecto, y hasta donde en la obscuridad de esos razonamientos pudiera hacerse alguna interpretación quizás aparecería que lo que con ellos

se quiere sostener es que media una relación legal entre la fecha en que el comprador de un inmueble debe pagar el precio, y el momento que para efectos de la lesión enorme, debe tenerse en cuenta para la determinación del justo precio del bien vendido, relación que según el recurrente consistiría en que ese momento depende de aquélla fecha, o, mejor, coincide con ella. En lo cual hay una ostensible equivocación, porque del texto mismo del artículo 1947 no puede deducirse que el justo precio de la cosa vendida tenga algo qué ver, en sentido alguno, con la fecha o momento en que el comprador deba pagarlo.

Le era imposible al recurrente, pues, con ese extraviado enfoque de la cuestión, llegar a la demostración del error jurídico que le imputa al Tribunal, y por eso se dijo atrás que sus razonamientos no son adecuados ni conducentes a esa demostración.

Por lo dicho, tampoco este cargo puede prosperar.

Resolución:

Con apoyo en todo 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 diez y ocho (18) de noviembre de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Espinal, dentro de los juicios ordinarios acumulados promovidos por Julio y Luis Eduardo Lamprea Charry y otros contra Francisco Tamayo Fierro y otra.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y vuelva el expediente al Tribunal respectivo.

César Gómez Estrada, Ernesto Blanco Cabrera, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

FILIACION NATURAL

La impotencia generandi desvirtúa la presunción de paternidad. Su prueba debe ser de carácter científico. En concurrencia con la cónyuge del causante al hijo natural le corresponden las tres cuartas partes de la herencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veinticuatro de febrero de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación: Acta Nº 12 de 17 de febrero de 1970).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 25 de febrero de 1966, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario de Ana Julia Angela Cuadros contra Ana Sixta González v. de Cuadros.

El Litigio

Ana Julia Angela Cuadros citó a juicio ordinario, ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá, a Ana Sixta González v. de Cuadros, "en su propio nombre, como cónyuge sobreviviente y heredera intestada de Julio C. Cuadros y en representación de la sucesión de éste", a efecto de que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) que la demandante es hija natural de Julio C. Cuadros y Waldina Cortázar, y en tal calidad tiene derecho a las tres cuartas partes de la herencia de aquél, o sea la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras;

b) que en el juicio de sucesión de Julio C. Cuadros se le debe adjudicar a la actora su cuota herencial, con sus accesorios y frutos;

c) que la demandada debe restituír a la sucesión de aquel la totalidad de los frutos de la herencia, desde la muerte del causante hasta el día de la restitución, o, en subsidio, a la demandante, las tres cuartas partes de tales frutos;

d) que la demandada debe restituir a la sucesión mencionada la totalidad de los bienes muebles e inmuebles, semovientes, dinero, etc., para efectos de la partición que deba hacerse teniendo en cuenta lo que se resuelva en este juicio, o en subsidio, a la demandante, las tres cuartas partes indivisas de los mismos bienes o de aquellos que en este juicio se le adjudiquen para cubrirle su cuota herencial; y

e) que si por cualquier motivo se hiciere la partición de la herencia antes de que en este negocio se profiera sentencia definitiva, dicho acto, la sentencia que lo apruebe y sus registros no producen efectos contra la demandante y deben ser considerados inválidos y sustituídos por lo que en este proceso se resuelva.

Como hechos fundamentales de su pretensión afirma la demandante, en síntesis, que desde principios de 1935 y hasta fines de 1940, Julio C. Cuadros tuvo relaciones sexuales con Waldina Cortázar, en forma continua, notoria y estable; que estuvo conviviendo con ella como marido y mujer, pero sin abandonar del todo la casa familiar donde Cuadros vivía; que el 8 de octubre de 1936, Waldina dió a luz una niña a quien se le dió el nombre de Ana Julia, estando presente Cuadros, quien le llevó médico y le prestó toda clase de atenciones; que a petición del mismo Cuadros, un hermano suyo fue padrino de bautismo de la

niña; que desde el día de su nacimiento y durante más de diez años, aquél reconoció ostensible y expresamente a Ana Julia como su hija delante de todo el mundo, atendió a su sostenimiento, pagó su educación en colegios hasta terminar la instrucción secundaria, la ayudó en sus gastos de estudiante de Filosofía y Letras, y le suministró dinero para todos sus gastos; que desde pequeña usó Ana Julia el apellido de su padre, e inclusive, cuando tenía 3 años, se sentó una partida de nacimiento en la que figura como hija legítima de Julio; que contra éste se promovió demanda de filiación natural en el Juzgado de Menores, pero obtuvo él que la madre de la niña, quien era menor, abandonara el juicio mediante entrega de dinero y promesas de una mayor ayuda en el futuro, razón por la cual se archivó ese negocio sin que se hubiera dictado sentencia; que en el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá se abrió el juicio de sucesión de Cuadros, en el cual se reconoció a la demandada como heredera; y, finalmente, que ésta se halla en posesión de la herencia y ha recibido sus frutos desde la muerte del causante.

Surtido el trámite de la primera instancia, con oposición de la demandada, el Juzgado del conocimiento desató la litis en sentencia de 9 de julio de 1964, acogiendo las súplicas de la demandada y condenando en costas a la parte demandada, la cual apeló de esa decisión. El segundo grado del juicio culminó con la sentencia de 25 de febrero de 1966, mediante la cual reformó el Tribunal la del a-quo "en el sentido de no declarar probada la excepción de prescripción extintiva de la acción de filiación natural propuesta por la parte demandada", la confirmó en lo demás y condenó a la apelante en las costas del recurso. Contra este fallo interpuso la parte demandante el extraordinario de casación que hoy se decide.

Motivación de la Sentencia Impugnada

Refiérese el Tribunal, en primer término, a la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada en el alegato de conclusión presentado en la primera instancia, y la declara infundada con apoyo en el precepto del artículo 406 del Código Civil, según el cual "ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que lo desconoce".

Observa luego que como causales de la declaración de paternidad natural, impetrada en la demanda, invocó la parte actora las de los ordinales 2º, 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, vigentes cuando en este proceso se trabó la relación procesal, y las examina, en su orden, con el siguiente resultado.

En relación con la del ordinal segundo, o sea "la seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, siempre que exista un principio de prueba por escrito que emane del presunto padre y que haga verosímil esa seducción", advierte el sentenciador que "este hecho no tiene en el caso sub-lite el menor asomo de prueba".

En lo tocante con la causal cuarta, comienza por precisar lo que ha de entenderse por relaciones sexuales notorias y estables, y procede, sobre esa base, a examinar la prueba allegada a los autos con el fin de acreditar su existencia. Nota, a este propósito, que hallándose demostrado que la pretensa hija natural de Julio C. Cuadros nació el 8 de octubre de 1936, la prueba de las relaciones sexuales estables y notorias que dicho señor tuviera con Waldina Cortázar, debe referirse al lapso comprendido entre el 8 de diciembre de 1935 y el 8 de abril de 1936, "en que habrían comenzado los dos períodos de trescientos y de ciento ochenta días, señalados por la ley como tiempo máximo y mínimo en que debió tener lugar la concepción de la hija". Transcribe pasos de los testimonios rendidos por Carlos Prieto Neira, Luis Prieto Neira, Elisa Walteros, María Luisa Garzón de Torres, Luis Anastasio Romero y María Amelia Palacios de Vanegas, y en relación con su fuerza de convicción expresa:

"Para la Sala, estas solas declaraciones determinan un completo grado de convicción sobre la verdad de las expresadas relaciones sexuales estables y notorias entre la madre natural de Julia Angela o Ana Julia Cuadros o Cortázar y el señor Julio César Cuadros en el tiempo en que debió tener lugar la concepción de aquélla, y por consiguiente, sobre la paternidad natural que se demanda y debe declararse.

"En el presente caso, ante el acervo de pruebas aún considerándolas con criterio rígido y severo, debe concluírse que las relaciones sexuales entre el señor Julio C. Cuadros y Ubaldina o Waldina Cortázar o Defrancisco, fueron estables, permanentes en la época en que el legislador presume de derecho la concepción; que fueron reales, verdaderas y frecuentes, esto es que existe plena prueba respecto de ellas, al menos así se deduce de los testimonios rendidos por Carlos Prieto Neira, Luis Prieto Neira, Elisa Walteros, María Luisa Garzón de Torres, Luis Anastasio Romero y María Amelia Palacios de Vanegas, de los cuales se hizo mérito anteriormente, agregándose a estos los testimonios rendidos por Diva Garzón García y Chiquinquirá Suárez v. de González, que aunque menos explícitas que las anteriores sin embargo sí dan a entender las relaciones sexuales que existieron entre el señor Cuadros y la señora Waldina.

"Es por ello que esta segunda causal alegada en el libelo de demanda, es decir, que la niña Ana Julia Angela nació después de los ciento ochenta días de comenzadas las relaciones se cumplió, y como dichas declaraciones hablan de que Cuadros visitaba con frecuencia a Ubaldina, tiénese que ante la ley están demostrados los requisitos de notoriedad y estabilidad en las relaciones; eran notorias porque no tenían el carácter de ocultas o clandestinas.

"No hay que perder de vista que la prueba testifical es el medio indicado generalmente para comprobar la evidencia de las relaciones sexuales. El número bastante grande por cierto en el caso sub-lite de testigos que deponen por conocimiento directo, es por sí prueba de la notoriedad de las relaciones sexuales que hubo entre el señor Julio C. Cuadros y la señora Ubaldina, notoriedad que exige la ley, o sea, que no fueron en manera alguna ocultas o clandestinas".

Agrega que la parte demandada quiso establecer que Julio C. Cuadros en ningún momento abandonó el hogar materno, pero que tal hecho "no desvirtúa en modo alguno la regularidad y frecuencia del trato sexual que existió entre Ubaldina y el mismo Cuadros, así sea que no hubiera existido comunidad de habitación, conforme lo demuestran las declaraciones arriba analizadas".

Se ocupa, en seguida el Tribunal del dicho de los testigos Pedro Julio Forero, Eugenio Forero Pulido, Ricardo Silva, Ignacio Forero Luque, Francisco Luis Pulido Macías, Miguel Angel Gutiérrez, Carlos Forero y María Anatilde Cuadros de Prieto, referente a la imposibilidad en que quedó Julio para procrear por haber padecido una enfermedad orgánica (orquitis), y los desestima porque, en su sentir, "tales aseveraciones no pueden tenerse como prueba idónea, pues ellas no proceden de médicos que serían los únicos que podrían dictaminar sobre una cuestión que es eminentemente técnica y científica, y en el caso en comento no se halla demostrado que los declarantes mencionados sean médicos, o posean conocimientos sobre la materia".

Alude finalmente, el sentenciador a la tercera de las causales invocadas, o sea la posesión notoria del estado de hijo natural, y observa que "si bien es cierto que de algunos testimonios se deduce que el señor Cuadros dió a la niña Julia Angela un tratamiento de hija, proveyendo en principio a su subsistencia, y en que sus deudos y amigos la reputaban como tal, también lo es que esa circunstancia no se remonta a un lapso igual o superior al establecido en el artículo 399 del C. C., es decir, a diez años... y por consiguiente no estructura esta causal".

De todo lo cual concluye "que la senten-

cia proferida por el entonces Juez Primero Civil del Circuito la cual entre otras cosas hace un amplio estudio de la cuestión debatida, debe mantenerse en todas sus partes por encontrarse ajustada a derecho, con la sola reforma de declararse no probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, como en efecto así se dispondrá en su parte pertinente, con costas a la parte apelante en esta instancia".

La Demanda de Casación

Cuatro son los cargos que se formulan en el libelo acusatorio contra la sentencia del Tribunal, todos del resorte de la causal primera de casación. Dada la conexidad existente entre los dos primeros, propuestos ambos por la vía indirecta, se estudiarán conjuntamente, así:

Cargo Primero.

Denúnciase en él violación, por aplicación indebida, de los artículos 1º, 4º, 5º, inciso 2º, 20 y 23 de la Ley 45 de 1936, como resultado del error de derecho en que habría incurrido el sentenciador al desconocerle "el valor legal de la prueba testimonial en que se apoyan las pretensiones de la parte demandada, así como también el valor de la prueba de confesión y la de presunciones, que favorecen a la misma parte".

A intento de demostrar el yerro de valoración que se le atribuye al sentenciador, referente a la prueba testimonial, explica el recurso que en el cuaderno de pruebas de la parte demandada obran las declaraciones de Pedro Julio Forero, Eugenio Forero, Ricardo Silva, José Ignacio Forero Luque, Francisco Pulido Macías, Miguel Angel Gutiérrez y Carlos Forero, y que en el de la parte demandante se encuentra el testimonio de Anatilde Cuadros Prieto, que concuerda con el dicho de los testigos mencionados; que el sentenciador desestimó dichos testimonios con fundamento en que 'tales aseveraciones no pueden tenerse como prueba idónea (de la imposibilidad en que estaba Julio para engendrar, nota la Corte), pues ellas no proceden de médicos que serían los únicos que podrían determinar sobre una cuestión que es netamente técnica y científica, y en el caso en comento no se halla demostrado que los declarantes mencionados sean médicos, o posean conocimientos sobre la materia"; que este criterio para determinar el valor de los testimonios mencionados es equivocado, "porque la primera base del conocimiento humano procede precisamente de los datos que suministran a la mente los sentidos externos, mediante la percepción de hechos, situaciones, sensaciones y observaciones que el ser humano hace sobre determinadas reacciones de las personas"; que no es necesario ser médico para afirmar, por ejemplo, que un órgano humano está inflamado, pues bastan los sentidos externos para comprobarlo; o que una persona está enferma o tiene un dolor físico, pues "le basta a los sentidos externos observar el comportamiento del ser que lo padece, oyendo sus quejas, viéndolo en el lecho, incapacitado, cojeando... etc"; o que una persona que sale a la calle completamente desnuda, vociferando y haciendo gesticulaciones, se halla en estado de demencia. Agrega que "la Corte aceptó este ejemplo como valedero para estimar el valor de los testimonios de personas anormales, pero carentes de títulos médicos", y que "los médicos vendrán más tarde a dictaminar qué clase de locura lo afectó".

Observa el impugnante que ocho testigos, acordes en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y que conocieron a Julio C. Cuadros por más de treinta años, declaran que les consta que "desde antes de 1935, fue aquejado por una enfermedad venérea (blenorragia), la que por falta de atención médica se le complicó con una orquitis doble, consecuencia ésta que lo dejó incapacitado para generar, aunque no para ejecutar el coito; que los deponentes evidenciaron esta situación por directa observación, y en tal forma, que aún le gastaban bromas por no poder concebir un hijo, fuera de que el propio Cuadros les confesó esa situación, de por sí, bastante deprimente"; que aunque después quiso aquél buscar una solución médica a su esterilidad no obtuvo

resultado positivo, pues su estado era irreversible, y que fue así como en su matrimonio, que duró diez años, no tuvo descendencia.

"Este conjunto de testimonios -concluye- tiene el valor de plena prueba al tenor de lo preceptuado en el artículo 697 del Código Judicial, y al no darle el Tribunal en la sentencia acusada valor alguno, por no ser médicos los deponentes, violó directamente la disposición que se cita".

En lo tocante con la prueba de confesión, expresa el censor que "Cuadros confesó a los testigos dichos y en general a todos sus relacionados, hasta volverse un hecho público en su región"; su enfermedad y consecuencial esterilidad; que se trata de una confesión extrajudicial de su incapacidad para engendrar, la cual tiene perfecto valor jurídico, pues versa sobre un hecho que solamente a él perjudicaba; y que "al no darle valor alguno el Tribunal en el fallo acusado, pero ni siquiera para nombrarla", violó los artículos 604 y 608 del Código Judicial.

Y por lo que atañe a la prueba de presunciones, comienza por advertir el recurso que "el fallo acusado del H. Tribunal tampoco le dió valor probatorio alguno, pues ni siquiera las mencionó ni menos apreció", para agregar que existen indicios vehementes de la esterilidad de Cuadros, e indicios graves de que no es el padre de la demandante. Entre los primeros destaca "el hecho de que los testigos presentados por la parte actora hacen subsistir las relaciones sexuales pretendidas con la madre de la actora, después del nacimiento de ésta, que lo fue el 8 de octubre de 1936, más o menos hasta el año de 1940, pero sin anotar descendencia alguna", y el de "no haber tenido Cuadros descendencia legítima en su matrimonio, que duró desde 1948, hasta el día de su muerte, el día 5 de mayo de 1959". Y entre los segundos, señala, en primer término, el hecho de que en la partida de bautizo de la demandante, extendida seis días después de su nacimiento, no se dice quién sea el padre, en tanto que en la que se sentó ante el Notario 2º de Bogotá, tres años más tarde Waldina Cortázar declara que Ana Julia es hija legítima suya y de Julio C. Cuadros y, en segundo lugar, el de que Waldina hubiera abandonado el juicio de filiación natural que promovió en el año de 1951 ante el Juzgado de Menores de Bogotá, para iniciarlo luego ante los Jueces Civiles, cuando la muerte de Cuadros hacía difícil su defensa.

Remata el impugnante su acusación, diciendo que todas estas presunciones que el Tribunal no tuvo en cuenta en el fallo acusado, tienen el valor de plena prueba al tenor del artículo 665 del Código Judicial, y que al no valorarlas violó aquél esta disposición.

Cargo segundo

Formúlase por aplicación indebida de los artículos 1º 4º numeral 4º 5º inciso segundo. 20 y 23 de la Ley 45 de 1936 como resultado de un error evidente de hecho proveniente de no haber apreciado el sentenciador pruebas que existían en el proceso, de haber apreciado erróneamente un grupo de testimonios por no haberlos considerado idóneos, y de haber dado "a otro grupo de testimonios una apreciación subjetiva errónea atribuyéndoles un valor contrario a la evidencia de los hechos, que ellos mismos demuestran". Dos son las pruebas que, según el recurso, no habría tomado en cuenta el sentenciador, a saber: a) la confesión extrajudicial que hizo Cuadros ante los testigos Pedro Julio Forero, Eugenio Forero, Ricardo Silva, José Ignacio Forero Luque, Francisco Pulido Macías, Miguel Angel Gutiérrez, Carlos Forero y Anatilde Cuadros de Prieto, "sobre el hecho de padecer de esterelidad para generar, debido a haber sufrido una orquitis doble, como consecuencia de una blenorragia, lo cual le sobrevino desde antes del año de 1935, es decir, mucho antes de las pretendidas relaciones sexuales de Cuadros con Waldina Cortázar, madre de la actora"; y b) las presunciones derivadas de los hechos a que se hizo alusión en la parte final del cargo anterior. Agrega que al pasar por alto la prueba de la confesión extrajudicial, "como si no hubiera existido en el proceso, ya que

ni mención hizo de ella, incurrió (el Tribunal) en un manifiesto y evidente error de hecho", y violó directamente los artículos 604, 605 y 608 del Código Judicial; y que al pasar por alto las presunciones, "sin mencionarlas siquiera, como si no existieran en los autos, siendo decisivas para el fallo", incurrió el sentenciador en un manifiesto y evidente error de hecho e infringió directamente el artículo 665 del mismo Código.

Censura luego la apreciación que el Tribunal hizo de los testimonios de Pedro Julio Forero, Eugenio Forero, Ricardo Silva, José Ignacio Forero Luque, Francisco Pulido Macías, Miguel Angel Gutiérrez, Carlos Forero y Anatilde Cuadros de Prieto, en lo tocante con la enfermedad venérea sufrida por Cuadros y la esterilidad consecuencial, al considerarlos idóneos para establecer este último hecho, en razón de no provenir de médicos. Considera equivocado este concepto del Tribunal, porque siendo los testigos personas normales y capaces de captar los hechos y sus consecuencias, "podían perfectamente decir que Cuadros sufrió la blenorragia y que tuvo la consecuencia de la orquitis doble, por haber observado al paciente, ver los síntomas del mal y sacar las consecuencias que de él se derivaron"; que esta era la prueba adecuada, puesto que debido al fallecimiento de Julio no podía establecerse mediante examen médico; que los testigos siguieron de cerca e íntimamente la vida de Cuadros y pudieron darse cuenta que era estéril para generar, lo que demostró a todo lo largo de su vida; que "la consecuencia de la esterilidad, se supone conocida, no solamente por el testigo vulgar de esa época, sino que los jueces, Magistrados y abogados la saben, debido a sus estudios de medicina legal, que en su carrera profesional tuvieron que hacer"; que, en consecuencia, "el Tribunal apreció muy erradamente ese conjunto de testimonios, sobre todo en los hechos que ellos comprobaron plenamente, incurriendo en un evidente y manifiesto error de hecho, confundiendo la demostración y comprobación de hechos sucedidos, con concepto de orden científico... y al no darles esa apreciación correcta y valedera, el Tribunal en el fallo acusado, violó directamente el artículo 697 del C. Judicial, que le da valor de plena prueba a un conjunto de testimonios acordes en las circunstancias de lugar, tiempo y modo".

Finalmente, bajo el título de "pruebas apreciadas subjetivamente en forma errónea", expresa que "el fallador de segunda instancia fundamentó la sentencia acusada, únicamente en el grupo de varios testimonios presentados por la parte actora, pero no en todos los llevados por ella, a los cuales les dió una apreciación subjetiva errónea, atribuyéndoles un valor contrario a la evidencia de los hechos por ellos mismos demostrados". Transcribe apartes de las declaraciones de Carlos Prieto Neira, Luis Prieto Neira, Elisa Walteros, María Luisa Garzón de Torres. Luis Anastasio Romero y María Amelia Palacios de Vanegas, y observa que ellas le merecieron al Tribunal el siguiente concepto: "Para la Sala, estas solas declaraciones determinan un completo grado de convicción sobre la verdad de las expresadas relaciones sexuales estables y notorias entre la madre natural de Julia Angela o Ana Julia Cuadros o Cortázar y el señor Julio César Cuadros en el tiempo en que debió tener la concepción de aquélla, y por consiguiente, sobre la paternidad natural que se demanda y debe declararse".

Estima el censor que este concepto del Tribunal "es completamente equivocado, por haber llegado a él, mediante la comisión de un evidente y manifiesto error de hecho", y a intento de demostrarlo dice, en lo sustancial, que el sentenciador consideró que tales testimonios acreditaban la existencia de las relaciones sexuales pero no la posesión notoria del estado civil de hija natural, porque en este punto " al ser sometido a las repreguntas, las afirmaciones extrajudiciales se vinieron a tierra, se contradijeron y destruyeron, tanto en sí mismas, como comparadas y enfrentadas las unas con las otras"; que un testigo que miente en una parte de su declaración -la desestimada por el fallador- no puede aceptársele como verídico en la otra parte; que "por no haber valorado en forma acertada los testimonios dichos en sus dos momentos", el

extrajudicial y el de las repreguntas, "el Tribunal incurrió en el fallo acusado en un evidente error de hecho, al darle a tales testimonios un valor subjetivo contrario a la evidencia de los hechos que ellos mismos demuestran"; que al pasar por alto las pruebas de confesión y de presunciones, que eran decisivas para el fallo, también incurrió en un error evidente de hecho, manifiesto en los autos; que por no haber enfrentado, para su valoración el grupo de declarantes llevados por la demandante y en los cuales se basa el fallo, con el conjunto de testimonios que forman el cuaderno número 3 y con la declaración de Anatilde Cuadros de Prieto, aunados a las pruebas de confesión y de presunciones, el sentenciador no aplicó el precepto del artículo 601 del C. J., según el cual "las pruebas se aprecian de acuerdo con su estimación legal, y, a falta de ésta, en consonancia con los principios generales de equidad, conforme a los cuales cualquier duda en esta materia se resuelve a favor del demandado", y que "nunca se encontrará una duda más seria, que la establecida en el cuadro probatorio de autos, sobre la no paternidad de Julio C. Cuadros respecto de la actora".

Se Considera:

I. - Probar judicialmente la filiación equivale a producir en el juez certeza, con los medios probatorios señalados en la ley, de que una persona es madre, padre o hijo de otra. Pero al paso que la maternidad es susceptible de establecerse directamente, mediante la prueba del parto, la paternidad es un hecho que por su naturaleza sólo puede demostrarse en forma indirecta, a través de las presunciones que la ley señala de modo taxativo, para la legítima, en el artículo 214 del Código Civil; para la natural, en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, vigente cuando en este proceso se trabó la relación procesal, y hoy día en el 6º de la ley 75 de 1968. Empero como se trata de presunciones legales, iuris tantum, la ley admite prueba en contrario. De ahí que el marido pueda desconocer la paternidad del hijo dado a luz por su mujer, "si prueba que durante todo el tiempo en que, según el artículo 92, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer" (C. C. art. 214), y que el presunto padre natural pueda desvirtuar la presunción de paternidad que lo cobija, si demuestra, al tenor del artículo 4º, inciso final, de la Ley 45 de 1936, "que durante todo el tiempo en el cual se presume la concepción, según el artículo 92 del Código Civil, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, o prueba que dentro de dicho tiempo ésta tuvo relaciones carnales con otro hombre"; o de conformidad con el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, si acredita "la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, o si prueba, en los términos indicados en el inciso anterior, que en la misma época, la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos de acreditarse que aquél por actos positivos acogió al hijo como suyo".

Cabe notar que, doctrinariamente, la hipótesis de la absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, como medio de impugnar la presunción de paternidad, según los artículos 214 del C. C. y 4º, inciso final, de la Ley 45 de 1936, comprendía no solamente los casos en que realmente el varón estaba imposibilitado para realizar el acto sexual, como el de la ausencia durante la época en que se presume la concepción, o el de la impotencia, coeundi, sino también el de la impotencia generandi, pues el acceso carnal a que refiere la ley no es el de una relación sexual cualquiera, sino el que por su naturaleza es idóneo para producir la concepción. Y ello tiene que ser así, pues la presunción de paternidad encuentra su razón de ser en la relación de causalidad existente entre el acto sexual idóneo para procrear y la concepción. Resultaría absurdo, por contrariar la naturaleza misma de las cosas, que por el solo hecho de hallarse el varón capacitado para realizar el acto sexual, se le tuviera como

padre del hijo concebido por su mujer o su concubina, si, por otra parte, es evidente que carece de aptitud para engendrar.

De ahí que el legislador alemán estatuyera, sabiamente, que "el hijo no es legítimo si, según las circunstancias, es notoriamente imposible que la mujer lo haya concebido del marido". (C. C. art. 1591 in fine); que el Código Civil Italiano de 1942 en su artículo 253, señale como causal de impugnación de la paternidad la imposibilidad de engendrar (impotenza di generare); y que, entre nosotros, el artículo 6º de la Ley 75 de 1968 hubiera modificado el 4º, inciso final, de la Ley 45 de 1936, en el sentido de establecer que no se hará la declaración de paternidad natural "si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar (se subraya) durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción".

II. - El establecimiento de ese hecho, el de la impotentia generandi, requiere, desde luego, conocimientos científicos o especializados, y de ahí que los doctrinantes enseñen que la prueba de la esterilidad debe ser de carácter científico y ha de emanar de médicos expertos.

Conocidas son las diferencias existentes entre la prueba pericial y la testimonal, pues al paso que los testigos deponen sobre hechos que han percibido pór los sentidos, los peritos emiten un concepto ajustado a los principios de su profesión, arte o ciencia. "Al testigo -dice Lessona- se le pide noticia de los hechos, al perito se le pide un criterio, una apreciación; del primero se invoca la memoria; del segundo la ciencia... Al testigo se recurre para conocer la materialidad de los hechos: se podrá tomar nota de sus apreciaciones lógicas o técnicas; pero éstas no son objeto de sus funciones, al modo como tampoco es objeto idóneo de la prueba pericial el declarar pura y simplemente la existencia de hechos. Al perito, en cambio, se recurre cuando el asegurar la existencia de un hecho o su simple posibilidad exige conocimientos técnicos, o cuando, siendo cierta la materialidad del hecho, es necesario para conocer su naturaleza, la cualidad o las consecuencias, un conjunto de conocimientos técnicos". (Teoría General de la prueba en Derecho Civil, T. IV, 547).

El testigo debe limitarse, por tanto, a hacer una relación objetiva de los hechos por él percibidos, y los juicios que emita son admisibles siempre y cuando que no invadan el campo de la peritación técnica. Si afirma v. gr. que una persona que vió en cama tenía fiebre y se quejaba, el testimonio es admisible, pues se limita a relatar hechos que percibió, y porque los juicios que emite sobre la fiebre y las quejas del enfermo, a más de que constituyen modalidades del hecho, no implican apreciaciones subjetivas que sobrepasen el ámbito de sus percepciones. Pero si el testigo, sin ser médico dice que la persona de que se trata padecía determinada enfermedad, o si siéndolo expone su concepto sobre las causas de la misma, su dicho envuelve un juicio de valor, que por rebasar los límites de sus percepciones lo hace inadmisible.

III. - En el caso que se examina alegó la parte demandada la impotentia generandi de Julio C. Cuadros con el propósito de desvirtuar la presunción de paternidad natural que lo cobijaba, respecto de la demandante, e intentó demostrarla con el dicho de Pedro Julio Forero, Eugenio Forero, Ricardo Silva, José Ignacio Forero Luque, Francisco Pulido Macías, Miguel Angel Gutiérrez, Carlos Forero y Anatilde Cuadros de Prieto. Tales testigos se limitan a decir que les consta, o que supieron por el propio Julio C. Cuadros, o por amigos suyos, que sufrió aquél una enfermedad venérea, complicada con orquitis, que lo dejó estéril. Pero a más de que ninguno da razón de su dicho y de que su testimonio es de oídas, lo que por sí solo bastaría para desestimarlos, el juicio que emiten sobre la enfermedad que afectó a Cuadros (orquitis) y la esterilidad que a concecuencia de ella le habría sobrevenido, es inadmisible, pues el establecimiento de tales hechos exige necesariamente conocimientos científicos y ninguno de los testigos afirma tenerlos.

De donde se sigue que el Tribunal no incurrió en el error de derecho que se le atri-

buye al no dar por probada, con las declaraciones a que se hizo referencia, la incapacidad de Cuadros para engendrar. Ni tampoco en el de hecho que se le imputa por haber desechado ese medio probatorio "considerando que por no provenir de médicos, que serían los únicos capaces de establecer la esterilidad de Cuadros, tales testimonios no eran idóneos", pues esta consideración no incide sobre la objetividad misma de la prueba sino sobre su fuerza de convicción, razón por la cual la censura formulada con base en ese supuesto error de hecho resulta impertinente.

Siendo infundadas las acusaciones referentes a la indebida apreciación y valoración de la prueba testimonial mencionada, se pasa al estudio de las tocantes con la llamada por el recurrente "confesión extrajudicial".

IV. - La censura que por yerro de valoración de esa prueba se formula en el cargo primero, la hace consistir el recurso en que Cuadros "confesó a los testigos dichos y en general a todos sus relacionados, la existencia de su enfermedad y consiguiente esterilidad"; que se trata de una confesión extrajudicial de su incapacidad para engendrar, hecho que solamente a él perjudicaba; y que al no darle valor alguno el Tribunal, "ni siquiera para nombrarla", violó los artículos 604, 605 y 608 del Código Judicial. Y la que por error de hecho en la apreciación de la misma, fomula en el cargo segundo, se funda en que el sentenciador no tuvo en cuenta, no obstante obrar en autos, "la confesión extrajudicial que hizo Julio C. Cuadros a los testigos Pedro Julio Forero, Eugenio Forero, Ricardo Silva, José Ignacio Forero Luque, Francisco Pulido Macías, Miguel Angel Gutiérrez, Carlos Forero y Anatilde Cuadros de Prieto... sobre el hecho de padecer de esterilidad para generar, debido a haber sufrido una orquitis doble, como consecuencia de una blenorragia. lo cual le sobrevino desde antes del año de 1935, es decir, mucho antes de las pretendidas relaciones de Cuadros con Waldina Cortázar"; que al pasar "el fallador en la sentencia acusada por alto sobre esta prueba, como si no hubiera existido en el proceso, ya que ni mención hizo de ella, incurrio en un manifiesto y evidente error de hecho", y violó directamente los artículos 604, 605 y 608 del Código Judicial.

V. - A términos del artículo 604 del Código Judicial, "la manifestación de una parte de ser cierto el hecho que la perjudica afirmado por la otra (se subraya) reviste el carácter de cofesión, que es judicial si se hace ante juez competente en razón de la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones; y extrajudicial si fue hecha en otra ocasión, en carta misiva, conversación, o cualquier documento no destinado a servir de prueba". Con fundamento en este precepto ha dicho reiteradamente la Corte que "se dice que una parte confiesa cuando da testimonio contra sí de la verdad de un hecho jurídico que la otra parte alega como fundamento de su demanda o de su excepción". (XLIV, 70, 730; LII, 174; LIV Bis, 186, LIX, 934). Como en el caso sub-lite la parte actora no afirmo como fundamento de su demanda la pretendida esterilidad de Julio C. Cuadros, ni podía afirmarla por serle desfavorable, la manifestación que éste le habría hecho a los testigos prenombrados sobre su incapacidad para engendrar, no reviste el carácter de confesión. Mal pudo, por tanto, el Tribunal incurrir en los supuestos yerros de hecho o de derecho que se le atribuyen.

VI. - Atinente a la parte del cargo que denuncia los errores de hecho o de derecho en que habría incurrido el sentenciador al haber ignorado o no haber valorado los indicios de la esterilidad de Cuadros que, según el recurso, obran en autos, se observa, de una parte, que carece de respaldo en el proceso la afirmación de que aquéllos pasaron inadvertidos para el sentenciador; y de otra, que la ponderación de la prueba indiciaria hecha por el Tribunal es respetable para la Corte, mientras los cargos en casación no demuestran, a través de los errores de hecho o de derecho en que aquél habría podido incurrir al apreciar los hechos indicativos, que la conclusión a que llegó sobre la existencia o inexistencia del hecho indicado es contraevidente. Y esa contraevidencia no aparece en el presente caso.

VII. - Finalmente, por lo que atañe al error de hecho en que habría incurrido el Tribunal al apreciar los testimonios de Carlos Prieto Neira, Luis Prieto Neira, Elisa Walteros, María Luisa Garzón de Torres, Luis Anastasio Romero y María Amelia Palacios de Vanegas, con base en los cuales aquél declaró probada la causal sobre relaciones sexuales estables y notorias, cabe observar que el fundamento de la acusación se hace consistir en que el sentenciador "les dió una apreciación subjetiva errónea, atribuyéndoles un valor contrario a la evidencia de los hechos por ellos mismos demostrados"; que esa apreciación equivocada proviene de que el sentenciador dió por no probada la causal sobre posesión notoria del estado civil de hija natural invocada en la demanda, sin observar que las afirmaciones que en este punto hicieron los testigos cuando declararon extrajuicio, "se vinieron a tierra, se contradijeron y destruyeron, tanto en sí mismas, como comparadas y enfrentadas las unas con las otras"; que si un testigo miente en una parte de su declaración -la desestimada por el fallador-, no puede aceptársele como verídico en la otra parte; que por "no haber valorado en forma acertada los testimonios dichos en sus dos momentos", el de la declaración extrajuicio y el de la ratificación, "el Tribunal incurrió en el fallo acusado en un evidente error de hecho, al darle a tales testimonios el valor subjetivo contrario a la evidencia de los hechos que ellos mismos demuestran".

Sobre el particular nota la Corte, en primer lugar, que el Tribunal dió por no establecida la causal referente a la posesión notoria del estado civil de hija natural, alegada por la demandante, en razón de no hallarse evidenciado que dicha posesión se remonta a un lapso igual o superior al de los diez años exigidos por la ley, más no por ser los testimonios en sí mismos defectuosos; en segundo lugar, que al dar por probado el Tribunal un hecho con apoyo en el dicho de un testigo que se contradice, incurre en un yerro de valoración, pues el artículo 701 del Código Judicial estatuye que "no hace fe el dicho de un testigo que se contradice...", razón por la cual la censura ha debido formularse por error de derecho y no por error de hecho, como se hizo; y, en tercer lugar, que el censor se limitó a criticar en forma aislada los testimonios aludidos, para llegar a conclusiones distintas de las de la sentencia, y es obvio que mediante ese procedimiento no puede llegarse a establecer el error manifiesto de hecho, pues la contravidencia ha de surgir del conjunto de los testimonios o de las pruebas que se hallan concatenadas entre sí, y no de cada uno de tales medios, aisladamente considerado.

Es, por tanto, inane la acusación estudiada.

Y lo es igualmente la que denuncia infracción del artículo 601 del Código Judicial por no haber enfrentado el Tribunal, "para su valoración" los testimonios aducidos por la parte actora con los que se encuentran en el cuaderno 3 y con las otras pruebas allegadas por la parte demandada, puesto que ni el precepto citado lo obligaba a hacer esa confrontación, ni en el proceso tiene respaldo la afirmación de que no la hizo. A lo cual cabe agregar que no habiéndosele imputado al sentenciador preterición o suposición de una prueba, o alteración objetiva de la misma, la censura por error de hecho resulta improcedente; que la sola afirmación de que el artículo 601 prenombrado fue infringido en cuanto estatuye que "las pruebas se aprecian de acuerdo con su estimación legal", no puede servir de fundamento a una censura por error de derecho en la ponderación de un determinado medio de prueba, pues en él no señala el grado de convicción de ninguno en concreto, y, por consiguiente, la acusación tendría que hacerse extensiva a la norma que fija el valor del respectivo medio probatorio, para que fuera atendible; que en cuanto dicho precepto establece que "cualquier duda en esta materia (la de las pruebas) se resuelve a favor del demandado", su aplicación queda a la discreta apreciación del sentenciador, como es obvio; y que en el caso que se examina el Tribunal no abrigó la menor duda sobre la paternidad de Julio C. Cuadros respecto de la demandante, dada la certeza que sobre el par-

ticular le produjeron los medios prueba aportados al proceso.

Síguese de lo dicho que los dos primeros cargos formulados a la sentencia de segunda instancia son infundados, por lo cual deben rechazarse.

Cargo tercero

Acúsase la sentencia del Tribunal por interpretación errónea de los artículos 20 y 23 de la Ley 45 de 1936, al reconocerle a la presunta hija natural de Julio C. Cuadros las tres cuartas partes de la herencia, con sus frutos y accesorios.

Nota el censor que el artículo 20 precitado estatuye, en forma expresa y clara, que a falta de descendientes legítimos, suceden al difunto su cónyuge y sus hijos naturales, y que la herencia se divide en dos partes: una para el cónyuge y otra para los hijos naturales; pero que la jurisprudencia ha venido sosteniendo que el artículo 20 mencionado está en contradicción con el 23, en cuanto por éste se establece que habiendo descendientes legítimos o hijos naturales la herencia se divide en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigorosas, otra cuarta parte para las mejoras, y otra de libre disposición; lo cual significa que a los hijos naturales, en concurrencia con el cónyuge, les correspondería la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras, o sea las tres cuartas partes de la herencia, y no la mitad de que habla el artículo 20; y que como el 23 es posterior, prevalece sobre el 20.

Dice que tal criterio debe ser rectificado porque viola las reglas de la equidad, de la sana hermenéutica y del orden público social; que el deber de la jurisprudencia es el de armonizar las disposiciones incongruentes, sin poner al legislador en contradicción consigo mismo, tal como lo enseña el artículo 5º de la Ley 153 de 1887; que "tomar el legislador de 1936 y hacerlo contradecir en forma tan palmaria, en una misma ley y en artículos sucesivos, como son el 19, el 20 y el 23 de la Ley 45, es apartarse precisamente del criterio que dió el legislador de 1887, para interpretar la ley"; y que "cuando esa interpretación concluye cercenando derechos de otras personas, como es el caso del cónyuge que concurre con el hijo natural únicamente, heredando por mitades, para reducirle su cuota a una cuarta parte en beneficio del natural, es apartarse también de las reglas de la equidad". Agrega que la disposición del artículo 23 es de carácter general y eminentemente de definición, en tanto que la del 20 es de carácter muy especial como es el de la concurrencia del hijo natural con el cónyuge; que al darle prevalencia a aquél se viola la regla 2ª del artículo 5º de la Ley 153 de 1887, según la cual "la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general".

Expresa, finalmente que "la razón de orden público social para no desestimar al cónyuge en concurrencia con hijos naturales, consiste en el hecho de que en nuestra legislación se protege en primer lugar las familias legalmente constituídas, las que comienzan a formarse por el hecho del matrimonio"; que "con muy buen criterio, tanto en la anterior legislación del Código Civil, como en la Ley 45 de 1936, el legislador siempre quiso que el hijo natural no sobrepasara en derechos herenciales al cóyuge, por ser éste uno de los miembros de ese contrato solemne del matrimonio; que la solución jurisprudencial que se le ha dado a la contradicción entre los artículos 20 y 23 prenombrados es injusta e inequitativa para el cónyuge, pues no conserva el criterio que traía el legislador desde el Código Civil de tenerlos igualados en sus derechos herenciales, y ataca de manera ruda el orden público social de Colombia, donde el matrimonio es la base fundamental de las relaciones patrimoniales y herenciales".

La Corte Considera:

I. - Los artículos 20 y 23 de la Ley 45 de 1936, a que alude el recurso, son del siguiente tenor:

"Artículo 20. - El artículo 1047 del Código Civil quedará así:

"Si el difunto no deja descendientes ni ascendientes legítimos, le suceden sus hijos naturales y su cónyuge. La herencia se divide en dos partes: una para el cónyuge y la otra para los hijos naturales.

"No habiendo cónyuge sobreviviente, la herencia corresponde íntegramente a los hijos naturales".

"Artículo 23. - El artículo 1242 del Código Civil quedará así:

"La mitad de los bienes, previas las deducciones de que habla el artículo 1016 y las agregaciones indicadas en los artículos 1243 a 1245, se dividen por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según el orden y reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esta división es su legítima rigorosa.

"No habiendo descendientes legítimos, ni hijos naturales por sí o representados, con derecho a suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a su arbitrio.

"Habiéndolos, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se divide en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigorosas; otra cuarta, para las mejoras con que el testador haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos o hijos naturales, o descendientes legítimos de éstos, sean o no legitimarios; y otra cuarta de que ha podido disponer a su arbitrio".

II. - Basta la sola lectura de los preceptos transcritos para advertir la manifiesta antinomia que entre ellos existe, similar a la que existía entre los artículos 1047 y 1242 del Código Civil que aquéllos subrogaron, y que fue materia de interminables discusiones y de estudios exhaustivos en procura de una solución, tanto por juristas colombianos como por chilenos. El legislador de 1936, en lugar de zanjar de manera definitiva ese intrincado problema, lo que realmente hizo fue desplazarlo del campo de la mitad legitimaria, donde antes se debatía, al de la cuarta de mejoras.

En efecto: la contradicción entre los artículos 1047 y 1242 prenombrados radica en que de conformidad con el primero, el hijo natural llevaba la tercera parte de la herencia en concurrencia con los hermanos legítimos del causante y su cónyuge, en tanto que, al tenor del segundo, le correspondía, cuando menos, la mitad, en su condición de legitimario. No está de más observar que de todas las soluciones que entonces se propusieron, se consideró como la más acertada aquella que, partiendo de la base de que la antinomia se produjo por un descuido del legislador, propugnaba el reconocimiento del derecho que tenía el hijo natural a la mitad legitimaria.

III. - Hoy día, en cambio, la contradicción entre los artículos 20 y 23 de la Ley 45 de 1936 se presenta en razón de que, según el primero, al hijo natural le corresponde la mitad de la herencia en concurrencia con el cónyuge, al paso que, de conformidad con el segundo, tiene derecho a las tres cuartas partes de la misma, o sea a la mitad legitimaria y a la cuarta de mejoras.

Ahora bien: como no puede admitirse que el legislador tuviera dos criterios distintos en relación con los derechos hereditarios del hijo natural, según que se tratara de sucesión testada o abintestato; y como no puede suponerse que haya incurrido en la incongruencia de asignarle al hijo natural una cuota inferior a la mínima que le garantizó cuando es el causante quien dispone de sus bienes, hay que armonizar esas dos disposiciones entendiéndolas en el sentido de que el derecho del hijo natural, cuando el legislador hace asignación en defecto de voluntad expresa del de cuius, no puede ser inferior al que, según el mismo legislador, tiene cuando aquél declara su voluntad por testamento. Toda interpretación que lleve a una solución distinta ha de ser rechazada porque desconoce el espíritu de protección a los derechos del hijo natural en que se halla inspirada la Ley 45 de 1936. Sólo así se atiende al principio de hermenéutica contenido en el artículo 30 del Código Civil, según el cual "el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de ma-

nera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía".

IV. - Refiriéndose a la contradicción existente entre los artículos 19 y 20 de la Ley 45 de 1936, de un lado, y el 23 de ese mismo estatuto, del otro, y a la solución que haya de dársele, expone el Dr. Hernando Carrizosa Pardo:

"Pero, cómo resolver este conflicto? Porque el Juez que haya de aplicar la Ley 45 de 1936, estará solicitado por dos fuerzas contrarias: prestar su acatamiento a lo que disponen los artículos 19 y 20, perjudicando al hijo natural, o dar preferencia al 23 y otorgarle al hijo su legítima y su cuarta de mejoras. El problema tendrá que resolverse haciendo prevalecer el artículo 23, no tanto por ser posterior, como por fuerza misma de la disposición que contiene. El hecho solo de haber creado reservas forzosas a favor de ciertos herederos llamados legitimarios, es demostrativo de que el legislador consideró sus intereses más dignos de protección y más sagrados que los intereses de los otros herederos no legitimarios. Y también es claro que, entre legitimarios, dirutó, más cercanos y estrechos los derechos de los hijos que los derechos de los ascendientes, toda vez que a los primeros concedió exclusivamente la cuarta de mejoras. Luego las leyes en donde esta preferencia manifiesta el legislador, deben prevalecer a todo trance, si se quiere seguir el plan legal y obtener los efectos individuales y sociales que persigue la ley". (Sucesiones y Donaciones, 5º Ed. Pág. 199).

Conclúvese de lo dicho que al reconocerle el sentenciador a la hija natural de Julio C. Cuadros las tres cuartas partes de la herencia, en concurrencia con la cónyuge de éste, lejos de infringir, por interpretación errónea, los artículos 20 y 23 de la Ley 45 de 1936, los entendió y aplicó rectamente en el caso sub-lite.

El cargo es impróspero.

Cuarto cargo

Denuncia infracción directa de los artículos 1821, 1832, 1398 y 1405 del Código Civil, y 494, 473, 474 y 481 del Judicial.

Al sustentar el cargo expresa el censor:

"La actora en su demanda formuló la petición séptima que dice: 'Que si por cualquier motivo se hiciere PARTICION DE LA HERENCIA, antes de la sentencia que en este juicio se pronuncie, dicho acto, la sentencia que lo apruebe y sus registros carecen de valor y no producen efectos contra la demandante y deben ser considerados inválidos y sustituídos por lo que en este juicio se resuelva'.

"El fallador de primera instancia, en el numeral 5º de la parte resolutiva de su sentencia, dijo: "Declarar que la partición verificada en el juicio de sucesión del señor Julio C. Cuadros y sentencia aprobatoria si la hubo, no son oponibles a la demandante dentro del presente juicio'. La sentencia del Tribunal acusada, hizo suya esa declaración al confirmarla en su parte resolutiva.

"Pero además, el Tribunal en la parte motiva de su fallo, en forma que incidió en la resolutiva, expresó el siguiente concepto: '... en el supuesto de que prospere este asunto, tiene derecho pleno a intervenir en la liquidación y distribución de los bienes dejados por el causante'. Para emitir este concepto, se refirió a la revisión que hizo el mismo Tribunal de una providencia en este juicio, (auto de febrero 11 de 1963).

"Parece indudable que este concepto, lleva al extremo de interpretar esa parte resolutiva del fallo, como si cobijara también el acto de la liquidación de la sociedad conyugal que tuvo el causante con la demandada Ana Sixta González. Es decir, que la liquidación de la sociedad conyugal no tuviera ningún valor legal".

Agrega que una cosa es la liquidación de la sociedad conyugal, con su repartición de gananciales, y otra muy distinta la partición y adjudicación de la herencia, aunque ambas se realicen en el juicio sucesorio; que la súplica séptima de la demanda se

refiere a la partición de la herencia y no a la liquidación de la sociedad conyugal; "pero que como es el Tribunal, en el concepto transcrito de la parte motiva de su fallo, el que da a indicar que la resolutiva del juez cobija también la liquidación de la sociedad conyugal, fue el Tribunal quien infringió directamente el artículo 494 del C. Judicial, que es ley sustancial, pues habiéndose apelado únicamente por la demandada, en lo desfavorable, el Tribunal no tenía por que reagravar la situación del apelante, en el sentido expuesto".

Estima el recurrente que los hijos naturales, como lo pidió la actora, pueden intervenir en la partición de la herencia, pero no en la liquidación de la sociedad conyugal y distribución de gananciales al cónyuge sobreviviente; que al pretender el Tribunal que la cónyuge supérstite no puede disponer libremente de sus bienes gananciales y subsistir de ellos, viola los artículos 1821 y 1832 del Código Civil, pues, una vez que la división de los bienes sociales se ha llevado a cabo de acuerdo con tales normas, el acto es plenamente válido, y cualquier invalidez que se declare contra él las infringe directamente; que al estatuír el 1398 ibidem que "si el patrimonio del difunto estuviere confundido con bienes pertenecientes... o gananciales del cónyuge.... se procederá en primer lugar a la separación de patrimonios dividiendo las especies comunes, según las reglas precedentes", está diciendo "que los problemas de la herencia son después y no antes de la liquidación de la sociedad conyugal y repartimiento de los gananciales del cónyuge sobreviviente, que tiene preferencia legal, y ejecutados válidamente esos actos, no se puede declarar su invalidez, frente a otro acto que es puramente de la herencia"; que, por consiguiente, al quedar ejecutoriada la sentencia aprobatoria del trabajo de partición, "la liquidación de la sociedad conyugal, pago de deudas y gastos, quedó en firme e hizo tránsito a cosa juzgada".

Dice, finalmente, que "al darle el artículo 1405 del Código Civil a las particiones las mismas causas para anularlas o rescindirlas y de la misma manera y según las mismas reglas de los contratos, incluyendo la acción de lesión enorme, dió a las controversias sobre esos actos, el carácter de contenciosas"; que como la sentencia aprobatoria de la partición debe considerarse, por lo mismo, dictada en ejercicio de la jurisdicción contenciosa, el sentenciador violó el artículo 473 del Código Judicial que regula los efectos de la cosa juzgada, y el 481 del mismo estatuto, según el cual "los jueces y tribunales, no pueden, bajo ningún pretexto, negar ni reservar para otro juicio la resolución de las cuestiones que hayan sido materia del pleito".

Se Considera:

I. - Puesto que la partición de una herencia ha de realizarse necesariamente entre personas cuya calidad de partícipes esté reconocida y en relación con bienes que figuren como de la comunidad herencial, se hace necesario, para llevarla a cabo, determinar previamente y con exactitud quiénes son los partícipes y cuáles los bienes que se han de partir. De ahí que los artículos 1387 y 1388 del Código Civil ordenen que antes de proceder a la partición se decidan por la justicia las controversias sobre derechos de los asignatarios, o sobre propiedad de objetos en que alguien alegue un derecho exclusivo cuando recayeren sobre porción considerable de la masa partible; y que el 1398 estatuya que "si el patrimonio del difunto estuviere confundido con bienes pertenecientes a otras personas por razón de bienes propios o gananciales del cónyuge, contratos de sociedad, sucesiones anteriores indivisas, u otro motivo cualquiera, se procederá en primer lugar a la separación de patrimonios, dividiendo las especies comunes según las reglas precedentes".

"Para efectuar la partición de bienes del difunto ha dicho la Corte, es indispensable establecer de un modo preciso y determinado, cuál es el patrimonio, que ha dejado. Si sus bienes no están confundidos con bienes pertenecientes a otras personas, no habrá dificultad alguna, pues su caudal hereditario, hechas las deducciones correspondientes, será la materia de la partición. Pero el patrimonio del difunto puede estar

confundido con bienes pertenecientes a otras personas por razón de bienes propios o gananciales con su cónyuge, contratos de sociedad, sucesiones anteriores indivisas u otro motivo cualquiera. En tal caso, como lo ordena el artículo 1398 del Código Civil, se procederá, en primer lugar, a la separación de patrimonios, dividiendo las especies comunes, según las mismas reglas que se dan para la partición de la herencia". (LXV, 676).

II. - La hipótesis más frecuente de confusión de patrimonios ocurre, desde luego, cuando por virtud del matrimonio del causante con el cónyuge supérstite se contrajo sociedad de bienes entre ellos. El haber herencial, en tal evento, viene a quedar constituído por los bienes propios del difunto y por su participación en la sociedad conyugal; por consiguiente, para partir la comunidad herencial se hace necesario proceder previamente a liquidar aquella sociedad, para hacer luego las adjudicaciones respectivas a marido y mujer. Como esa operación previa se efectúa en el mismo trabajo de partición, formando parte integrante del mismo, todo lo que se diga en relación con él cobija tanto la liquidación de la sociedad como la del patrimonio herencial. De esta suerte, el traslado que, de acuerdo con la ley, se da a los interesados del trabajo de partición, las objeciones que éstos pueden formularle, la sentencia aprobatoria del mismo, etc., comprende necesariamente esas dos operaciones y no una sola de ellas como lo pretende el recurso.

Esta la razón para que tanto el juzgado como el Tribunal hubieran entendido que la declaratoria de inoponibilidad de la "partición herencial" y de la sentencia aprobatoria de dicho acto, impetrada en la súplica séptima de la demanda, se refería no sólo a la liquidación de la herencia sino a la distribución de gananciales, en él contenidas, y de ahí que en el fallo de primer grado, confirmado por el del Tribunal, se declarase que "la partición (sin distinciones, nota la Corte) verificada en el juicio de sucesión de Julio C. Cuadros y sentencia aprobatoria de la misma si la hubo no son oponibles a la demandante dentro del presente juicio".

El fundamento de esta decisión se encuentra en el siguiente paso de la sentencia de primera instancia: "Habrá sí que tener en cuenta que como los bienes inventariados en la sucesión del señor Julio C. Cuadros, con excepción de los derechos inventariados y avaluados por la cantidad de quince mil pesos ($ 15.000.00) lo fueron como de la sociedad conyugal, los derechos hereditarios que correspondan a la demandante sólo podrán deducirse una vez que se haya liquidado la sociedad conyugal y se haya asignado a la cónyuge la mitad de gananciales. Es decir, que los derechos hereditarios solamente podrán deducirse de los bienes herenciales y no de los que puedan corresponder a la esposa del señor Cuadros por concepto de gananciales, no de herencia". Lo cual significa, según el aquo, que si para determinar los derechos hereditarios de la demandante hay necesidad de liquidar previamente la sociedad convugal, esa liquidación "si la hubo", no puede ser inmodificable ni, por ende, oponible a la hija natural.

Y el Tribunal expresó su concepto sobre el particular en los siguientes términos: "Por último, respecto a la aclaración del punto 5º de la parte resolutoria de la sentencia que se revisa, que el señor apoderado de la parte demandada solicita como subsidiaria, en el sentido de que la partición verificada en la sucesión del señor Julio C. Cuadros y sentencia aprobatoria, no son oponibles a la actora en este juicio, tal aclaración no es procedente toda vez que como lo dijo esta Corporación cuando se revisó en este juicio otra providencia... en el supuesto 'de que prospere este asunto tiene (la demandante) derecho pleno de intervenir en la liquidación y distribución de los bienes dejados por el causante' ".

III. - Al proceder, sobre las anteriores bases, a despachar el cargo que se le formula a la sentencia del Tribunal de haber violado el artícululo 494 del Código Judicial, lo halla la Corte falto de fundamento. El sentenciador, en efecto, no agravó la situación procesal de la parte demandada frente al fallo de primer grado, en su condición de único apelante, al entender que la peti-

ción sobre declaración de inoponibilidad de la "partición de la herencia", séptima del libelo, comprendía asímismo la liquidación de la sociedad conyugal, pues, como se dejó visto, el a-quo la entendió también así. No modificó, por tanto, el Tribunal, la sentencia apelada en lo que pudiera tener de favorable al apelante, pues, por lo que atañe con el numeral 5º de su parte resolutivo, al cual se contrae la acusación, se limitó a confirmarlo con el alcance que el a-quo le dió, y, en consecuencia, no violó el principio de la reformatio in peius que consagra el artículo 494 prenombrado.

IV. - La cesura que se hace consistir en la infracción directa de los artículos 1821, 1832, 1398 y 1405 del Código Civil, en que habría incurrido el Tribunal al hacer extensiva a la liquidación de la sociedad conyugal la inoponibilidad que, en sentir del recurrente, se demandó tan sólo para la partición de la herencia, resulta improcedente por las siguientes razones:

a) Porque obedeciendo la decisión del sentenciador a la interpretación que, al decir del recurso, le dió aquél a la súplica séptima de la demanda, haciéndole decir algo que no expresaría, el ataque a la sentencia ha debido formularse por la vía indirecta y no por la directa, como se hizo;

b) Porque los artículos 1821 y 1832 no son normas sustanciales desde luego que no consagran derechos ni imponen obligaciones, sino que se limitan a determinar el trámite que ha de observarse para el inventario, avalúo y partición de los bienes sociales, remitiéndolo al que se ha señalado para la sucesión por causa de muerte;

c) Porque el 1398 no constituye por sí solo proposición jurídica completa, ya que para que la censura fuese cabal sería menester señalar también como violadas las normas que consagran los derechos del recurrente que habrían sido vulnerados por no haberse procedido previamente a la separación de patrimonio que ese precepto ordena; a lo cual cabe agregar que, según se vió, en la sentencia de primer grado que el Tribunal confirmó, se dispuso, en conformidad con dicho precepto, que "los derechos hereditarios que corresponden a la demandante sólo podrán deducirse una vez que se haya liquidado la sociedad conyugal y se haya asignado a la cónyuge la mitad de gananciales"; y

d) Porque el artículo 1405 no podía aplicarlo el sentenciador a la especie litigada, puesto que si bien es cierto que en la petición séptima de la demanda se suplica la declaración de que la partición de la herencia, la sentencia que la apruebe y sus registros "carecen de valor y no producen efectos contra la demandante y deben ser considerados inválidos", no es realmente de nulidad sino de inoponibilidad la acción ejercitada , tal como lo entendieron los falladores de instancia, sin reparo de la demandante.

Las fallas en la formulación técnica de esta acusación, la hacen necesariamente impróspera.

V. - Es igualmente inane la que le atribuye al Tribunal quebranto de los artículos 473 y 474 del Código Judicial, pues aún en la hipótesis de que fueran aplicables, es lo cierto que la demandante Ana Julia Cuadros no fue parte en el juicio de su cesión de Julio C. Cuadros, donde se dictó la sentencia aprobatoria de la partición a que alude el recurso, y que, por consiguiente, al no concurrir uno, por lo menos, de los elementos que estructuran la cosa juzgada material -"la identidad jurídica entre las personas de los litigantes" exigida por el 474-, no podía reconocer el sentenciador la excepción en referencia.

VI. - Finalmente, por lo que respecta a la censura que denuncia violación, por falta de aplicación, del artículo 481 del Código Judicial, que prohibe a los jueces negar o reservar para otro juicio la resolución de las cuestiones que hayan sido materia del pleito, nota la Corte que el censor no expresó cuáles fueron los puntos materia de la controversia no decididos por el Tribunal, contrariando así el precepto terminante del artículo 63 del Decreto 528 de 1964 que ordena al recurrente indicar en forma

clara y precisa los fundamentos de la acusación. Este defecto en la formulación técnica de la censura que se estudia basta para desecharla.

Conclúyese de lo expuesto que este cuarto cargo de la demanda de casación, al igual que los demás en ella formulados, no puede ser acogido.

Resolución:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veinticinco (25) de febrero de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Cediel Angel, Enrique López de la Pava, Ernesto Blanco Cabrera, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario

SEPARACION DE BIENES

Apreciación de la confesión. Declaración extrajuicio.

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

(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobada Acta Nº 13 de 18 de febrero de 1970).

Imelda Castañeda de Garzón demandó a Nepomuceno Garzón ante el entonces Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, para que por los trámites del juicio especial reglamentado en el Título XX del C. J., se decretara la separación de bienes y consiguiente liquidación de la sociedad conyugal existente entre la actora y el demandado. Como medidas preventivas solicitó la actora las de que hablan los artículos 801 y 802 del C. J., en relación con el artículo 157 del C. C.

En sustentación de la demanda afirmó la actora que élla y el demandado contrajeron matrimonio el 26 de abril de 1924; que de ese matrimonio nació una hija el 1º de febrero de 1946, menor de edad al instaurarse el juicio; que el haber de la sociedad conyugal está constituído por los bienes que relaciona; que el demandado Nepomuceno Garzón ha abandonado en forma absoluta el cumplimiento de sus deberes de padre y esposo, pues no vive bajo un mismo techo con su esposa e hija, ni les suministra lo necesario para su congrua subsistencia, y en particular no ha proporcionado el dinero necesario para atender a los gastos que requieren los quebrantos de salud que sufre la actora; que desde hace varios años el demandado ha venido ultrajando y dando mal trato a la actora, por lo cual han quedado rotas la convivencia, la armonía conyugal y la paz y el sosiego domésticos; que desde que el demandado abandonó a la actora, ésta vive en Bogotá con su hija, a quien tiene bajo su cuidado y vigilancia.

Adelantado el juicio con la oposición del demandado, el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Bogotá, al cual le correspondió conocer de él en virtud de la reforma judicial de 1964, le puso fin a la primera instancia con sentencia de fecha 2 de agosto de 1966, declarando la separación de bienes solicitada y la consiguiente liquidación de la sociedad conyugal.

Por apelación interpuesta por la parte demandada, el Tribunal Superior de Bogotá conoció en segunda instancia del juicio, y en tal virtud desató aquél recurso por sentencia de 31 de octubre de 1966, confirmando en todas sus partes la de primera instancia.

La parte demandada interpuso el recurso de casación contra el fallo proferido por el Tribunal, recurso que se resuelve mediante la presente providencia.

La Sentencia del Tribunal.

El Tribunal tras relacionar los antecedentes del litigio, pone de presente que en la demanda se invocan como causales de separación las de los numerales 4º y 5º del artículo 154 del C. C., en relación con el 2º de la Ley 8ª de 1922, y entra a examinar la primera de estas dos causales, o sea la relativa al absoluto abandono de los deberes de esposo y padre. En este terreno, y luego de transcribir una doctrina de la Corte relativa a la causal aludida, encuentra que con la propia confesión del demandado, producida al contestar las preguntas tercera y octava del pliego de posiciones que se

sometió a su absolución dentro del juicio, está acreditado que desde el 14 de mayo de 1964 el demandado no vive bajo el mismo techo con su mujer y su hija, hecho que el Tribunal considera corroborado con las declaraciones de los testigos Eustacio Rodríguez y Rosa Elena Rodríguez.

"Bastaría —dice el Tribunal— el solo incumplimiento por parte del demandado de la obligación de prestar a su mujer y a su hija la tutela moral a que se refiere la Corte, por causa de haberse ausentado de su hogar desde hace dos años, para que la separación de bienes tuviera que decretarse. Más imperioso se hace, por tanto, pronunciar el decreto de separación si a la falta de tutela moral se suma la falta de tutela económica, como pasa a verse".

Dice en seguida el Tribunal que en la demanda se afirma que el demandado no les suministra a la actora y a su hija lo necesario para su congrua subsistencia, y expresa que tal afirmación contiene una negación indefinida, por lo cual se desplazó hacia el demandado la carga de la prueba de que sí proveyó a dicha congrua subsistencia. "Y acontece —comenta— que el demandado no logró cumplir con su carga probatoria, pues la demandante negó en posiciones las preguntas encaminadas a demostrar que sí cumplía con esa obligación, y los testigos que depusieron al respecto no tuvieron un conocimiento directo de los hechos, sino que declaran sobre el particular por haberlo oído decir al demandado. Tales declaraciones, por ser de oídas, resultan legalmente ineficaces para probar el hecho de que se trata, al tenor de los artículos 698 y 699 del C. J., y, por lo mismo, deben desestimarse". Concluye el Tribunal expresando que en las circunstancias indicadas, la sentencia de primera instancia debe confirmarse.

El Recurso de Casación.

Tres cargos formula en casación la parte demandada contra la sentencia del Tribunal, el primero por la causal cuarta del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, y los otros dos por la causal primera del mismo precepto. Se pasa a estudiarlos en su orden.

Primer cargo:

Acusa la sentencia "por cuanto se incurrió en la causal de nulidad contemplada en el numeral 1º del artículo 448 del C. J., incompetencia de jurisdiccion". En dos sentidos sostiene este cargo que se incurrio en la nulidad mencionada:

1º Porque en el presente caso se trata de un juicio de disolucion y consiguiente liquidacion de una sociedad conyugal, que es a lo que equivale el ejercicio de la accion de separacion de bienes, lo que significa que la competencia ratione materiae para conocer de ella radica en los Jueces del Circuito Civil, conforme a lo preceptuado por el artículo 3º, ordinal b), del Decreto 1867 de 1965, que empezó a regir el 16 de julio del mismo año, y por lo tanto la actuación surtida ante el Juzgado 18 Civil Municipal de Bogotá a partir del auto de 4 de octubre de 1965, la ventilada ante el Tribunal y con ésta el fallo recurrido, están viciados de nulidad. Aclara el recurrente que en el presente caso no se trata de una acción de estado civil, pues lo que se debate es una cuestión de orden patrimonial, es decir un status pecuniae y no un status familiae; y

2º Porque, tratándose en autos del ejercicio de una acción de separación de bienes, por la vía especial de que tratan los artículos 796 y ss. del C. J., el Juez a-quo hizo una mezcla de procedimientos al haber iniciado el juicio con el trámite propio de la acción de alimentos, "ya que los decretó provisionales en favor de la actora y los mantuvo en la sentencia, mezclando ese procedimiento con el del T. XX, L. 2º C. J. y viciando de nulidad el juicio desde la admisión de la demanda que tal pedía". Cita el recurrente el texto del artículo 150 del C. J., y dice que por lo que hace a la naturaleza del asunto como factor para fijar la competencia, ella se determina en las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad judicial, y es improrrogable (art. 151 ibidem). Agrega que las normas aludidas

son de orden público y se vinculan al artículo 26 de la Constitución Nacional, "originando una nulidad constitucional y una falta de jurisdicción del Juez, el que sólo puede conocer mediante las formas propias de cada juicio, formas que son la garantía de todos los asociados".

Se considera:

I. - De conformidad con el artículo 3º del Decreto 1867 de 1965, ordinal b), los Jueces Civiles del Circuito de las ciudades de Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla conocen en primera instancia, en el territorio de los respectivos Distritos Judiciales, "de los juicios de quiebra y de concurso de acreedores, de los juicios referentes a nulidad, disolución y liquidación de sociedades, y de los asuntos que se susciten a propósito de la cláusula compromisoria". En cuanto se habla allí de juicios relativos a "nulidad, disolución y liquidación de sociedades", considera el recurrente, y en ello hace precisamente consistir el primer aspecto de la nulidad que alega en este cargo, que como en los juicios de separación de bienes se trata es de producir la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, ellos quedan comprendidos por la disposición mencionada, y por lo tanto la competencia para conocerlos radica, por razón de su naturaleza, en los Jueces de Circuito a que la misma se refiere. O sea, en otras palabras, que el término "sociedades" empleado en el literal b) antes transcrito, tiene según el recurrente amplitud bastante para comprender en él la sociedad conyugal.

No comparte la Corte este modo de pensar, porque a su juicio sólo tomando el concepto de sociedad en un sentido muy lato, que la ley no tiene en cuenta, podría llegar a aceptarse que entre él y la noción de sociedad conyugal medie relación de género a especie. Pero entendido el concepto de sociedad en el sentido propio en que la ley lo considera, que no es otro que el definido y desarrollado en los Títulos XXVII del C. C. y VII del C. de Co., y demás disposiciones que los complementan y adicionan, no parece remitirse a duda que el fenómeno de la sociedad conyugal reglamentado en el Título XXII del C. C. y en la Ley 28 de 1932, no está comprendido por aquél y le es ajeno.

Así se evidencia sólo con percatar, entre otras muchas aristas diferenciales que cabría señalar entre uno y otro, que el estado de sociedad conyugal es apenas un efecto automático del contrato de matrimonio, que se impone a los cónyuges con fuerza de orden público y con sujeción a un régimen que ellos no son libres de estipular. Por manera que no existe ni es concebible un contrato autónomo de sociedad conyugal. La sociedad propiamente dicha, en cambio, surge de un contrato típico que lleva su mismo nombre, es susceptible de ser celebrado entre cualesquiera personas y, al menos en lo que no sea de orden público, en las condiciones que se tenga a bien estipular.

Si, pues, de conformidad con lo anterior, la sociedad propiamente dicha y la sociedad conyugal son figuras esencialmente diversas, si dentro del concepto de aquélla no está comprendido el de ésta, ha de entenderse por lo tanto que cuando el literal b) del artículo 3º del Decreto 1867 de 1965 habla de "sociedades", en forma genérica y sin calificación alguna, está empleando el término en el sentido propio que le corresponde, es decir, en aquél en que la ley misma lo define y en el que por consiguiente debe ser entendido siempre que la ley lo utilice, según se desprende del artículo 26 C. C.

Es de ver, por lo demás, que dentro de la terminología de la Ley recibe el nombre de "separación de bienes" todo lo relativo a la disolución anticipada o extraordinaria de la sociedad conyugal y a su correlativa liquidación (arts. 194 y 196 y ss. del C. C. y 2º y 3º de la Ley 8ª de 1922), expresión con la cual se denomina también la acción y el procedimiento judicial especial conducentes a la obtención de aquéllos resultados. (Arts. 797 y ss. del C. J.). Lo cual viene a corroborar que en la expresión "disolución y liquidación de sociedades" que trae el literal b) comentado, no se quiso incluír la disolución y liquidación de sociedades conyugales; pues de haberse querido así, lo natural es que hubiera hablado de "separación de bienes".

II. - Tampoco se da en el caso de autos

nulidad procesal por el segundo aspecto que contempla el cargo que se examina. En efecto, aparte de que en este juicio no dejó de surtirse ninguna de las formas propias del juicio de separación de bienes, omisión que sería la que al menos en principio permitiría hablar de la nulidad constitucional invocada, y no la simple imputación de que se incurrió en involucración de procedimientos, es lo cierto que tal involucración no se produjo. Ocurrió simplemente que en la demanda de separación de bienes se pidió la adopción de medidas preventivas, con fundamento en los artículos 157 del C. C. y 801 y 802 del C. J., entre ellas la contemplada en el numeral 4º del primero de los citados artículos, y el Juez a-quo, encontrando pertinente esa solicitud, fijó la suma mensual con que el marido debía contribuír para la satisfacción de las necesidades de subsistencia de la demandante y de su hija. No hubo, pues, mezcla alguna entre el procedimiento propio del juicio de separación de bienes y el del juicio de alimentos, sino sólo adopción dentro del primero de formas procesales adecuadas para satisfacer una acción accesoria cautelar que el Juzgado consideró que legalmente procedía.

Por lo expuesto no prospera el cargo.

Cargos segundo y tercero.

Se formulan, como ya se dijo, por el cauce del primero de los motivos de casación, así:

En el segundo dice el recurrente que acusa la sentencia "por violación indirecta de los artículos 2º de la Ley 8ª de 1922 y 154, nums. 4º y 5º del C. C. a consecuencia de errores de hechos y de derecho en la apreciación de las pruebas que se determinan en el desarrollo del cargo; y violación, por errónea interpretación del artículo 154, num. 4º C. C."

En desarrollo del mencionado cargo, empieza por transcribir apartes de la sentencia del Tribunal atinentes a la apreciación probatoria del caso sub-lite que lo condujo a confirmar la separación de bienes decretada por el Juez a-quo, y dice que en esa estimación incurrió el fallador "en error de derecho al apreciar las posiciones rendidas por el demandado, los testimonios de Eustacio Rodríguez, Beatriz Perdomo y Rosa Elena González, al no apreciar los testimonios de Carmen Lilia Alvarado de Pérez y José Fulgencio Mosquera y el certificado de fol. 17 v. C. 1º".

En el intento de demostrar el error imputado respecto a cada una de estas pruebas, se refiere en primer término a la apreciación de las posiciones absueltas por el demandado, y luego de transcribir en su integridad la diligencia respectiva, expresa: "Como puede verse de la simple comparación entre la parte de las posiciones rendidas por el demandado que transcribe el Tribunal acomodaticiamente y el texto completo de sus respuestas, que el sentenciador desechó, el demandado insiste en su confesión acerca de que en todo momento ha provisto a la subsistencia de su esposa e hija, a la educación de ésta y a los gastos que exigía la salud de la primera. Pero el Tribunal fraccionó esa confesión para tomar sólo lo desfavorable al demandado, cometiendo error de derecho en su estimación, al tenor de lo preceptuado por el artículo 609 del C. J."

Expresa luego que al dar por probado el Tribunal que el demandado abandonó su hogar, lo hizo fundándose únicamente en la respuesta dada por éste a la tercera de las preguntas del pliego de posiciones, "con desconocimiento del resto de su confesión y del certificado del fol. 17 v. C. 1º, que no fue apreciado y que constituye plena prueba según la ley (arts. 315, 316, y 317 C. de R. P. y M. o Ley 4ª de 1913), normas que fueron violadas por el Tribunal, lo que constituye error de derecho que lo llevó a no dar a esa prueba el valor legal". Transcribe el documento en mención, por el cual el Alcalde de Chiquinquirá y su Secretario certifican con fecha 2 de julio de 1964 que Nepomuceno Garzón ha residido durante más de 15 años en ese municipio, y que allí tiene sus negocios de agricultura y ganadería y ejerce todas sus actividades en general. Manifiesta a continuación que lo afirmado en ese certificado está corroborado por el testimonio de Carmen Lilia Alvarado de Pérez "testigo de la parte demandada que el Tribunal rechaza porque en su con-

cepto su dicho carece de mérito legal", y refuta las razones que según el recurrente adujo el Tribunal para dicho rechazo, esto es no haber sabido la testigo explicar el sentido de palabras empleadas por élla en declaración extrajuicio, el haber dado una dirección errada del Juzgado en que declaró extrajuicio, y el haber confesado la declarante ser enemiga de la actora, para concluír en que entonces ese testimonio es de recibo según la ley.

Se refiere en seguida al testimonio de Eustacio Rodríguez Leal, en que se apoya la sentencia recurrida, y lo critica diciendo que el testigo se limita allí a dar conceptos, que no da razón de su dicho y que depone de oídas.

Pasa luego al testimonio de Beatriz Perdomo, que considera comentado por el Tribunal, para tenerlo como prueba, en términos que transcribe, al igual que el tesmonio mismo, y lo critica como contradictorio, para concluír en que carece de mérito probatorio conforme al artículo 701 del C. J., no sin agregar que si se le quiere dar mérito, lo que prueba es que el demandado remitía cada quince días víveres "por bultos" a la actora y a su hija 'evidencia que contraría lo afirmado por el Tribunal respecto a esta testigo".

"Lo anterior —sigue argumentando— concuerda con el certificado de fs. 17 C. 1º, transcrito anteriormente y con el testimonio de Carmen Lilia Alvarado de Pérez, ya analizado, para demostrar plenamente que Nepomuceno Garzón por razón de sus negocios, permanecía en jurisdicción del Municipio de Chiquinquirá y venía cada 15 días a casa de su esposa e hija a Bogotá, trayéndoles bultos de víveres y se alojaba en dicha casa. Además, parte de ésta había sido alquilada por la actora, quien percibía los arrendamientos, pese a que en el hecho 1º de la demanda y en los citados testimonios se afirma que tal casa es del dominio del demandado, lo que prueba que éste daba a su mujer e hija el valor de esos arrendamientos, contradiciendo esas pruebas evidentemente lo aseverado por el Tribunal en su fallo sobre supuesto abandono del demandado a sus deberes de esposo y de padre". Lo cual es tánto más cierto, agrega, cuanto que al decidir una articulacion de nulidad suscitada dentro de este juicio, el Juzgado a- quo dio por probado que el señor Garzón tenía su domicilio en la ciudad de Bogotá "en la residencia de su esposa e hija, a donde llega religiosamente los jueves o sábados de cada semana".

Insiste en que "el error de derecho cometido por el Tribunal al estimar la confesión del demandado y los testimonios de Eustacio Rodríguez Leal, Rosa Elena González y Beatriz Perdomo, y desestimar el de Carmen Lilia Alvarado de Pérez y el certificado de fol. 7, C. 1º, llevó al sentenciador a declarar, que el demandado no cumple, por haber abandonado su hogar, con sus deberes de esposo y de padre... Y al proceder así, aplicó indebidamente el Tribunal los artículos 2º, Ley 8ª de 1922 y 154, num. 4º C. C., al decretar la separación de bienes... sin ser procedente hacerlo".

Critica por último la apreciación por el Tribunal de la declaración de Rosa Elena González de Rodríguez, luego de transcribirla, diciendo que allí se ratifica la declarante en testimonio rendido por élla extrajuicio, pero sin que se reprodujera la declaración ratificada "por lo cual no se sabe qué es lo que ratifica ni sobre qué podría preguntar la parte demandada; así, pues, la ratificación no se surtió legalmente y el testimonio carece de mérito (artículos 693 C. J.). Mas como el sentenciador le dio validez, cometió error de derecho, como secuela del cual aplicó indebidamente los artículos 2º Ley 8ª de 1922 y 154, nums. 4º y 5º C. C.... ya que este testimonio no es prueba de los hechos alegados".

Dentro del cuerpo del mismo cargo segundo, pero en capítulo separado, se refiere el censor al considerando de la sentencia recurrida en el que, tras la premisa de que la actora afirmó en la demanda que el demandado no le suministraba a élla y a su hija lo necesario para la congrua subsistencia, se sostiene que por ser indefinida tal afirmación, no requería ser demostrada, sino que era el demandado quien debía

comprobar lo contrario, lo que éste no logró ya que los testigos que depusieron sobre el particular son de oídas.

"Esta afirmación del sentenciador —considera el recurrente— implica una errónea interpretación del artículo 154, num. 4º C. C. y la consiguiente violación de ese precepto". En efecto, expresa citando una doctrina de la Corte "A la mujer le corresponde probar el abandono absoluto y al marido la causa justa del mismo"; no se prueba el abandono con la negación indefinida de que el marido no cumple con sus deberes, sino que se requiere la prueba positiva de que los abandonó de modo absoluto. "Mas si no se acepta esa errónea interpretación del texto en cita, es innegable la violación por aplicación indebida, debido a error de derecho al echar sobre el demandado la carga de la prueba, carga que incumbe al actor (art. 593 C. J.) y al desestimar los testimonios de Beatriz Perdomo, Lilia Alvarado de Pérez y de José Fulgencio Mosquera", rechazados por el Tribunal considerándolos como de oídas. Reproduce las declaraciones de estos testigos, en lo pertinente, y manifiesta que "como puede verse ninguna de estas personas depone de oídas, como falsamente lo asevera el Tribunal, por lo cual su testimonio es de recibo, sin que sea del caso aplicar el artículo 698 C. J.", por lo cual el Tribunal incurrió en error de derecho.

El Tercer cargo:

Se formula por violación indirecta de los artículos 2º de la Ley 8ª de 1922 y 154, numerales 4º y 5º del C. C., "a consecuencia de error evidente de hecho en la apreciación de los testimonios de Carmen Lilia Alvarado de Pérez, Eustacio Rodríguez Leal, José Fulgencio Mosquera y Beatriz Perdomo, y del certificado de folio 17, C. 1º". Considera el recurrente que de las pruebas mencionadas surge ostensiblemente la demostración de que "el demandado vivía en Chiquinquirá por razón de sus negocios, de donde venía periódicamente, traía víveres por bultos para su esposa e hija y aquélla percibía el arrendamiento de la casa Nº 22-C-62 de la carrera 26, de esta ciudad", es decir, la evidencia procesal de que el demandado ha cumplido con sus deberes de padre y esposo, desvirtuando así la negación indefinida en que apoya el Tribunal su sentencia.

Con el propósito de demostrar el cargo, reproduce apartes de las declaraciones de Beatriz Perdomo, Carmen Lilia Alvarado de Pérez y José Fulgencio Mosquera y sintetiza el contenido del certificado expedido por el Alcalde de Chiquinquirá, y su Secretario, para concluír que "La evidencia que surge de esos testimonios y del certificado fue contrariada por el Tribunal, al afirmar que el demandado no probó el cumplimiento de sus deberes de esposo y de padre".

Se refiere por separado al testimonio de Eustacio Rodríguez Leal, estimado como prueba por el Tribunal, y dice que éste incurrió en error evidente de hecho al apreciarlo, pues el testigo no afirma que le conste el abandono y los malos tratos, y se limita a conceptuar que por no haber visto a Nepomuceno Garzón en la casa de su esposa, aquél abandonó sus deberes.

Se considera:

I. - El Tribunal en su sentencia, tras sentar con apoyo en Doctrina de la Corte la premisa exacta de que en materia de relaciones matrimoniales pesan sobre el marido obligaciones de tutela del hogar no sólo económicas sino morales, apoyó la decisión recurrida en un doble orden de razones, cada uno independiente del otro y por lo mismo suficiente por sí sólo para servir de soporte a la conclusión final. En primer lugar, habiendo encontrado que el demandado confesó en posiciones que "desde el 14 de mayo de 1964 no vive bajo un mismo techo con su mujer y su hija", y que desde esa fecha se separó del hogar, circunstancia que estimó corroborada por los testimonios de Eustacio Rodríguez y Rosa Elena Rodríguez, consideró que ello no más acreditaba el incumplimiento por aquél de la obligación de prestar a su mujer y a su hijita tutela moral, y era bastante por consiguiente para decretar la separación de bienes demandada. Y, en segundo lugar, halló que el de-

mandado no había demostrado que hubiera atendido a la congrua subsistencia de su esposa y su hija, prueba que estimó correspondía a él aducir, pues calificó el Tribunal como indefinida la negación al respecto postulada por la actora en su demanda como hecho constitutivo de la acción. De donde dedujo que el demandado tampoco atendió al deber de tutela económica a que estaba obligado, haciéndose así más imperioso decretar la separación.

A esta perspectiva tenía que adaptarse la demanda de casación, y comprender entonces el recurrente que para el éxito del recurso le era indispensable combatir la sentencia acusada en sus dos columnas argumentales. No limitarse a impugnar una sola de éllas, porque un supuesto resultado favorable de este ataque parcial no podría redundar en la quiebra del fallo, desde luego que al permanecer ileso el otro cimiento, ilesa habría de permanecer también la decisión.

Pues bien, mirados en conjunto los dos cargos que ahora se examinan, se ve que toda su fuerza está centrada en la pretensión de demostrar que el sentenciador incurrió en error al no haber deducido que las pruebas relacionadas en los cargos proclaman que el demandado atendió a la congrua subsistencia de dicha esposa e hija, es decir, que el demandado sí cumplió los deberes de tutela económica que en relación con éstas pesaban sobre él. Lo cual significa, entonces, que los cargos no vienen dirigidos en realidad sino contra uno de los soportes del fallo recurrido, no también contra el otro, esto es, el consistente en que el demandado faltó al cumplimiento de sus deberes de tutela moral. En ningún momento esos cargos hacen el menor planteamiento contra esta motivación de la sentencia. Apenas aparentemente la tocan cuando, por la forma general de expresarse, dicen que el demandado cumplió con sus deberes de esposo y padre. Mas como al hablar así lo hacen siempre sobre la base concreta de que éste cumplió sus obligaciones de tutela económica, a esto sólo debe entenderse contraído el sentido de aquélla generalización.

Por demás está advertir que entre los distintos deberes morales y patrimoniales que el matrimonio genera, no media relación de dependencia, por lo cual cada uno existe por sí mismo, independientemente de los demás; que la separación de bienes con que se sanciona su incumplimiento, puede causar la infracción de cualquiera de ellos, así hayan sido cabalmente satisfechos todos los restantes; y que, en conclusión, y a propósito de los que para el caso de autos se viene diciendo, los efectos que en punto de separación de bienes está llamado a producir el cumplimiento de deberes de tutela moral, en ningún caso pueden considerarse enervados o aniquilados por el hecho de que su infractor haya atendido cumplidamente a sus deberes de tutela económica.

Como consecuencia de lo que se deja expuesto, pues, en el caso del presente recurso aparece claro que él no puede estar llamado a prosperar, pues de antemano se sabe que uno de los soportes del fallo acusado necesariamente habrá de quedar en pie.

II. - No obstante lo anterior, para mayor abundamiento en razones adversas a los fines perseguidos con los referidos cargos, se hacen respecto a ellos las siguientes observaciones:

Respecto a la primera parte del segundo cargo:

a) Que no es cuestión de derecho, sino de hecho, la de apreciar si una confesión es divisible o indivisible, y que por lo mismo el error en que pueda incurrirse sobre ese particular será de hecho y no de derecho. No es eficiente el cargo, pues, en cuanto le imputa error de derecho al Tribunal por no haber tenido como indivisible la confesión del demandado, lo que se dice haciendo abstracción de que es ostensible la divisibilidad de la confesión aludida, pues ni siquiera relación de conexidad existe entre el hecho de reconocer una persona que dejó de vivir bajo un mismo techo con su esposa, y el de afirmar que ha seguido atendiendo a la subsistencia de ésta;

b) Que no puede hablarse de error de derecho, sino de hecho, respecto de pruebas no

tenidas en cuenta por el fallador, pues aquél tipo de error se produce con ocasión de la valoración del mérito de las pruebas lo que necesariamente supone que el sentenciador la percibió y tuvo en cuenta. De acuerdo con esto, pues, no cabe el error de derecho imputado al Tribunal en la apreciación del certificado expedido por el Alcalde de Chiquinquirá y su Secretario, en relación con el domicilio del demandado Nepomuceno Garzón y de las declaraciones de Carmen Lilia Alvarado de Pérez y Beatriz Perdomo, ya que ni aquél certificado ni éstas declaraciones fueron valoradas en la sentencia acusada. Siendo de notarse, de paso, en relación con los referidos testimonios, que las transcripciones sobre consideraciones en torno a ellos que la demanda de casación trae como tomadas de la sentencia del Tribunal, no forman en verdad parte de ésta sino de la sentencia de primera instancia;

c) Que igualmente constituye cuestión de puro hecho la de verificar el Juez si una determinada declaración testimonial proviene de un testigo de oídas, o si ella es responsiva, exacta y completa, o si lo expresado por el testigo corresponde a hechos que han caído bajo sus sentidos o a meras opiniones o conceptos suyos. En razón de lo cual, cualquier defecto en la apreciación de esos aspectos constituye error de hecho, no de derecho. En tal virtud, cuando en el presente recurso se imputa error de derecho al Tribunal en la apreciación del testimonio de Eustacio Rodríguez Leal, sobre la base de que este testigo depone de oídas, no da la razón de su dicho, y se limita a expresar opiniones personales, se le está dando una calificación equivocada al supuesto error; y

d) Que como se deduce del texto mismo del artículo 693 del C. J., es el acatamiento a los principios de publicidad y contradicción de las pruebas lo que inspira la exigencia contenida en esa disposición, o sea la de que para poder ser apreciada en un proceso una declaración rendida extrajuicio o de mudo hecho, es indispensable que haya sido ratificada dentro del mismo, previa la oportuna solicitud en tal sentido. Así, pues, en lo que al principio de contradicción respecta, él queda atendido con la práctica de la diligencia de ratificación, sin que sea esencial a tal efecto que en dicha diligencia figure reproducida en su integridad la declaración ratificada la cual se supone puesta en tal acto en conocimiento del ratificante, dando ocasión por lo tanto a la contraparte para hacer las preguntas que considere pertinentes. Esta, por lo demás, ha sido la doctrina de la Corte sobre el particular (G. J. 2068-2069, pág. 520).

No tiene razón, entonces, el error de derecho que el recurso le endilga al Tribunal, por haber apreciado la declaración de Rosa Elena González de Rodríguez, con base en que la declaración extrajuicio de ésta no se incorporó en el texto de la diligencia ratificatoria.

Respecto a la segunda parte del cargo segundo, se observa que el artículo 154, numeral 4º del C. C., que allí se señala como infringido por interpretación errónea, no contiene prescripción alguna relativa a la carga de la prueba de la situación fáctica en él contemplada, que es el aspecto por el cual lo considera infringido el censor, y por lo mismo no es susceptible de ser equivocadamente entendido por tal causa.

Respecto del tercer cargo, se observa:

a) Que él se limita a citar el certificado del Alcalde de Chiquinquirá atrás mencionado, y a transcribir apartes de las declaraciones de Beatriz Perdomo, Carmen Lilia Alvarado de Pérez y José Fulgencio Mosquera, para sostener que esas pruebas demuestran que el demandado cumplió con el deber de suministrar a su esposa y a su hija lo necesario para su congrua subsistencia, y que por lo mismo el Tribunal fallador incurrió en error evidente de hecho al no apreciarlas en ese sentido y no absolver en consecuencia al demandado. A ello se limita el cargo, se repite, o sea que él no hace otra cosa que exponer la apreciación personal que al recurrente le merecen las citadas pruebas, pero sin aducir argumento alguno en procura de demostrar lo que conforme a la naturaleza del cargo tenía qué evidenciar: que efectivamente el Tribunal incurrió en el error de hecho manifiesto que se le atribuye, como expresamente lo exige la ley (in-

ciso 2º, numeral 1º, art. 56, Decreto 528 de 1964).

b) Que en el mismo orden de ideas y habiendo el Tribunal en su sentencia considerado que los testigos que depusieron acerca de que el demandado atendió al cumplimiento de sus obligaciones alimentarias para con la cónyuge y su hija, o sea los que el cargo toma en cuenta, eran testigos de oídas, y por ello no estimables, era ineludible que el cargo, montado como viene sobre ellos, empezara por atacar esa apreciación del Tribunal, y demostrar el error de hecho en que al hacerla hubiera podido haber incurrido, lo que no se hizo. Y,

c) Que en cuanto a la declaración de Eustacio Rodríguez Leal, que el cargo tacha de conceptuosa, y respecto de la cual se dice allí que el Tribunal cometió error de hecho por haberla tenido en cuenta como prueba del incumplimiento por el demandado de sus deberes de esposo y padre, es de notarse en primer término que el Tribunal la apreció para sustentar su conclusión de que el demandado había incumplido sus deberes de tutela moral, no la de que había incumplido también los de tutela económica, y es a estos a los que el planteamiento del cargo se refiere. Y en segundo término, que si el Tribunal estimó esa declaración en el sentido dicho, fue solo como prueba simplemente corroborante de lo que él encontró plenamente acreditado con la confesión del mismo demandado.

Se desprende, pues, de las observaciones que se dejan hechas a los cargos segundo y tercero, que inclusive en el supuesto de que no fuera valedero lo sostenido bajo el punto I) de estos considerandos, y fuera necesario entrar al examen a fondo de los cargos aludidos, tampoco en tal evento éllos estarían llamados a prosperar.

Resolución:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia de fecha 31 de octubre de 1966, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio de separación de bienes promovido por Imelda Castañeda de Garzón contra Nepomuceno Garzón.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Blanco Cabrera, Luis Francisco Cuervo, Germán Giraldo Zuluaga, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

FILIACION NATURAL

El artículo 780 del Código Civil no es aplicable a la posesión del estado civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintiseis de febrero de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel).

(Sentencia discutida y acordada en sesión de sala, según Acta Nº 14 de 20 de febrero de 1970).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 18 de febrero de 1966, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Espinal en el ordinario de Carlota Vásquez de Monroy y Beatriz Vásquez de Ospina contra Josefa Rodríguez v. de Rodríguez y Alfonso Rodríguez.

El Litigio

Ante el Juzgado Civil del Circuito del Espinal, las citadas Carlota Vásquez de Monroy y Beatriz Vásquez de Ospina llamaron a juicio ordinario de mayor cuantía a Josefa Rodríguez v. de Rodríguez y Alfonso Rodríguez, en su condición de cónyuge sobreviviente e hijo natural del causante Arturo Rodríguez Peña, respectivamente, a efecto de que se declarase que las demandantes tienen la calidad de hijas naturales de éste, y, consecuencialmente, derecho a heredarlo y a intervenir en el respectivo juicio de sucesión.

La causa petendi de la demanda expresa, en resumen, que Arturo Rodríguez Peña hizo vida marital con Aurelia Vásquez desde el año de 1933 y hasta el día de su muerte, ocurrida en el mes de abril de 1963; que de ese concubinato, público y notorio, nacieron dos hijas: Carlota, el 5 de noviembre de 1934, y Beatriz, el 4 de febrero de 1937; que Aurelia Vásquez era soltera en la época de la concepción y nacimiento de sus dos hijas; que desde el nacimiento de éstas y hasta el día en que falleció Arturo Rodríguez, no obstante estar casado con Josefa Rodríguez, trató a Carlota y a Beatriz como hijas naturales, atendiendo a sus necesidades, dándoles consejos, y presentándolas a sus parientes y amigos como hijas suyas; que el juicio de sucesión de Arturo fue abierto en el juzgado civil del circuito del Espinal, y en él fueron reconocidos Josefa Rodríguez v. de Rodríguez, como cónyuge sobreviviente, y Alfonso Rodríguez como heredero, en su condición de hijo natural.

Al contestar la demanda, exigieron los demandados que se probaran los hechos en que se sustenta la pretensión de la parte actora, por no ser ciertos algunos de ellos y no constarles los demás.

Trabada así la litis, el juzgado la desató en sentencia de 25 de febrero de 1965, mediante la cual negó las peticiones de la demanda, absolvió a los demandados de los cargos formulados y condenó en costas a la parte actora, la cual apeló de esa resolución. El Tribunal Superior del Espinal, en sentencia de 18 de febrero de 1966 y con salvamento de voto de uno de los Magistrados, confirmó el fallo de primer grado, razón por la cual la misma parte demandante interpuso el recurso de casación de que conoce la Corte.

Motivación de la Sentencia del Tribunal

Considera el sentenciador que la declaración de filiación natural ha sido impetrada con fundamento en las causales 3ª, 4ª y 5ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, y sobre

esa base procede a examinar el acervo probatorio.

Se refiere, en primer término, a la prueba documental consistente en cartas misivas, un retrato y la fotocopia de un cheque, para notar que la autenticidad de las primeras fue desconocida por los demandados, y que por auto de 14 de septiemebre de 1964, el Tribunal declaró "no probada la autenticidad de las cartas presentadas por la parte actora con su memorial de pruebas", razón por la cual carecen de fuerza probatoria; que el retrato no contiene ninguna confesión de paternidad, ni prueba la existencia de las relaciones sexuales, pues "allí aparece un grupo de personas, sin que sepamos la intención que tuvieron al reunirse"; y que la fotocopia del cheque sólo prueba que fué girado por Arturo Rodríguez Peña a favor de Fortunato Ospina, pero sin que se sepa la causa por la cual se giró.

Procede luego a examinar la causal cuarta, que, en sentir del Tribunal, descansa sobre las siguientes bases: "a) relaciones sexuales: b) notoriedad de las mismas; c) estabilidad de aquéllas; d) que el hijo haya nacido después de 180 días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los 300 días siguientes a aquél en que cesaron". Estudia los testimonios aducidos por los demandantes con el fin de acreditar los elementos constitutivos de esta causal, y llega a la conclusión de que está probada la existencia de relaciones sexuales entre Arturo Rodríguez y Aurelia Vásquez pero no su notoriedad, por lo cual resulta "innecesario tratar de averiguar si los otros dos elementos (estabilidad y época de la concepción), se hallan o no acreditados".

Se ocupa, por último, de la causal quinta -posesión notoria del estado civil de hijas naturales-, y observa que "aunque los declarantes se refieren a un tratamiento de padre a hijas y viceversa, ninguno determina que ese tratamiento haya durado siquiera diez años continuos"; que "no se llena el requisito capital exigido por el artículo 398 del C. Civil, lo cual impide darle aplicación al artículo 6º de la Ley 45 de 1936 y consecuencialmente al ordinal 5º del artículo 4º de la misma ley".

De todo lo cual concluye que "como no se ha probado ninguna de las causales invocadas por las demandantes, la demanda intentada no puede prosperar y por lo mismo, debe confirmarse la providencia del inferior".

La Demanda de Casación

Contiene dos cargos, ambos del resorte de la causal primera, que se resumen y examinan así:

Cargo primero

Acúsase la sentencia del Tribunal por "errónea interpretación de los artículos 4º, 5º y 6º de la Ley 45 de 1936 y 398 C. C., error de derecho en la apreciación de las pruebas, trasgresión, por falta de aplicación, de los artículos 1º, 4º, 6º, 8º y 20 de la misma ley y 397 a 404 C. C.".

A intento de fundar el cargo expone el censor:

"Parto del supuesto básico de que en el juicio se demostró con suficiencia y en términos de ley, la calidad de hijas naturales que Carlota y Beatriz Vásquez tienen respecto de Arturo Rodríguez Peña, por lo cual resulta nítida la conclusión de quebranto de las normas que gobiernan la administración y efectos del dicho estado civil, ante todo los hereditarios, por no habérseles aplicado a un evento cobijado por ellas.

"Indagando acerca de por qué se dió tal infracción última, la sentencia responde con las conclusiones a que llegó tras el estudio de las pruebas, que en mi sentir contrastan con los datos que arroja el expediente, hallándose la explicación del contraste a un mismo tiempo en el reconocimiento de la fuerza demostrativa que legalmenete poseen los medios empleados y en una inadecuada comprensión de las normas que establecen las presunciones de filiación y cómo se han de acreditar, que mo-

vió al Tribunal a rechazar datos fidedignos y bastantes según la ley.

"O sea que la cuestión tiene su centro en la materia probatoria, donde veo que se cometió el yerro, más que todo, por considerar que las pruebas producidas, que con seguridad tienen eficacia plena, no eran las demandadas en la norma entendida con una estrechez y un rigorismo que pugnan con las usuales, y sobre todo, las recientes proyecciones jurisprudenciales".

Se refiere, en seguida a la apreciación que hizo el Tribunal de los testimonios allegados con el fin de acreditar la existencia de las relaciones sexuales, y nota que al sentenciador "no le bastaron los testimonios rendidos en juicio, demostrativos en abundancia de la relación carnal notoria, estable y oportuna, porque los más de los deponentes estaban para la época de los sucesos relatados, bastante próximos a los protagonistas; casera, ama, vecinos, parientes"; que, precisamente, con personas de tal orden comienza la comunicación y publicidad de tales relaciones; que, por tanto, "rehusar la convicción ofrecida por los testimonios, ya admitidos como prueba del trato carnal, tan sólo porque no pertenecen a un círculo más amplio o no fue mayor su número, constituye no sólo una mecanización torpe del criterio judicial, sino, cuanto lo primero, una errónea interpretación del precepto y por esa vía, un palmario error de derecho en el trabajo de valorar la prueba, aquí los dichos de Natividad e Isidora Páramo, Rudesindo Quijano, Concepción Rodríguez v. de Sánchez y Cecilia Ortiz.

"En otras palabras -dice-, las declaraciones, de por sí bastantes, fueron descartadas del mérito que la ley les asigna, merced a la idea de que la ley requiere que la sospecha o creencia firme del trato sexual entre dos amantes ande por doquier en el territorio en que se adelanta, para que así pueda presumir la paternidad del hombre con relación a los hijos alumbrados entonces por la mujer".

Se ocupa luego de la causal referente a la posesión notoria del estado civil de hijo natural y de los elementos probatorios allegados con el fin de acreditarla, para notar que el Tribunal no la encontró probada "únicamente porque no apareció establecida la continuidad del trato a través de diez años continuos"; que admite el fallador que de los testimonios allegados al proceso aparece que Arturo Rodríguez cuidó de Carlota y de Beatriz como lo hace un padre con sus hijos, que les enviaba dinero, que las veía y visitaba con frecuencia, que proveyó a su establecimiento, que las presentó y trató ante los demás como hijas suyas, pero que "les niega fuerza para cubrir un período legalmente consignado, en forma ininterrumpida"; que "la cuestión radica en desentrañar la razón de ser y la función de la norma, para luego investigar si se la entendió rectamente y por qué no se la aplicó"; que los artículos 397 a 399 del C. C. y 6º de la Ley 45 de 1936, reglamentan a plenitud la materia; que, a su juicio, "no medió aquí rechazo de orden sustancial, fundado en falta de conjunto testimonial apto, o de información suficiente sobre el trato, el nombre o la fama, en general, o, en concreto, provisión, presentación y reputación, sino al tenor de las veces del fallo, el asunto se decidió por el aspecto cronológico", y de ahí que, en últimas, la cuestión gire en torno al artículo 398 del Código Civil y, en especial, al alcance de la exigencia de que la posesión del estado civil haya durado diez años continuos por lo menos.

Considera el impugnante que en el artículo 398 precitado se emplea el vocablo "posesión con igual o similar alcance al que tiene "en materia de detentación de bienes o de derechos"; que no puede omitirse una indispensable analogía en cuanto a los presupuestos legales de las figuras que exigen la "posesión" para su existencia; que "entonces, no es inoportuno recordar que la usucanión exige 'posesión continua', sin solución de continuidad (C. C. 2528, 2531), y que acreditados los dos extremos, el inicial y el final o actual, se presume que el tiempo intermedio ha transcurrido en igualdad de condiciones a como se observan aquéllos (780 ibidem)". Y remata su razonamiento así:

"De modo que, aún aceptando que de los testimonios en estudio solo aparecieran los hechos constitutivos de la posesión en los solos períodos a que exegéticamente reduce su presentación el Tribunal: 1934 - 1941; 1951 - 1952; y 1962 - 1963, y auncuando se prescindiera de tomarlos armónica y sistemáticamente, se proyecta por vía de ellos la expresión de toda una coincidencia vital, el tiempo transcurrido del nacimiento de las interesadas a la muerte de su pregenitor, tachonado de detalles de afecto y ternura, de provisión económica y ejercicio de autoridad paternal y, vale destacarlo, todo dominado por la aprehensión del señor Rodríguez a los celos y amenazas de su esposa, que hoy dice ignorar lo que fue el clima en que se desarrolló íntegra su trayectoria conyugal.

"A ello habría que agregar que el conjunto testimonial dice mucho más en tiempo que lo que el Tribunal menguadamente le abona, pero eso sería ya materia de cargo por error de hecho, al contrastar el texto de las declaraciones con lo tenido en cuenta por el sentenciador, a lo cual no acudiré en esta oportunidad, más que por cuestiones de técnica del recurso, por acentuar la atención hacia el punto doctrinario de la continuidad posesoria, que estimo de gran trascendencia y bastante como para que al hacerse la rectificación se ponga en claro el yerro de derecho en la ponderación de los dichos testimonios al privarlos del valor que legalmente tienen".

Cargo segundo

Denuncia "violación de los artículos 1º, 4º, (3), 8º y 20 de la Ley 45 de 1936, por falta de aplicación, derivada de error de derecho en la apreciación de la prueba".

Al desenvolverlo expresa el recurso que la parte actora presentó doce cartas autógrafas y manuscritas, dirigidas por Arturo Rodríguez a Carlota y a Beatriz, firmadas con nombre y apellido completos las más de ellas, y en las que prácticamente existe el reconocimiento expreso y cierto de paternidad; que la parte demandada acudió al expediente de negar la autenticidad, en procura de que las demandantes la probaran; que "sin que hubiera razón formal para ello, se produjo providencia del Tribunal que desconoció la eficacia de los documentos, y que le permitió a su sucesor la afirmación de que las cartas son apócrifas, dentro de su fallo, para descartar la admisión de la causal 3ª de filiación natural, cual si pudieran asimilarse una eventual carencia de autenticidad con la demostración de la falsedad". De todo lo cual deduce el impugnante que el sentenciador incurrió en "error de derecho, en primer término, en la afirmación de que las cartas son apócrifas y desestimarlas por tal motivo, y, seguidamente, en su rechazo, con o sin la adjetivación previa, como prueba de la existencia de confesión adscrita, y, por ende, de la filiación reclamada".

Se Considera:

1. La misión de la Corte, en el ámbito de causal primera de casación, es la de velar por la recta inteligencia y debida aplicación de la ley sustancial, y no la de revisar libremente, como si se tratara de una tercera instancia, todas las cuestiones debatidas en los grados anteriores. Ese objeto primordial de la casación excluye, en principio, del examen de la Corte lo concerniente a la cuestión de hecho, cuya definición ha quedado encomendada al poder discrecional del sentenciador. Empero como al quebranto de la ley sustancial puede llegarse por razón de una deformación de los hechos que han de quedar subsumidos en la hipótesis legal, bien sea por error del Tribunal sobre la presencia objetiva de un medio probatorio en el proceso, o bien por error acerca de su valor probativo, excepcionalmente se le permite a la Corte penetrar en los problemas de la prueba.

2. La violación de la ley sustancial puede ser, por tanto, directa o indirecta. La primera ocurre cuando el sentenciador, contemplando los medios de prueba tal como existen en el proceso, sin incurrir en error alguno en cuanto a su apreciación y tomando, por lo mismo, el caso sometido a su examen en su exacta realidad, deja de aplicarle el precepto sustancial que le co-

rresponde, o se lo aplica torcidamente por errónea interpretación, o le aplica uno diferente. La segunda, cuando con motivo de la labor investigativa del sentenciador en el campo probatorio, incurre en error de derecho en la valoración de las pruebas o en error evidente de hecho en la apreciación de las mismas con incidencia en la aplicación de la ley sustancial. Siendo de advertir que por esta vía no puede alegarse interpretación errónea de la misma, puesto que esta especie de infracción obedece a un equivocado entendimiento de la ley y no a desaciertos en la apreciación de las pruebas.

3. La ley de procedimiento civil brinda a las partes la posibilidad de impugnar, en casación, una sentencia proferida en segunda instancia por un Tribunal Superior, a través de causales expresas, separadas y claras, y la Corte solo puede entrar a juzgar de esa sentencia dentro de los estrictos límites que le trace el impugnante y en el preciso campo en que se reclame su intervención. De ahí la exigencia de que la demanda de casación exprese "la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando la norma sustancial que el recurrente estime infringida", y de que "si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una. (Ibidem art. 63).

4. Cuando el fundamento de la censura es el error de derecho en la valoración de un medio probatorio, a más de singularizarse éste, ha de señalarse la norma que fija su valor y precisarse su incidencia en la decisión del Tribunal. "No es posible -ha dicho la Corte- 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 noviembre 3 de 1966, aún no publicada, proferida en el juicio ordinario de Napoleón Castillo C. contra Evangelista Hernández y otra).

5. Cuando la acusación se funda en error de hecho en la apreciación de una prueba trascendente, incumbe al censor individualizar el medio mal apreciado y demostrar el error en que incurrió el Tribunal por no haber visto la prueba que obra en el juicio, o por haber supuesto la que no existe en él, hipótesis éstas que comprenden la desfiguración de la prueba, cercenando su contenido o haciéndolo decir lo que no expresa.

6. Las censuras que en los dos cargos mencionados denuncian violación directa de los artículos 1º, 4º, 6º, 8º y 20 de la Ley 45 de 1936, y 397 a 404 del C. C., a causa de los errores de derecho en que habría incurrido el sentenciador al ponderar la prueba testimonial aducida con el fin de acreditar la causal cuarta del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, y la prueba documental allegada a intento de probar la tercera, no se ajustan a la preceptiva de la técnica del recurso extraordinario que se dejó expuesta, pues adolece de la falla fundamental de no señalar las normas de disciplina probatoria que habrían sido infringidas por el Tribunal, y, en consecuencia, no existe el punto de referencia indispensable para establecer la existencia del error alegado por el impugnante. Esta deficiencia técnica en la formulación de las censuras, basta para rechazarlas.

7. Aunque la acusación que por la vía directa se le hace a la sentencia impugnada en el primero de los cargos que se estudian, ha debido formularse en capítulo separado, a fin de no mezclarla con la que se le hace por la vía indirecta del yerro de valoración probatoria, tal deficiencia de carácter técnico no impide a la Corte considerarla, y en consecuencia, se procede a despacharla.

Hácese consistir el quebranto directo de la ley sustancial en la errónea interpretación que el Tribunal le habría dado a los artículos 4º, 5º y 6º de la Ley 45 de 1936, y 398 del Código Civil. Siendo de notar, por lo que al primero de tales preceptos atañe, que la censura se contrae al entendimiento que aquél le dió al ordinal 4º de esa disposición y, particularmente, al carácter de notorias que, según la misma, han de tener las relaciones sexuales para que con base en ellas se pueda declarar la paternidad natural.

Aunque el recurso no es lo suficientemente explícito en el punto, de los pasos de la demanda de casación que se dejaron transcritos se desprende que, en su sentir, la interpretación desviada que le imputa al sentenciador radica en "la idea de que la ley requiere que la sospecha o creencia firme del trato sexual entre dos amantes ande por doquier en el territorio en que se adelanta". Y que debido a ese entendimiento equivocado de la norma el Tribunal rehusó "la convicción ofrecida por los testimonios, ya admitidos como prueba del trato carnal, tan sólo porque no pertenecen a un círculo más amplio o no fue mayor su número".

8. El adecuado despacho del cargo impone conocer con exactitud el criterio del Tribunal en relación con el carácter notorio de las relaciones sexuales, y para ello hay que acudir a los términos del fallo impugnado, en lo pertinente. En él, luego de expresar el Tribunal que el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 no exige que las relaciones sexuales configuren el concubinato, y que la originalidad del legislador consistió "en exigir una relación menos rígida, sin que sea necesario llegar al concubinato propiamente dicho, como así lo enseñan las recientes jurisprudencias de la H. Corte Suprema de Justicia", agrega que para declarar la filiación natural sólo basta acreditar la existencia de relaciones sexuales estables y notorias; que "la notoriedad no puede surgir ni de confidencias, ni de sospechas, ni de noticias que lanzadas al azar van expandiéndose sin que nadie sepa dónde está su verdadero origen", sino de hechos realmente observados, "de hechos que rompiendo las paredes de la habitación se riegan por el vecindario". Advierte el sentenciador que con esto no pretende que "la notoriedad deba traspasar los límites de la ciudad, pues bien puede alcanzar tan sólo al vecindario dentro del cual los hechos se realizan", sino destacar que "el hecho no debe ser oculto, secreto, sino objetivamente observable". Conceptos éstos que coinciden con la doctrina sustentada por la Corte a este respecto, y en particular con la expuesta en la sentencia de 28 de febrero de 1961 a que hace alusión el recurso, de la cual son los siguientes pasos:

"La notoriedad es concepto que se opone a lo secreto, como lo momentáneo a lo estable. De la misma manera que la ley no contempla, como base de presunción de paternidad, los contactos eventuales, tampoco admite los ocultos, por razón de los abusos que ello podría acarrear. Por estables que sean, ningún sentido tendrían en el sistema de presunciones del artículo 4º, si son secretos.

"Sin duda, la notoriedad admite grados. Uniones irregulares hay de una evidencia pública general; otras, cuya fama llega a traspasar los límites del vecindario y aún de la ciudad y la comarca, tanto por la forma de las relaciones, v. gr. con comunidad de habitación, como por la calidad económica y social de los amantes y el factor tiempo, cuya mayor duración propaga e incrementa ese conocimiento; otras, en cambio, por circunstancias especiales, sin comunidad de habitación, sin vida en común, sin trato aparente de cónyuges, procuran proceder sin ostentación, evitando lo más

posible la publicidad, de modo que el conocimiento no pasa de los amigos y relacionados; otras, al circunscribirse a la época de la concepción o parte de ella, no se harán tan visibles como aquellas que llegan a cubrir largo tiempo o la vida. Todo lo cual marca modalidades en el criterio estimativo de la visibilidad o apariencia de los mismos nexos.

"Cualesquiera que sean los matices de tales uniones, la notoriedad, como la estabilidad, deben aparecer de hechos de los cuales el Juzgador infiera la presencia de tales caracteres en el trato sexual". (XCIV, 574).

No encuentra la Corte que el Tribunal se hubiera formado un concepto descaminado acerca del carácter notorio que deben tener las relaciones sexuales, según el ordinal 4º a que se hizo referencia, y por el contrario, lo halla conforme con el recto entendimiento del mismo expuesto por la Corte. Otra cosa es que el sentenciador no hubiera encontrado acreditada, con la prueba testimonial allegada al proceso, la notoriedad de las relaciones sexuales que según la demanda existieron entre Arturo Rodríguez Peña y Aurelia Vásquez, pues esa apreciación ninguna incidencia tiene en el recto entendimiento de la norma.

9. La otra parte de la censura le atribuye al Tribunal equivocada interpretación de los artículos 5º y 6º de la Ley 45 de 1936, y 398 del Código Civil. Por lo que atañe con el primero de tales preceptos la acusación es inane, pues el fallo impugnado no hace alusión a él, ni podía hacerla desde luego que dicha norma regula una hipótesis distinta a la planteada en la demanda, y en tales condiciones el yerro en su interpretación resulta imposible. Y por lo que respecta a los otros dos, cabe observar que como por sí solos no constituyen proposición jurídica completa, se hace necesario entender formulado el cargo, dada su falta de claridad, en el sentido de que por causa de la desviada interpretación de esas disposiciones se violó por falta de aplicación el artículo 4º, ordinal 5º, de la Ley 45 prenombrada, en cuanto estatuye que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural "cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo". Entendida así la acusación, se procede a despacharla.

Considera el sentenciador que al tenor de los artículos 6º de la Ley 45 de 1936 y 398 del Código Civil, vigentes cuando en este proceso se trabó la relación procesal, uno de los requisitos que inexcusablemente deben acreditarse para que se tenga por demostrada la posesión notoria del estado civil de hijo natural, es el de que el tratamiento del presunto padre para con el hijo haya durado de manera continua diez años por lo menos. El recurrente, por el contrario, estima que de acuerdo con tales normas, basta, para que se tenga por probada la posesión de dicho estado, que se acredite su existencia en una época anterior y en otra posterior, comprensivas de un período total de diez años, para que se presuma la posesión en el tiempo intermedio, tal como para la posesión material de las cosas lo establece el artículo 780 del Código Civil. De donde deduce el impugnante que como en el caso sub-lite comprobaron las demandantes la existencia de la posesión notoria de su estado civil de hijas naturales en los lapsos comprendidos entre 1934 y 1941, entre 1951 y 1952, y entre 1962 y 1963, se presume la existencia de esa posesión notoria en los períodos intermedios; y que como de 1951 a 1963 transcurrieron más de los diez años que exige la ley, ha debido el Tribunal dar por probada la posesión de estado invocada como causal para la declaración judicial de la paternidad natural por aquellas impetrada.

10. En sentencia de 22 de junio de 1960, expuso la Corte:

"La posesión de un estado civil es la exteriorización de éste, en virtud del goce público y constante de su título y de las ventajas inherentes al mismo, con aptitud para crear la fe del medio social sobre la existencia de tal estado.

"Según la ley civil, tres son los factores que la posesión de estado ha de sumar para

poder ser prueba del mismo: tratamiento, fama y permanencia.

"Por lo que mira a la posesión de estado de hijo natural, el tratamiento ha de consistir en que el respectivo padre o madre se haya comportado inequívocamente como tal con el hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento en forma de que pueda inferirse ese carácter; la fama estará en que sus deudos y amigos y el vecindario de su domicilio en general, a virtud de aquel tratamiento, hayan reputado ser del dicho padre o madre a quien pasa por hijo suyo; y la permanencia será el hecho de que aquél tratamiento, generador de la fama, haya tenido una duración continua de diez años por lo menos (artículos 6º y 7º Ley 45 de 1936 y 398 C. C.).

"Aquilatada por el tiempo, a poder del cual se opera la consolidación de los hechos sociales, la posesión de estado de hijo natural es prueba excepcionalmente idónea de tal estado, como que entraña una confesión espontánea, refleja e insistentemente reiterada de la paternidad. Pero por la gravedad misma de la materia, el legislador se preocupó porque la demostración de la posesión notoria, ya de éste o de cualquiera otro de los estados civiles susceptibles de ella, estuviese presidida por un criterio, no de simple probabilidad, sino de firme certidumbre. Por eso preceptúa en el artículo 399 del C. C. que 'la posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable...'"

".....

"En cuanto a la manera de comprobar la duración de la posesión de estado, sería contraria al buen sentido pretender que, tratándose de las declaraciones de testigos, tenga que constarle a cada uno de éstos la permanencia de esa posesión por un lapso no menor de diez años. En ninguna parte la ley lo exige así, ni puede suponerse que lo exigiera, porque ello conduciría a reducir al mínimo, en esta materia, el aprovechamiento de la prueba testifical, que sólo prosperaría en aquellos casos en que hubiese testigos de tiempo completo, contrariando el sistema de la variedad de medios probatorios. En el particular, la ley sólo requiere que la posesión de estado se haya sostenido durante diez años continuos por lo menos; pero ésto ciertamente no obsta a que etapas de posesión entre las cuales no exista solución de continuidad puedan, demostrarse cada una por sus correspondientes elementos probatorios, y así demostradas sumarse para constituír el decenio indispensable". (XCII, Pág. 969 y 970).

11. Si, como se deja visto, los tres elementos constitutivos de la posesión de estado -trato, fama y permanencia- han de hallarse probados de un modo irrefragable, es palmario que no pueden establecerse a través de presunciones que, por admitir prueba en contrario, no demuestran su existencia en forma inequívoca e indubitable. Máxime si tales presunciones se refieren a hipótesis diferentes a la posesión del estado civil. La continuidad en la posesión del estado civil debe, por tanto, aparecer acreditada de manera incontrastable, en la forma y condiciones precisadas en el fallo antes mencionado. Siendo ésta la recta interpretación del artículo 398 del C. C., en conformidad con su letra y con la mente del legislador, por fuerza hay que desechar aquellas interpretaciones que, como la propuesta por el censor, contrarían la exigencia legal de que la permanencia y, por ende, la continuidad de la posesión del estado civil se prueben "por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable". Estas las razones para que no sea aplicable a la posesión de estado el precepto del artículo 780 del Código Civil, según el cual, "si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume (subraya la Corte), la posesión en el tiempo intermedio", ya que la continuidad de la posesión no estaría demostrada de modo irrefragable.

El cargo es, por lo dicho, impróspero.

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 diez y ocho (18) de febrero de mil novecientos sesenta y seis (1966), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Espinal, en el juicio ordinario seguido por Carlota Vásquez de Monroy y otra contra la sucesión de Arturo Rodríguez Peña.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Cediel Angel, Enrique López de la Pava, Ernesto Blanco Cabrera, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

OPOSICION AL REGISTRO DE MARCAS

Las marcas y los nombres comerciales están sujetos a diverso régimen legal. El nombre comercial no requiere de registro para ser objeto de derecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., 27 de febrero de 1970.

(Magistrado Ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobado Acta Nº 12 de 17 de febrero de 1970).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la sociedad "INDUSTRIA DE CALZADO TOMY, LTDA." contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio especial de oposición al registro de una marca y un nombre de comercio en el cual fue demandante u opositor el señor Ulpiano Zuleta Carrasquilla.

El Litigio

Ante el Ministerio de Fomento-División de Propiedad Industrial- la Sociedad "Industria de Calzado Tomy, Ltda.", domiciliada en Cali, solicitó por memorial de fecha 1º de octubre de 1964 el registro "del rótulo o nombre comercial y de la marca de fábrica y de comercio que consisten esencialmente en la denominación Tomy, sola y sin distintivos especiales, para distinguir: Calzados de todas clases y accesorios, como tacones, punteras, etc., sombreros y gorras, polainas, trencillas, galones, borlas, artículos para zapateros, guantes, carteras, bolsas y demás artículos de tafiletería, artículos comprendidos por la clase 16 del Decreto 1707 de 1931; y almacenes, fábricas, establecimientos y empresas que tengan por objeto o se dediquen a la compra, venta, distribución fabricación o representación de los artículos antes mencionados, empresas comprendidas por la clase 14 del mismo Decreto.

Mediante memorial de fecha 11 de marzo de 1965, el señor Ulpiano Zuleta Carrasquilla se presentó ante el despacho mencionado a formular oposición al registro pretendido por la sociedad dicha, afirmando: a) Qué por Resolución de fecha 19 de agosto de 1950, el Ministerio de Comercio e Industrias otorgó al opositor el registro de la marca "Tonsy" para distinguir artículos y productos de zapatería que la misma providencia relaciona, y los establecimientos de venta; b) que ese registro fue renovado por resolución de 11 de julio de 1960, y está vigente; c) que el registro pedido por la sociedad "Industria de Calzado Tomy, Ltda." se refiere a los mismos artículos y establecimientos antes indicados; d) que es evidente que la marca "Tomy" es una intencionada imitación de la marca "Tonsy" registrada a favor del opositor, cuya fama y prestigio no puede aprovechar la compañía competidora.

La controversia así fòrmada fue pasada al conocimiento de la justicia ordinaria. Notificada la demànda de oposición a la contraparte, ésta la contestó pidiendo la prueba de algunos hechos afirmados en aquélla, negando otros, poniendo de presente que el registro solicitado se refiere en mayor parte a artículos y establecimientos de índole distinta a los que dice tener protegidos el opositor, y solicitando, en fin, que se declarara infundada la oposición.

El Juzgado a-quo- Primero Civil del Circuito de Bogotá- le puso fin a la primera instancia declarando infundada la oposición absolviendo a la sociedad demandada,

y haciendo las demás declaraciones consecuenciales. Apelada esta decisión, por sentencia de 8 de septiembre de 1966 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desató el recurso revocando la de primer grado, y resolviendo en su lugar:

"Primero. - Declárase fundada la oposición formulada por Ulpiano Zuleta Carrasquilla al registro de la marca denominada "Tomy", por los motivos expuestos en la parte motiva de este fallo.

Segundo. - En consecuencia, de la declaración anterior, dése cumplimiento a lo previsto en el art. 41 de la Ley 31 de 1925.

Tercero. - Condénase en las costas de la primera instancia a la sociedad "Industria de Calzado Tomy, Ltda."...

Cuarto. - Sin costas en la segunda instancia".

La Sentencia del Tribunal

Al entrar en el examen a fondo de la cuestión planteada, el Tribunal hace algunas consideraciones generales en torno a la acción de oposición al registro de marcas, y se detiene particularmente en el análisis del presupuesto de ella constituido por la confusión que en virtud de la imitación, identidad o manifiesta semejanza de una marca pretendida con otra ya registrada, pueda producirse entre los respectivos productos cuando éstos no pertenecen a industrias diferentes. Trae a cuento a este respecto el artículo 8º de la Ley 94 de 1931, hace una interpretación de su texto en búsqueda de criterios para determinar cuándo existe imitación de marcas, y habla al respecto de la semejanza ortográfica, la semejanza fonética, la semejanza visual, y la semejanza por asociación de ideas, como formas de producirse aquélla, para concluir en que la apreciación de la confusión es una cuestión de hecho que corresponde determinar al juzgador de acuerdo con principios y criterios en que se ha inspirado la doctrina y la jurisprudencia, principios que dice están recogidos en los artículos 32 de la Ley 31 de 1925 y 8º de la Ley 94 de 1931.

Descendiendo ya al caso concreto de autos expresa: "Tratándose, como se trata, en el presente caso de marcas destinadas a amparar productos de la misma clase y naturaleza, respecto de mercancías y establecimientos determinados en los apartes 14 y 16 del Decreto Legislativo Nº 1.707 de 1931, el evento de confusión entre ellas no puede deducirse simplemente del examen de ciertos caracteres para deducir su semejanza, parecido o confusión y la posibilidad de confusión a primera vista, ... sino que es necesario un examen detenido para distinguir una marca de la otra, en virtud de que la marca registrada "Tonsy" y la que se pretende registrar "Tomy" se aplican precisamente para distinguir mercancías y artículos de la misma clase y naturaleza que determinan los apartes del precepto antecitado". Y al pasar en seguida a comparar esas dos palabras, encuentra que "concurre entre ellas cierta imitación que genera en gran parte ser esencialmente parecidas, toda vez que a primera vista es muy susceptible de confundirse la una con la otra por el público consumidor, por tratarse de artículos de la misma clase y naturaleza en renglón de zapatería y accesorios, etc., y porque en forma gráfica y visual, induce a error y confusión por existir entre las dos expresiones parecido esencial en sus partes principales, respecto a su radical y también en su desinencia", sobre lo cual entra luego en consideraciones de detalle, para concluir en que la oposición es fundada y procedente.

El Recurso de Casación

Cinco cargos se formulan en la demanda de casación contra la sentencia del Tribunal. Como la Corte encuentra fundado el quinto de ellos, de conformidad con el artículo 538 del C. J. habrá de examinar solamente ese.

Se propone con fundamento en la primera de las causales del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, por violación indirecta en razón de aplicación indebida de los artículos 32 y 37 de la Ley 31 de 1925, y 5º y 8º de la Ley 94 de 1931, y en falta de aplicación de los artículos 48 de la Ley 31 de 1925

y 593 del C. J. "a consecuencia de apreciación errónea, por error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, de las pruebas que acreditan la extensión o comprensión de los derechos de registro del demandante".

En sustentación del cargo empieza el recurrente por decir que la etiqueta del opositor no está registrada ni se ha usado "para distinguir sombreros, gorras, polainas, trencillas, galones, borlas, artículos para zapateros, guantes, carteras, bolsas y demás artículos de tafiletería comprendidos por la clase 16 del Decreto 1.707 de 1931, ni tampoco para almacenes, fábricas, establecimientos y empresas que tengan por objeto o se dediquen a la compra, venta, distribución, fabricación o representación de los artículos antes mencionados, comprendidos por la clase 14 de dicho Decreto. En cambio, la solicitud de registro de mi representada se endereza a distinguir también tales artículos y establecimientos".

Expresa luego que los certificados e informes mediante los cuales el opositor pretendió establecer su titularidad sobre la marca y el nombre comercial en que fundó su oposición, solamente alcanzan a significar que los registros respectivos distinguen artículos de zapatería tales como calzados de todas clases, y accesorios como tacones, punteras, adornos y lazos o cordones para zapatos, comprendidos por la clase 15, y establecimientos que digan relación con esos mismos artículos, en ningún caso comprende los demás artículos y establecimientos a que se refiere el registro pretendido por la sociedad recurrente. Amen de que el opositor no ha invocado, ni en el expediente hay asidero para ello, derecho al uso de la denominación "Tonsy" en relación con artículos y establecimientos que no figuran en la inscripción a su favor, como él mismo la confesó, absolviendo posiciones, cuando dijo que él no utiliza la citada marca para distinguir artículos o establecimientos distintos a los que ampara su registro marcario.

Agrega que los artículos 5º y 8º de la Ley 94 de 1931, y 32 y 37 de la Ley 31 de 1925, sólo conciben la posibilidad de la imitación y de la oposición en relación con marcas llamadas a distinguir "artículos de la misma clase o naturaleza, entendiéndose por clase, no cada uno de los 24 géneros que trae la clasificcaión del artículo 6º del Decreto 1707 de 1931, sino su significado etimológico, un orden de cosas de la misma especie, la calidad o cualidad de las cosas", lo que está corroborado por el artículo 48 de la Ley 31 de 1925 al disponer que "la propiedad exclusiva de una marca sólo se adquiere con relación al objeto u objetos para que hubiere sido solicitada". Por lo tanto, pueden coexistir marcas iguales o similares dentro de una misma de las clases del Decreto 1.707, si se aplican a artículos de distinta naturaleza, y en tal hipótesis no puede hablarse de imitación alguna. En el caso de autos es obvio que ni los sombreros, ni las gorras, ni las polainas, ni las trencillas, ni los galones, ni las borlas, ni los artículos para zapateros (v. gr. suela, cuero, goma, puntilla, hilo, tintura, etc.), ni los guantes, ni las carteras, ni las bolsas, ni los demás artículos de tafiletería, participan de la naturaleza del calzado y sus accesorios, ni son de la misma especie, así como tampoco los establecimientos comerciales que se dediquen a la venta, compra, distribución, fabricación o representación de aquéllos artículos, participan de la naturaleza o son de la misma especie de las zapaterías o almacenes de calzado. Nadie podría confundir un sombrero o unos guantes o una cartera marca "Tomy", con un par de zapatos marca "Tonsy", ni ninguna persona se vería influida en su desprevenida confianza de comprador por el posible prestigio de la marca "Tonsy", para decidirse por la escogencia de artículos como los primeramente mencionados.

En estas circunstancias, sigue afirmando el censor, el Tribunal excedió el ámbito de operancia del registro del demandante, "por haber apreciado erroneamente los medios que lo acreditaban y que he puntualizado en el desarrollo de este cargo, al darle alcances fuera de los precisos límites para los cuales específicamente se habían concedido". Lo cual lo condujo a aplicar indebidamente, por un lado, y dejar de apli-

car, por otro, los artículos atrás señalados como violados de las leyes 31 de 1925 y 94 de 1931, así como también dejó de aplicar el artículo 593 del C. J., pues estando plenamente demostrado que el opositor no tiene registro a su favor sobre los artículos y establecimientos mencionados al principio de este cargo, "debió absolver por este aspecto y permitir para ellos el registro solicitado por mi acudida".

Se Considera:

I. - Objeto y finalidad de toda marca de fábrica o de comercio es permitir diferenciar los productos o mercancías de un establecimiento, de los de otro. Mediante la marca logra el propietario de un establecimiento que sus artículos queden individualizados en cuanto a su procedencia ante los consumidores, en procura, de un lado, que sea él el único beneficiario del prestigio y buen nombre que la marca imprime a lo que ofrece al público, y, de otro, que éste no sufra engaño respecto a la autenticidad de lo que adquiere. En punto de marcas, pues, se presenta una concurrencia simultánea de intereses distintos pero complementarios; los del comerciante o fabricante, por una parte, y los del consumidor, por otra.

A la preservación de estos intereses debe atender primordialmente toda legislación marcaria, disciplinando la materia con miras principalmente a evitar la coexistencia de marcas que puedan prestarse a crear estados de perplejidad o confusión respecto de la verdadera procedencia de productos que la tengan distinta. Mas como la posibilidad de dicha confusión no puede presentarse sino tratándose de artículos de la misma naturaleza, es decir, iguales en su género y en sus características específicas, pues siendo éllos heterogéneos se distinguen unos de otros por sí mismos, de suerte que la marca no juega papel diferenciador alguno entre éllos, es obvio que la necesidad de aquélla preservación no se da en ésta última hipótesis, sino solamente en aquélla.

II. - A estos planteamientos, que corresponden al principio de la especialidad que rige el derecho marcario, se ajusta cabalmente nuestra legislación al respecto, como se ve de las normas que regulan el reconocimiento de la propiedad exclusiva sobre una determinada marca, y de las que amparan y protegen el derecho así reconocido.

En efecto, por lo que dice relación a lo primero, preceptúa la ley que quien pretenda el registro a su favor de una marca, debe en el respectivo memorial petitorio determinar con toda claridad "las manufacturas, productos, objetos o artículos a que se destina la marca" (art. 35 de la Ley 31 de 1925); y en armonía con lo anterior, luego de decir que la propiedad de una marca "consiste en el derecho de hacer uso de ella exclusivamente para los artículos a que se destina", precisa en forma nítida y terminante el alcance y el contenido de ese derecho - (con el resultado adicional de concretar el sentido de la expresión "artículos de la misma naturaleza" varias veces empleada por ella) al decir que "La propiedad exclusiva de una marca solo se adquiere con relación al objeto u objetos para que hubiere sido solicitada, y que deberá especificarse claramente con la determinación de la clase o clases a que pertenezcan" (arts. 45 y 46 ib.).

Y por lo que respecta a lo segundo, dispone que una marca registrada no puede ser usada por otra persona "si estuviere destinada a artículos de la misma naturaleza" (art. 32); que son inadmisibles las solicitudes de registro de una marca ya registrada a favor de otra persona "para distinguir artículos de la misma naturaleza" (art. 3º Ley 94 de 1931); y que podrá oponerse al registro de una marca, o pedir su cancelación si ya estuviere inscrita, "quien alegare pertenecerle por haberla registrado antes para artículos de la misma naturaleza" (arts. 37 de la Ley 31 de 1925 y 5º de la Ley 94 de 1931).

III. - Sentado así que el derecho exclusivo al uso de una marca solo existe en relación con los objetos para los cuales se haya solicitado y concedido, y que solo en esa medida goza de protección legal, es obvio

que la mera circunstancia de que una marca pueda ser confundida con otra registrada anteriormente, ningún agravio causa a aquél derecho, ni consiguientemente legitima la protección del mismo, si las marcas están destinadas a amparar productos diversos en su naturaleza. Siendo aquí de conveniencia observar que el Decreto 1.707 de 1931, expedido para los fines previstos en los artículos 34 de la Ley 31 de 1925 y 2º de la Ley 94 de 1931, no hace la clasificación ordenada en estas disposiciones atendiendo a la naturaleza de los productos, pues en general las clases allí contempladas se integran con productos heterogéneos, por lo cual no puede decirse que, para los efectos que se vienen considerando, por el simple hecho de figurar en una misma clase, deban tenerse como de la misma naturaleza todos los productos en ella relacionados.

IV. - Aunque el Decreto 1.707 de 1931, reglamentario de las leyes 31 de 1925 y 94 de 1931 sobre protección de la propiedad industrial, asimiló en su artículo 6º los nombres comerciales a las marcas, a formar con aquéllos una clase especial de éstas, la clase 14, lo cierto es que lo atrás dicho acerca del reconocimiento de la propiedad exclusiva de una marca y sobre las formas de protección y amparo de ese derecho allí mencionadas, no es aplicables a la propiedad de nombres comerciales, pues se trata de dos categorías diversas de propiedad industrial, sometidas a régimen legal diverso, como resulta de la sola circunstancia de que el derecho al nombre comercial, al contrario de lo que ocurre con la propiedad de una marca, no requiere de reconocimiento especial mediante procedimiento de registro (art. 62 de la Ley 31 de 1925), sino que existe por sí mismo, en las condiciones y con las garantías prescritas en los artículos 51 a 67 de la misma Ley. Tesis ésta que se ve corroborada en los razonamientos que invocó el Consejo de Estado en sentencia de 27 de junio de 1969, que declaró nulo el citado artículo 6º del Decreto 1.707 de 1931 en cuanto formó con los nombres comerciales la clase 14 de marcas.

V. - En el caso de autos el Tribunal halló que la marca "Tonsy", concedida al opositor Ulpiano Zuleta Carrasquilla para distinguir "artículos y productos de zapatería, tales como calzado de todas clases y accesorios como tacones, punteras, adornos y lazos o cordones para zapatos", y como rótulo comercial para distinguir "establecimientos que digan o hagan relación con los artículos arriba mencionados y que amara la marca de fábrica y de comercio, tales como: zapaterías o almacenes de calzado para señoras, hombres y niños y la propaganda hablada o escrita relacionada con dichos artículos y establecimientos", es semejante y se presta a ser confundida con la marca "Tomy" cuyo registro solicitó a su favor la sociedad demandada "Industrias Tomy Ltda." para distinguir "calzados de todas clases y accesorios, como tacones, punteras, etc., sombreros y gorras, polainas, trencillas, galones, borlas, artículos para zapateros, guantes, carteras, bolsas y demás artículos de tafiletería ... y almacenes, fábricas, establecimientos y empresas que tengan por objeto o se dediquen a la compra, venta, distribución, fabricación o representación de los artículos, mencionados". Y como consecuencia de haber encontrado en los autos acreditadas tales circunstancias, declaró fundada la oposición y mandó darle cumplimiento al artículo 41 de la Ley 31 de 1925, es decir, dispuso que al registro de la marca "Tomy" solicitada por la sociedad demandada no podía dársele curso para ninguno de los productos señalados por ésta en la solicitud respectiva.

Al proferir tal decisión, el Tribunal perdió de vista, incurriendo con ello en error de hecho manifiesto, que el certificado de registro con el cual el opositor acreditó su condición de titular de la marca "Tonsy", sólo relaciona como objetos de tal denominación productos de zapatería, calzados de toda clase y accesorios como tacones, punteras, adornos y lazos o cordones. Y perdió de vista también, incurriendo así mismo en error de hecho manifiesto, que la solicitud de registro de la marca "Tomy" formulada por la sociedad demandada, determina entre los objetos destinados a ser amparados con élla, varios ostensiblemente diversos en su naturaleza a los que la marca "Tonsy"

cobija: sombreros y gorras, guantes, carteras y bolsas.

Los yerros indicados condujeron al Tribunal a proferir una decisión más amplia de lo que habría sido, si no hubiera incurrido en éllos. Pues si como se dejó visto atrás el derecho del titular de una marca no existe sino respecto de los objetos para los cuales haya sido concedido; si ese derecho no puede ser violado cuando una nueva marca, no obstante ser imitación de la anterior, versa sobre objetos de diversa naturaleza; y si por lo mismo, no puede ser fundada la oposición que formule el titular de la marca registrada contra la pretensión de otro al registro de la nueva, en el caso aquí considerado el Tribunal debió excluir de los alcances de su fallo la solicitud de la sociedad demandada en lo relacionado con el registro de la marca "Tomy" para distinguir sombreros y gorras, guantes, carteras y bolsas.

Como lo sostiene el recurso, el Tribunal incurrió por la causa dicha en violación indirecta de los artículos 32 y 37 de la Ley 31 de 1925 y 5º de la Ley 94 de 1931, por indebida aplicación, pues, efectivamente, si los productos a que se acaba de hacer mención no son materia de la marca "Tonsy" de propiedad del opositor, bien podía la sociedad registrar a su favor y respecto de ellos la marca "Tomy", así el Tribunal hubiera encontrado que ésta última palabra es una imitación de aquélla; y siendo ello de tal modo, carecía el actor de interés jurídico para oponerse al registro de la marca "Tomy" para los productos mencionados, según se desprende de la segunda y tercera de las aludidas disposiciones. De otro lado, como también lo afirma el recurrente, el Tribunal infringió además el artículo 48 de la Ley 31 de 1925, pues de acuerdo con él el derecho de propiedad sobre una marca sólo se adquiere en relación con el objeto u objetos para los cuales haya sido solicitada, y en el caso considerado se hizo extensivo tal derecho a otros objetos.

En cuanto el fallo acusado impide el registro de la marca "Tomy" en relación con "calzados de todas clases y accesorios, como tacones, punteras, etc.", es obvio que no incurrió en error, pues en ese particular lo decidido es consecuencia necesaria del hecho de haber encontrado el Tribunal que la palabra "Tomy" es imitación de la marca registrada "Tonsy", y de haber sido concedida ésta precisamente para esos mismos productos. Y en cuanto impide además ese mismo registro en relación con "polainas, trencillas, galones, borlás, artículos para zapateros ... y además artículos de tafiletería", considera la Corte que tampoco procede su casación. Respecto a "polainas", porque se trata de artículo de zapatería, y como tal comprendido por el registro de la marca del actor. Y respecto de los restantes, porque la mera circunstancia de poder revestir ellos la forma de accesorios y adornos para productos de zapatería, o de estar destinados a quienes se dedican a tal industria, no permite deducir que el Tribunal haya incurrido en contraevidencia al estimar que éllos son objetos amparados por el certificado de registro de la marca "Tonsy" del demandante.

Ahora, en cuanto al mismo fallo acusado impidió el registro de la palabra "Tomy" como nombre comercial, incurrió efectivamente en violación por aplicación indebida de los artículos que el cargo cita como infringidos, ya que, como se dejó visto atrás, las marcas y los nombres comerciales están sujetos a diverso régimen legal, y por lo tanto a los últimos no les son aplicables normas que, como aquéllas, se refieren a las marcas.

No obstante lo anterior, y por virtud de la naturaleza eminentemente dispositiva del recurso, por el aspecto en consideración no puede ser quebrada la sentencia acusada: de un lado, por razones de técnica, pues la infracción de las normas aludidas se habría producido por la vía directa, no por la indirecta como el cargo la propone; y de otro, principalmente, porque el cargo se montó sobre los supuestos equivocados de que el nombre comercial se asimila o equivale a una marca, y de que uno y otro están sometidos a una misma disciplina legal, y es obvio que, siendo falsas esas bases de sustentación de la censura, no le era po-

sible al recurrente lograr la demostración, que para la prosperidad de la acusación se hacía indispensable, de que el Tribunal violó, por las concretas y precisas razones invocadas en el ataque, las normas sustanciales en referencia.

Mas de todas maneras el hecho de que la sentencia acusada haya de quedar incólume en el punto que se viene examinando, nada significa a la postre, pues como ya se puso de presente el nombre comercial no requiere de registro para ser objeto de derecho.

Prospera, pues, con las limitaciones que quedan explicadas, el quinto de los cargos formulados contra la sentencia recurrida, y en consecuencia ésta habrá de ser casada por las razones que se han dejado expuestas, las cuales sirven igualmente como motivación de la correspondiente sentencia de instancia.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de ocho (8) de septiembre de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de oposición al registro de marca de fábrica y nombre comercial, promovido por Ulpiano Zuleta Carrasquilla con "Industria de Calzado Tomy Ltda.", y actuando como fallador de instancia REVOCA la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, de fecha veintiuno (21) de julio de mil novecientos sesenta y seis (1966), y en su lugar,

Falla:

Primero. - Declárase fundada la oposición formulada por Ulpiano Zuleta Carrasquilla al registro de la marca comercial "Tomy" pretendido por la sociedad "Industrias de Calzado Tomy Ltda.", pero únicamente en cuanto a los siguientes objetos determinados en la correspondiente solicitud: calzado de todas clases y accesorios, como tacones, punteras, etc., polainas, trencillas, galones, borlas, artículos de zapatería y demás artículos de tafilетería.

Segundo. - Declárase infundada dicha oposición en lo que respecta a los siguientes productos indicados en la solicitud aludida: sombreros, gorras, guantes, carteras y bolsas.

Tercero. - Sin costas en las instancias ni en el recurso de casación.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y vuelva el expediente a la oficina de origen.

César Gómez Estrada, Ernesto Cediel Angel, Enrique López de la Pava, Ernesto Blanco Cabrera, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

ESTIPULACION PARA OTRO

Cuándo se adquiere el derecho por el tercero. Cuándo se extingue la facultad de revocar la estipulación. Naturaleza jurídica de la aceptación por el tercero.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., diez de marzo de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobado Acta Nº 16 de 3 de marzo de 1970).

Por escritura pública número 1215 de 24 de octubre de 1957, de la Notaría Primera de Pasto, debidamente registrada, Pedro Puerto Sandoval y Carmen Rodríguez de Sandoval, cónyuges entre sí, dijeron vender a Pedro Valencia A. una casa de habitación situada en la ciudad de Pasto, carrera 22-B número 6-12 y comprendida por los linderos que en tal instrumento se determinan. Al aceptar el aludido contrato, el comprador declaró que la operación la hacía para él y para la menor Ana del Socorro Recalde, determinando luego la parte cierta del inmueble que adquiría para él, y la que adquiría para la mencionada menor.

Siendo aún menor Ana del Socorro Recalde, pues nació el 29 de junio de 1945, por escritura 1662 de 16 de diciembre de 1964, de la Notaría Primera de Pasto, constituyó hipoteca en favor de Gratulina Robi de Cáez sobre parte del inmueble adquirido para élla por Pedro Valencia A. conforme a la escritura 1215 atrás citada. Y posteriormente, por escritura 1578 de 3 de diciembre de 1965, vendió también directamente a Eduardo Mutiz Granja otra parte del mismo inmueble.

Con posterioridad al otorgamiento de la escritura de hipoteca de que antes se habló, o sea el 6 de julio de 1965, mediante escritura pública número 1099 de la Notaría Segunda de Pasto, Pedro Puerto Sandoval, obrando en su propio nombre y además como representante de la sucesión de Carmen Rodríguez y de la sociedad conyugal que había formado con ésta, y Pedro Valencia A., declararon que revocaban la estipulación a favor de Ana del Socorro Recalde pactada por éllos en la escritura 1215 atrás citada.

Afirmando los anteriores hechos, y además que en lo que a Ana del Socorro Recalde respecta la intención de Pedro Puerto Sandoval y Carmen Rodríguez fue donar a aquélla la porción del inmueble que en la escritura respectiva figura Pedro Valencia A. adquiriendo a título de compra para élla; que si hubo venta, entonces ésta quedó afectada de lesión enorme sufrida por los vendedores; que la hipoteca constituída por Ana del Socorro Recalde en favor de Gratulina Robi de Cáez, por haber sido celebrada personalmente por aquélla, y sin la correspondiente autorización judicial, es nula, y no implica siquiera una aceptación tácita de la estipulación que para la misma hizo Pedro Valencia en la escritura 1215; que por lo tanto, en virtud de haber revocado los otorgantes de esta escritura la estipulación en favor de Ana del Socorro de que élla da cuenta, lo que legítimamente podían hacer, el inmueble adquirido para Ana del Socorro conforme a tal estipulación regresó al patrimonio de los enajenantes; y que igualmente, por no haber sido precedida de licencia judicial y no haberse

celebrado en subasta pública, es nula la venta hecha por Ana del Socorro a Eduardo Mutiz Granja, además de que es inoponible a Pedro Puerto Sandoval y a la sociedad conyugal ilíquida y a la sucesión de Carmen Rodríguez, por haberse celebrado con posterioridad a la revocación dicha; afirmando los anteriores hechos, se repite, Pedro Puerto S., obrando en su nombre, y en el de la sucesión de Carmen Rodríguez y en el de la sociedad conyugal que tuvo formada con ésta, demandó ante el Juzgado Tercero Civil Municipal de Pasto a Ana del Socorro Recalde, Gratulina Robi de Cáez y Eduardo Mutiz Granja, solicitando se hiciesen las siguientes declaraciones, entre otras que no interesa traer a cuento: a) que es nula la hipoteca constituída en favor de Gratulina Robi de Cáez por Ana del Socorro Recalde, atrás relacionada; y, b) que ningún efecto produjo la estipulación en favor de Ana del Socorro Recalde contenida en la referida escritura 1215, por carecer de toda validez como aceptación tácita de élla la hipoteca constituida por la beneficiaria en favor de Gratulina Robi de Cáez, y por haber sido válidamente revocada tal estipulación por quienes la pactaron.

Adelantado el juicio, el Juzgado a-quo lo decidió en primera instancia negando todo lo pedido en la demanda y condenando en costas a la parte actora. Apelada por ésta esa decisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto la confirmó en todas sus partes mediante sentencia de 11 de agosto de 1967.

La parte vencida interpuso contra lo resuelto en segunda instancia el recurso de casación que ahora se desata.

La Sentencia del Tribunal

Luego de relacionar los antecedentes del litigio, el Tribunal examina una a una las peticiones de la demanda, hallándolas infundadas. En relación con la nulidad de la hipoteca otorgada por Ana del Socorro Recalde en favor de Gratulina Robi de Cáez dijo que no podía ser declarada por la simple razón de que el actor no trajo al juicio copia del título escriturario respectivo. Y en cuanto a la de ineficacia de la estipulación en favor de Ana del Socorro Recalde contenida en la escritura 1215, dijo que el primer fundamento de tal petición, o sea el de la nulidad de la aceptación tácita implícita en el otorgamiento de la hipoteca antes mencionada "es improcedente porque el actor en este caso carece en absoluto de legitimación para alegar en contra de la menor la nulidad de un acto en el cual ésta intervino sin las formalidades de la licencia judicial... ya que la ley ha establecido esas formalidades precisamente en protección de los menores, quienes son los únicos que, en su favor, pueden alegar la nulidad por omisión de esas formalidades". Y que el segundo fundamento de aquélla, o sea el de la revocación de la estipulación, "tampoco es valedero... porque la revocación de la compraventa y de la estipulación para otro, se hizo en fecha posterior a la aceptación que de la estipulación en su favor, hizo la tercera beneficiaria... En el caso de autos ocurre que la beneficiaria antes de producirse la revocación de la estipulación, ya la había aceptado, porque gravó con hipoteca la cosa materia del contrato: es decir, hizo un acto sobre ese inmueble que sólo puede ejecutar su dueño. Por consiguiente, la constitución del gravamen hipotecario puede considerarse, y en efecto se considera, como una aceptación de la estipulación, no simplemente tácita sino expresa, como quiera que quien dispone o grava un bien, está indicando su ánimo de dueño sobre esa cosa".

La Demanda de Casación

Tres cargos se formulan en élla contra la sentencia del Tribunal, todos por la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, así:

Primer cargo. - Se enuncia por error jurídico cometido por el Tribunal, independientemente de toda consideración probatoria, o sea con violación directa, al haber tenido como aceptación por la menor de la estipulación hecha en su favor mediante la escritura 1215 de 24 de octubre de 1957, el otorgamiento por élla, antes de llegar a la mayor edad, de la escritura de hipoteca del inmueble objeto de la estipulación. "El

sentenciador interpretó erróneamente la ley considerando la intervención dicha de la menor, antes de salir a su mayoridad, como algo que hizo imposible la revocación del contrato de estipulación por los contratantes 'contratante' y 'estipulante'. Ley que, para el caso no es otra que el artículo 1506 del C. C. en relación o armonía con los artículos 1743, que expresa '... y puede sanearse por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes', y 1750, que expresa: '... cuando la nulidad proviene de una incapacidad legal, se contará el cuatrienio desde el día en que haya cesado esta incapacidad'. Cuyo error jurídico condujo al Tribunal a aplicar indebidamente aquél artículo del C. C., que lo violó, por lo mismo de manera directa".

En el intento de demostrar el cargo así enunciado, dice el recurrente que si el menor adulto, sin la debida asistencia de su representante legal, "pudiese confirmar - y al confirmar impedir a los contratantes del contrato de estipulación para otro que puedan revocarlo- el contrato de estipulación para otro, de que es beneficiario", resultaría que ni el mismo menor, ni su representante legal, podrían mientras dure la incapacidad demandar la ineficacia del contrato de estipulación, "que, naturalmente, al ser confirmado por él, lo hace sujeto pasivo de obligaciones en favor del promitente; porque tal confirmación de su parte, o aceptación de la estipulación, lo ligaría, jurídicamente con el promitente. Desapareciendo el estipulante". Y resulta también, agrega el censor, que al pasar a la mayor edad el menor que siendo tal hubiera aceptado la estipulación, "no podría demandar la ineficacia de esa aceptación de la estipulación, aunque el contrato... le fuese totalmente adverso, ya que según el criterio del sentenciador el menor, en su minoridad, y sin la debida asistencia de su representante legal, puede, con su aceptación... dejar en firme el contrato y hacer imposible su revocación...Semejante criterio no puede sostenerse... pues en el mismo orden de ideas, habría que sostener que el menor beneficiario, sin asistencia de su representante legal, podría expresa o tácitamente no aceptar la estipulación de un contrato de estipulación para otro que le es altamente beneficioso, de una parte. Y por otra, en ese supuesto, el promitente contratante y el estipulante contratante, por el solo querer del incapaz, se verían obligados a perjudicarlo, procediendo a revocarlo. Todo lo cual no se compagina con el verdadero sentido que se desprende de los artículos 1743 y 1750, o sea que la ley da al menor, después de que llegue a la mayoridad, un plazo dentro dél cual puede aceptar o no la estipulación; ... lo que quierè decir que la aceptación por él de la estipulación, en su minoridad, o su no aceptación, ninguna significación puede tener, para impedir o no, la revocación del contrato de estipulación para otro en que aparece como beneficiario".

La ley ha de interpretarse, entonces, sigue diciendo el recurrente, en el sentido de que la aceptación de una estipulación en favor de un menor "como medio de confirmar el contrato", no puede ser sino una del mismo menor, pero asistido por su representante legal ,o solo suya pero después de haber dejado de ser menor. "Y que si se trata de no aceptación expresa, ésta podrá hacerla, al tenor del artículo 1750 del C. C., el menor, salido que haya a la mayor edad, dentro del plazo que contempla esta disposición, cada y cuando, no aceptación expresa, sea necesario patentizar para desvirtuar actos que pudieran considerarse como prueba de una aceptación tácita; pues si deja vencer el plazo, esos actos ya demostrarían en definitiva (hechos en la minoridad), vendrían a tener el valor, de hechos por persona capaz. Lo último, por ejemplo, acontecería, en el caso sub-judice, si no habiéndose revocado... el contrato en favor de la menor Socorro Recalde, ésta no hubiere, después de cuatro años de salida a su mayor edad, no pidiere, la invalidez de la hipoteca que hizo a Robi de Cáez; pues vencido ese plazo sin solicitar tal invalidez (o sea manifestar expresamente, por consiguiente, que no acepta la estipulación), el hecho de haber aquélla celebrado la hipoteca, vendría a tener la significación de una aceptación de la estipulación, perfectamente válida, mientras tanto, no". Sugiere en seguida, como consecuencia de

lo anterior que si la menor Recalde demandase la ineficacia del contrato de hipoteca, por incapacidad suya al celebrarlo, desaparecería la aceptación de la estipulación que el Tribunal de Pasto consideró haber operado por el hecho de la celebración de ese contrato.

La violación de los artículos citados produjo también la violación directa, por falta de aplicación, del art 946 del C. C., que el Tribunal debió aplicar para reconocer en favor de la parte actora el dominio del inmueble.

Segundo cargo. - Se formula por error de hecho, consistente en que el Tribunal dió por demostrada la celebración del contrato de hipoteca del cual dedujo la aceptación de la estipulación, no obstante no obrar en autos copia de la escritura respectiva. No estando probada la existencia de la hipoteca aludida, "tampoco cabe dar por probada la significación que a la celebración de la hipoteca se le da de aceptación de la estipulación .y es erróneo conlcuir que, en el caso debatido, hubo aceptación expresa de la estipulación hecha en favor de la menor". Por causa de este error de hecho, el sentenciador violó el artículo 1506 por falta de aplicación "en cuanto manda que pueden revocarlo los contratantes el contrato de estipulación por otro, mientras no sea aceptada la estipulación por el tercero". Violó el artículo 946, por falta de aplicación, en cuanto manda, en relación con el artículo 762 del C. C., inciso 2º, que el poseedor debe perder el juicio reivindicatorio si el actor prueba su dominio. Y violó este mismo inciso 2º del artículo 762, y el 1871 del C. C. en cuanto preceptúa que la venta de cosa ajena, en este caso la venta hecha por la menor a Mutiz Granja, no es título oponible al dueño.

Tercer cargo. - Si el Tribunal "dio por demostrada la aceptación de la estipulación con el certificado del Registrador y la declaración que hace la menor vendedora en la escritura de venta a Mutiz Granja, el error cometido no fue de hecho sino de derecho; consistente en darle valor de escritura pública a los dichos certificado y declaración ... error que llevó al Tribunal a violar los artículos del C. C. citados en el cargo anterior, con violación, entre otros, de estos preceptos de orden probatorios: artículos 1760 del C. C. y 630 del C. J.".

Se Considera:

I. - Introduciendo una notable excepción al principio de la relatividad de los actos jurídicos, pero atendiendo a la vez a la satisfacción de la necesidad práctica que en muchos casos se presenta de llevar más allá del círculo personal de las partes contratantes la eficacia activa del contrato, para hacer extensivos los efectos subjetivos de éste a quien tenga respecto de él la calidad de tercero, en el sentido absoluto de la palabra, con mayor o menor amplitud consagran las legislaciones modernas la figura del contrato a favor del tercero, mas conocida entre nosotros con la denominación de estipulación para otro, y parcamente reglamentado en el artículo 1506 de nuestro C. C. en los siguientes términos: "Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo ésta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él. Constituyen aceptación tácita los actos que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato".

Mediante el instrumento legal de la estipulación para otro, pues, viene a ser posible, y en ello radica su característica tipificante más sobresaliente, que un contrato genere derechos para una persona que ni directamente, ni por procuración ha intervenido en su celebración, y que en tal sentido ha sido totalmente extraña al mismo, y aún seguirá siéndolo en lo futuro no obstante el efectivo aprovechamiento por élla de dichos derechos. Y que los genere en modo tan singular, que, en virtud del contrato que celebra con el estipulante, el prometiente se obliga ante el tercero beneficiario, y éste adquiere el derecho correlativo, sin que medie acuerdo de voluntades entre ambos. Por eso, porque la declara-

ción de voluntad del prometiente, aunque emitida dentro de un acto bilateral como es el contrato que celebra con el estipulante, produce respecto del tercero beneficiario efectos por sí sola, sin apoyarse en la voluntad de éste, se dice que el derecho que dicho tercero beneficiario adquiere es de origen unilateral, y que por lo mismo la estipulación para otro es institución excepcional no solo por el aspecto atrás indicado, sino también en cuanto ella constituye uno de los casos excepcionales en que la declaración unilateral de voluntad alcanza eficacia obligatoria. Conforme a la doctrina hoy más en boga, acogida alguna vez por la Corte (G. J. 1978, Pág. 311), la adquisición por el tercero beneficiario del derecho estipulado en su favor se produce en el momento mismo de perfeccionarse el contrato entre el estipulante y el prometiente, sin necesidad de que para tal efecto deba aquél desplegar actividad propia alguna (Josserand. T. II, V. I, Pág. 219; Mazeaud, T. III, parte segunda, Pág. 83; Mesineo, T. IV. Pág. 507; Alessandri, T. IV. Pág. 227). Mas si el derecho nace en ese momento para el tercero beneficiario, incorporándose desde entonces a su patrimonio, antes de ser aceptado por él e inclusive aunque ignore su adquisición, en forma similar, anota Alessandri Rodríguez, a lo que ocurre con el heredero respecto a la herencia que le es deferida, queda expuesto a desaparecer por dos causas: de un lado, porque el tercero beneficiario lo repudie; y, de otro, porque el prometiente y el estipulante, antes de que el tercero haya aceptado el derecho, revoquen el contrato que lo originó. El derecho nace, pues, pero expuesto en su subsistencia a los dos eventos resolutorios dichos.

De donde resulta, entonces, la trascendencia que reviste el hecho de que el tercero beneficiario acepte la estipulación pactada en su favor. Como consecuencia de la teoría de la adquisición directa a que antes se aludió, esa aceptación no tiene función ninguna en relación con la formación o perfeccionamiento del contrato en el cual se siembra la estipulación, ni, se reitera, con el nacimiento del derecho respectivo. Pero sí la tiene en el sentido de hacer firme y definitiva la adquisición por el tercero del derecho surgido de la estipulación a su favor, por cuanto, producida ella, queda inmediatamente extinguida la facultad legal que hasta ese momento tenían el estipulante y el prometiente de aniquilar ese derecho mediante la revocación de la estipulación. Consideraciones todas estas que encuentran respaldo en el texto del artículo 1506 del C. C. atrás transcrito, el cual al hablar de la aceptación de la estipulación por el tercero, no lo hace para hacer depender de ella el perfeccionamiento del contrato celebrado entre el prometiente y el estipulante, ni la adquisición del derecho por el tercero, sino para vincular a ese acto el efecto único y exclusivo de extinguir la facultad de revocación aludida.

II. - Considerada en sí misma la aceptación del tercero, cabe observar:

a) Que no se trata de aceptación en el sentido técnico propio del término, es decir, en el de adhesión a una oferta hecha por otro, porque el prometiente no hace oferta alguna al tercero que éste deba acoger para que la obligación a cargo de aquél surja, sino que por virtud del contrato que celebra con el estipulante queda de una vez obligado frente al tercero, adquiriendo éste el derecho correlativo, como ya se vió;

b) Que tampoco constituye una ratificación, en ninguno de los dos sentidos que esta palabra tiene en derecho. No en el de prestar a posteriori una persona su consentimiento en un contrato a cuya formación fue ajena, para convertirse en sujeto de la relación nacida del mismo (como en los casos contemplados por los artículos 742, 1507, 1874, 2186, inciso 2º del C. C.), porque entonces se cae en el campo de la representación, al cual es extraña la figura de la estipulación para otro, que supone, como ya se dijo, que el tercero beneficiario permanece extraño al contrato de que se beneficia. Como lo ha dicho la Corte, "Para que exista la estipulación por otro, es necesario que el estipulante no sea mandatario, ni representante legal, ni gestor de negocios del tercero beneficiario, y que és-

te no haya tenido ninguna ingerencia en la celebración del contrato, exclusivamente acordado entre estipulante y prometiente. El tercero no es parte contratante. Es precisamente porque la voluntad jurídica de éste está ausente, por lo que esta figura de la estipulación para otro constituye una excepción al principio general de que los contratos carecen de efetos con relación a los terceros" (G. J. 2057-2058, Pág. 622). Y mucho menos la aceptación del tercero constituye una ratificación en el otro sentido de esta palabra, o sea en el de la convalidación, saneamiento o confirmación de un acto afectado de nulidad (como en los casos de los artículos 1752, 1753, 1754. 1755 y 1756 del C. C. y 2º de la Ley 50 de 1936), en primer lugar porque la estipulación para otro no implica de suyo nulidad susceptible de ser saneada, sino que por el contrario la ley le reconoce plena validez; y en segundo lugar, porque si el contrato que contiene la estipulación está afectado, como puede estarlo todo contrato, por una de las causas comunes de nulidad, la posibilidad de sanearlo por ratificación correspondería a las partes que intervinieron en su celebración, esto es al estipulante y al prometiente, en ningún caso a quien es extraño a él, como es el tercero beneficiario;

c) Que, conforme al artículo 1506 mencionado. la aceptación de que en él se habla puede ser tácita. o sea resultar de un comportamiento del tercero beneficiario que implique el ánimo suyo de querer aprovecharse del derecho estipulado en su favor, como son, según dicha disposición, actos realizados por él "que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato".

Cuando el acto constitutivo de aceptación tácita consiste en la celebración de un contrato, sucede entonces que la declaración de voluntad emitida en él por el tercero beneficiario está destinada a producir no solo los efectos normales y propios de ese contrato, previstos y queridos por las partes, sino a producir también, al lado de éllos, el de consolidar y hacer firme y definitivo el derecho adquirido por el dicho tercero a raíz de la estipulación a su favor. Se trata en tal caso de los llamados por la doctrina efectos reflejos de la declaración de voluntad contractual, que por referirse exclusivamente al interés del declarante; por no incidir en absoluto en la órbita del contrato celebrado, sino fuera de élla; por producirse por ministerio de la ley aún en el caso de que el declarante no tuviera en mente el producirlos; y por encontrar origen no en la relación contractual formada sino en la declaración, aisladamente considerada, de uno de sus sujetos, tiene una existencia independiente de la del contrato con ocasión del cual nacieron, y por lo mismo están colocados fuera del alcance de cualquier vicisitud que pueda comprometer la vida de dicho contrato. Y así, por ejemplo, si éste cae por vicio de nulidad, ello no significará que por eso solo haya de caer también el efecto reflejo aludido.

d) Que, desde luego, la declaración de voluntad del tercero que contenga una aceptación expresa o tácita del derecho estipulado a su favor, requiere para su validez y eficacia que tal tercero sea legalmente capaz. Por consiguiente. si el tercero beneficiario es un menor adulto no habilitado de edad. la aceptación hecha por él mismo podría quedar afectada. por razón de su incapacidad. de nulidad relativa. Pero aunque así sea. esa aceptación habrá que tenerla por existente, y deberá ser mirada como válida y eficaz. mientras por sentencia judicial no sea declarada nula. Con el item de que como en ese evento la nulidad está consagrada en interés exclusivo del mismo incapaz, solo él, cuando llegue a la mayor edad. o antes su representante legal, están legitimados para ejercitar la correspondiente acción. (art. 1743 del C. C.); y,

e) Que por lo mismo que conforme al artículo 1506 la aceptación puede ser tácita, no requiere de un acto formal, ni su demostración está sujeta a restricciones probatorias. Si es de la celebración por el tercero de un acto solemne de donde resulta la aceptación tácita, como entonces lo que es objeto de prueba no es el acto mismo celebrado, sino el simple hecho de haber intervenido el tercero en su celebración, no hay lugar a someter al régimen probatorio

propio de aquél la demostración de la aceptación tácita que implica.

III. - Mirados los cargos formulados en la demanda de casación que se examina, a la luz de las consideraciones generales precedentes, bien se ve que ninguno de éllos está llamado a prosperar.

No puede prosperar el primero, porque lo que en substancia allí se sostiene es que el hecho de haber celebrado Ana del Socorro Recalde un contrato de hipoteca sobre el inmueble adquirido por élla mediante la estipulación a su favor contenida en la escritura 1215 de 24 de octubre de 1957, de la Notaría 1ª de Pasto, no implica la aceptación de tal adquisición, por haber celebrado élla ese contrato siendo menor de edad, y sin observancia de las formalidades habilitantes legalmente exigidas al efecto. Y según se dejó demostrado atrás, la aceptación tácita resultante del otorgamiento de la referida escritura no deja de ser tal porque entonces Ana del Socorro fuera menor de edad, y se hubiera prescindido de las formalidades habilitantes requeridas por la ley .

En cuanto al segundo y tercer cargo tampoco el Tribunal violó los artículos 762, inciso 2º, 1871 y 1760 del C. C. y 630 del C. J., pues también quedó arriba expresado que en un caso como el aquí considerado la aceptación no está sometida en su demostración a restricciones probatorias de ninguna clase, y que para acreditarla es suficiente que por cualquier medio probatorio se establezca el hecho de que el beneficiario intervino en el otorgamiento del acto solemne implicativo de la aceptación tácita. No era necesario, entonces, para que el Tribunal pudiera tener por demostrada la aceptación tácita de Ana del Socorro, que estuviera presente en los autos copia auténtica, debidamente registrada, de la escritura de hipoteca de donde aquélla aceptación resulta.

No se incurrió, por tanto, en el error de apreciación probatoria a que se refieren los cargos segundo y tercero. Sin que sobre agregar que el Tribunal podía hallar en la misma demanda prueba de la mencionada aceptación, pues allí la parte actora plantea la nulidad de la hipoteca aludida en términos que naturalmente constituyen reconocimiento de que Ana del Socorro Recalde otorgó la escritura respectiva.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Pasto de fecha once (11) de agosto de mil novecientos sesenta y siete (1967), proferida en este juicio propuesto por Pedro Puerto S. contra Ana del Socorro Recalde y otros.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

César Gómez Estrada, Ernesto Cediel Angel, Enrique López de la Pava, Ernesto Blanco Cabrera, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DEL CONSTRUCTOR POR DAÑOS CAUSADOS A LOS VECINOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., marzo trece de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Enrique López de la Pava).

La compañía "Aerovías Nacionales de Colombia S. A. Avianca" demandó a la señora Ana Lucía Duarte de Mojica ante el Juez Primero Civil del Circuito de Bogotá para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se hicieran las declaraciones siguientes:

"Primera. - Que se declare que Ana Lucía Duarte de Mojica es civilmente responsable de los daños y perjuicios ocasionados a Avianca como consecuencia directa o indirecta del derrumbamiento de una pared y agrietamiento en su inmueble de la calle 20, Nros. 12-47/49/53, por daño emergente y lucro cesante provenientes de la demolición de la casa antigua de su propiedad y de la construcción de un nuevo edificio en ese solar.

"Segunda. - Que Ana Lucía Duarte de Mojica está obligada a pagar a mi mandante la suma que resulte demostrada y deducida en juicio por concepto de indemnización por lucro cesante y daño emergente.

"Tercera. - Que se condene en costas a la demandada, si ésta se opusiere temerariamente a esta acción".

Los hechos en que se fundan estas pretensiones pueden condensarse así:

1). Avianca es propietaria de un inmueble situado en el áerea urbana de Bogotá, en la calle 20, señalado con los números 12-47/49/53 y alindado como se indica en la demanda.

2). La señora Lucía Duarte de Mojica es a su vez dueña de un solar y lo era también de una edificación antigua que existía en tal solar, ubicado asimismo en el área urbana de Bogotá, en la calle 20, y distinguida la edificación con el Nº 12-37.

3). Los dos inmuebles mencionados, el de Avianca y el de la señora Duarte, son contiguos, pues tienen un lindero común, que es el oriental del fundo de Avianca, y el occidental del predio de la Duarte.

4). "En el primer semestre de 1959, la señora Duarte de Mojica realizó la demolición de su antigua casa marcada con el número 12-37 de la calle 20, efectuó cimentación para un nuevo edificio, construyó la estructura y efectuó otros actos y contratos dentro de su lote, con miras a la terminación de un edificio de locales y apartamentos para renta".

5). "Como consecuencia de lo anterior se produjeron numerosos agrietamientos en los muros del edificio, de Avianca y derrumbamiento de parte de la pared oriental del mismo inmueble, con el consiguiente perjuicio para la estabilidad de la casa de Avianca".

6). Avianca se vió obligada a desocupar su inmueble, tanto para seguridad de los ocupantes, como para salvar los materiales y conservar la organización del Departamento de Proveeduría que venía funcionando en este local".

7). "Avianca sufrió perjuicios de diversa índole, así en el inmueble mismo de que se ha hecho referencia (daño emergente), y como consecuencia de la desorganización que implicó la desocupación de su casa y la necesaria ocupación de otro local para es-

tos mismos fines de proveeduría (daño emergente y lucro cesante)".

La demandada Duarte de Mojica dió respuesta al libelo admitiendo unos de los hechos expuestos en él, negando otros y diciendo ser "cierto que la sociedad demandante tenía en la casa números 12-47/49/53 y de la calle 20 de esta ciudad, su Departamento de Proveeduría. Precisamente por esta causa tenía gran cantidad de papelería en el segundo piso, sobrecargando el inmueble, y esto fue precisamente lo que ocasionó que la pared se agrietara y cediera el muro del segundo piso de la citada casa". Al manifestar su oposición a las pretensiones de la parte actora, agrega la misma demandada:

"Me opongo a que se hagan todas y cada una de las declaraciones solicitadas en el libelo, pues la culpa de todo lo sucedido la tuvo la sociedad demandante, por lo cual solicito que sea condenada en las costas del juicio.

"En efecto, la casa que le servía de depósito de la proveeduría a la sociedad demandante, en su muro oriental está construído en tapia pisada hasta la altura de la primera planta, y seguidamente se levantó otra planta, que la soporta la tapia pisada, en ladrillo hasta el final de la segunda planta, sin guardar los niveles correspondientes, es decir, sin conservar los plomos del primer piso. En este segundo piso la sociedad demandante tenía gran cantidad de papelería, lo que sobrecargó el inmueble en razón de habérsele colocado un peso que técnicamente no podía soportar.

"Me explico más claramente: el muro que es lindero común entre los dos inmuebles tiene cimentación de piedra pegada con mortero arcilloso y es de tapia pisada hasta la altura de la primera planta; y la segunda planta es de ladrillo, apoyada sobre el muro de tapia pisada. Es decir, todo indica que la segunda planta fue adicionada después de construido originalmente el inmueble con una sola planta. Por esta razón, los entrepisos que dividen la primera y segunda plantas están soportados sobre el muro de tapia pisada. En consecuencia la gran cantidad de carga de papelería que tenía la sociedad demandante no solamente estaba colocada en el primer piso, sino también en el segundo. Por esta razón la papelería de la primera planta quedó sosteniendo el entrepiso, y la papelería de la segunda planta quedó sosteniendo el techo; todo, cuando aconteció el agrietamiento de la pared.

"Cuando la mencionada pared se agrietó, mi representada tomó todas las medidas del caso para evitar que las consecuencias fueran más graves, y, en efecto, reforzó parcialmente la cimentación de la pared de la casa donde tenía la proveeduría la sociedad demandante y también reemplazó parcialmente la pared citada. Todo con el fin de evitar peligros a las personas que trabajaban en la construcción del edificio que hoy es de propiedad de mi representada.

"Es de advertir que el ingeniero Dr. Alvaro Isaza, quién estaba haciendo la estructura del edificio de propiedad de mi representada, no hizo cosa diferente a realizar los trabajos correspondientes en el lote de propiedad de la demandada, sin tocar para nada la pared del inmueble que manifiesta Avianca ser de su propiedad, que era, por otra parte, medianera. Es decir, tal pared quedó tal como estaba y mi representada no hizo uso de la medianería, sino por el contrario, soportó totalmente su edificio en una estructura diferente en sus cuatro costados".

El Juez del conocimiento puso término al primer grado del litigio con la sentencia de 28 de mayo, en la cual se denegaron las súplicas de la demanda y se condenó en costas a la parte actora.

La Sentencia Acusada

Abierto y surtido el segundo grado por apelación de la misma parte demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió la sentencia de 29 de octubre de 1964, por la cual se confirmó la decisión apelada y se condenó también en costas a dicha parte demandante.

La motivación del fallo impugnado expone los términos y el desarrollo del litigio, encuentra establecidos los presupuestos procesales y acomete luego el análisis de la acción propuesta en la demanda. A este respecto dice que se trata de una acción de responsabilidad extracontractual y recuerda que ella se funda en tres elementos, consistentes en un perjuicio, en la culpa de quien lo produce y en la relación de causalidad entre el daño y la culpa aludidos. Agrega que, por regla general, estos tres elementos deben ser comprobados por quién, como víctima del perjuicio, pretende su reparación, pero que hay casos en que, por presumirse legalmente la culpa, la prueba se reduce a los otros dos factores mencionados.

Hace referencia a las fuentes de la responsabilidad extracontractual y expresa que una de ella radica en el ejercicio doloso o culposo de un derecho. Expone varias consideraciones acerca de este punto y afirma que "uno de los casos definidos por la doctrina y la jurisprudencia como eventualmente generadores del abuso del derecho, es el que tiene como fuente el dominio o propiedad, particularmente cuando ésta está radicada en predios contiguos, pues en tal caso, esa simple circunstancia impone a su titular, en forma de obligaciones correlativas a aquél la de abstenerse de ejecutar ciertas realizaciones o, al contrario, la de ejecutarlas, cuando de la acción o de la abstención puede lesionarse el derecho de propiedad que a su vecino corresponde. Tales son las referentes, entre otras, al derecho de medianería, al uso común de las paredes divisorias, a la conservación de los cerramientos, a los árboles y a las edificaciones nuevas, a las obras que amenazan ruina, etc.". Según el mismo fallo, hay, sin embargo, actos que, estando permitidos al propietario, pueden ser impedidos por el vecino cuando a éste le causan perjuicios. Tales son, por ejemplo, los de construcción de obra nueva o de destrucción de edificio ruinoso, de que tratan los arts. 986, 988 y 992 del C. Civil. Las acciones encaminadas a impedir estos actos no son una facultad, sino un deber del vecino a quién éstos puedan lesionar, de modo que si dicho vecino se abstiene de promoverlas, queda privado del derecho de obtener la reparación del daño que le causen los mismos actos. "En consecuencia -dice el fallo- si el perjudicado con la obra nueva o vieja del vecino, no ejercitó contra éste la querella correspondiente, incurriendo así de su parte en culpa, no puede estimarse como titular del derecho a accionar en persecución de la indemnización de unos perjuicios que pudo debió evitar, toda vez que entonces tales perjuicios resultan de su imprudencia, descuido o negligencia, que son motivos relevantes de la responsabilidad".

Aludiendo a otro aspecto de la acción aquiliana expresa también la sentencia: "El ejercicio de la acción de responsabilidad por daños producidos en razón de la ejecución de una obra nueva, o por su transformación o demolición, tiene como fundamento el principio general consagrado por el art. 2356 del Código Civil, según el cual 'todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta'. Empero si se trata de una obra o construcción nueva y el daño proviene de un vicio de ella, el responsable concretamente será, a términos de lo dispuesto por el art. 2351 del mismo Código, quién ejecutó la obra o sus empleados. El dueño no es responsable, sino en cuanto él, personal y directamente, hubiere ejecutado la obra, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 2350, aplicable en tal evento". En respaldo de esta tesis transcribe los conceptos de dos expositores, uno nacional y otro extranjero, y continúa diciendo: "Examinando el caso de autos a la luz de los principios expuestos, se tiene lo siguiente: según las afirmaciones de la demanda, el inmueble de Avianca y el de la señora Lucía Duarte de Molina, no sólo eran colindantes, sino que tenían en común la pared divisoria, oriental, del primero y occidental del segundo. Esta calidad de medianera de la pared divisoria, sobre cuya afirmación no existe controversia alguna entre las partes, implica necesariamente que para la entidad demandante no era desconocido, ni podía serlo, el hecho de la demolición que ésta acometió y con menor razón si se tiene en cuenta que aquélla ocupaba con una de sus dependen-

cias administrativas el inmueble de su propiedad.

"Ahora; como entre los varios derechos que otorga la servidumbre legal de medianería está la de conservación de la integridad de la pared medianera (art. 912 y siguientes del C. C.), lo cual está garantizado con el ejercicio de las acciones posesorias especiales consagradas en los arts. 986 y siguientes del C. C., se tiene que al conocer la actora la obra de demolición que acometió la demandada, y al producirse como consecuencia de ésta (sic) los primeros daños, debió haber promovido inmediatamente el ejercicio de tales acciones, para salvar así el cargo de haber incurrido en negligencia en la defensa de sus derechos. Y consta de la propia demanda y del dictamen de los peritos que inspeccionaron los daños, que la obra dañosa, que consistió no sólo en la demolición de la casa antigua, sino en las obras de 'cimentación' y 'erección de estructura' del edificio que la sustituyó, se llevó a cabo, según dicho libelo, "en el primer semestre de 1959', lapso éste durante el cual, en concepto de los peritos, se presentaron las primeras agrietaciones en el muro colindante. Dicen los expertos al contestar a la actora la pregunta que ésta les formuló acerca de tal circunstancia: 'La fecha o fechas por las cuales se nos pregunta, no podemos determinarlas con precisión; de acuerdo con los dictámenes periciales a que dieron lugar las inspecciones oculares (extrajuicio) practicadas por el Juzgado Décimo del Circuito, debemos inferir que por lo menos parte de las grietas se presentaron (sic) en la época de la demolición de la casa antigua de propiedad de la demandada y en la época en que se ejecutaron las excavaciones para la construcción de los cimientos del nuevo edificio de la señora de Mojica'.

"Hubiérase producido el daño intempestivamente y no en forma sucesiva y prolongada, como de acuerdo con los anteriores elementos de juicio se presentó y la abstención de la actora que hizo posible la consumación del daño, resultaría justificada, pero no en las condiciones indicadas".

De la exposición anterior concluye la sentencia que la compañía demandante incurrió en culpa por omisión en el ejercicio de las acciones posesorias encaminadas a evitar los daños de que se querella y que de consiguiente carece de la acción de reparación que ejercita. Y esto sin tener en cuenta que los defectos de construcción del edificio de la misma sociedad y la destinación que le dió, le imponían a ésta el máximo de cuidado y de vigilancia en la debida conservación del muro.

Y por último afirma el fallo: "Pero es que, de acuerdo con los mismos principios doctrinarios atrás expuestos, resulta igualmente ilegítima la personería de la parte demandada, porque la acción indemnizatoria se incoó contra la dueña del inmueble, debiendo haberlo sido contra los arquitectos que llevaron a cabo tanto la demolición de la casa de la señora Duarte de Mojica, como las obras de cimentación y construcción de la estructura del edificio, y cuya circunstancia era también suficientemente conocida de la actora, según se deduce del contexto de los interrogatorios a que sometió a los peritos que actuaron en la diligencia ya mencionada".

El Recurso de Casación

La parte demandante recurrió en casación y dentro del campo de la causal primera, formula contra la sentencia del Tribunal tres cargos que la Corte procede a exponer y examinar.

Primer cargo. - Se hace consistir en el quebranto indirecto, por falta de aplicación, del art. 2356 del C. Civil, a consecuencia de la interpretación errónea de los arts. 986 a 992 y de aplicación indebida del 2350 ibidem y de concurrente error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas.

El recurso inicia la exposición del cargo diciendo que la demanda invocó el reconocimiento de la responsabilidad que consagra el art. 2356 del C. Civil y que el fallo, al absolver a la demandada, violó este precepto por haber dejado de aplicar-

lo. El quebranto obedeció en primer lugar, según concepto del impugnante, a una desviada inteligencia de los arts. 986 a 992 y a una aplicación indebida del 2350 del C. Civil, al expresar dicha sentencia que Avianca había incurrido en culpa por su olvido en promover una querella o acción posesoria de obra nueva y que además propuso su demanda contra la señora Duarte y no contra los constructores de la edificación que le ocasionó los perjuicios cuyo resarcimiento solicita.

Se refiere al principio general de que quien causa un daño está obligado a repararlo y apunta que, en algunos casos, la ley consagra acciones posesorias especiales para precaver posibles daños. Como éstos pueden tener diversos orígenes, a veces la víctima de ellos debe colaborar para evitarlos, so pena de perder el derecho a la indemnización correspondiente. "Si el peligro o el siniestro -expresa el recurso- provienen de edificio descuidado o en ruina, amén de las medidas que, particularmente hayan de tomarse para precaver el daño o impedir que se acentúe el ya padecido, en lo tocante a reparación, el reclamo de la víctima está subordinado, en la medida en que ello haya sido factible y exigible, a la previa notificación de la querella (990 y 991; 934 del C. C. Chileno), y a efecto de determinar quién ha de asumir en últimas íntegro el peso de la indemnización, se plantea la posibilidad de que el suceso haya ocurrido por defectos de mantenimiento y reparación, o por vicios de la construcción, caso éste en el cual, dentro de la disciplina del 'contrato de confección de una obra material', cabe responsabilidad del empresario (2350, 2351, 2060 y 2057; 2324, 2003 y 2000 C. C. Chileno).

"En tanto que, cuando el daño, actual o futuro, parte de una obra nueva, procede distinguir, en materia de medidas preventivas, el que surge de intromisión de alguien en el predio poseído por la víctima o en aquel sobre el que ella ejerce una servidumbre (986 y 987), del 'peligro que se tema de cualesquiera construcciones o de árboles (992) y en orden a la indemnización no está subordinado el pedimento a querella previa alguna, y el régimen aplicable es el propio de actividades peligrosas y de las de suyo nocivas y resarcibles en razón de tales circunstancias, con obstracción de toda idea de culpa, sin desmedro de la posibilidad de juego de las normas sobre actos de dependientes o subordinados (2356 y 2349)".

De lo anterior deduce el recurso que la exigencia de querella previa y la posible imputación del perjuicio al constructor, no rezan sino con daños provenientes de "edificio que amenaza ruina" y de "ruina de edificio" y que son de consiguiente inaplicables a las hipótesis de obra nueva en predio ajeno y de todo género de construcciones, como ya lo ha sostenido la jurisprudencia (XLIX - 1959, 852). Continúa sosteniendo que no se trata aquí de querellas contra edificio que amenaza ruina o de denuncia de obra nueva y que por tanto es impertinente la aplicación en esta especie del art. 991 del C. Civil, precepto que, al igual que los arts. 990 y 2350 ibidem, aparece erróneamente entendido, ya que estas tres normas se refieren a obra que anuncia ruina y no a la demolición de edificio viejo y a la construcción en su remplazo de otro de mayores proporciones, y que la querella a que aluden se consagra allí como carga de lealtad y no como deber de cuidado y prudencia del vecino afectado, según lo expuesto por la jurisprudencia citada.

El fallo olvidó la razón de la querella y de sus implicaciones sobre la acción de resarcimiento e ignoró también que la demandada Duarte se enteró de los riesgos que con la demolición de su casa corría la de Avianca y de los daños que la construcción nueva iba causando en el mismo edificio de la demandante. En efecto, la propia sentencia reconoce el carácter contingente y puramente cautelar de la querella, de modo que no siempre es forzoso promoverla para poder conseguir la reparación del daño causado por la ruina de un edificio contiguo. Olvidando igualmente la variedad de clases de perjuicios que un vecino puede proporcionarle a otro con la explotación de un inmueble, dicho fallo optó por

darle una inteligencia estrecha al citado art. 991 del C. Civil.

Fuera de lo anterior, la sentencia incurrió en un evidente error de hecho al no tener en cuenta estas pruebas: la contestación de la demanda, que contiene una confesión; la inspección ocular practicada antes del juicio con citación de la señora demandada y los dictámenes periciales que entonces se rindieron; la otra inspección ocular y las peritaciones efectuadas dentro del juicio, y los testimonios de Manuel Antonio Casallas y Alvaro Isaza. Estas pruebas demuestran que la demandada Duarte tuvo conocimiento del peligro que la demolición de su casa y la construcción nueva ofrecían para el edificio de Avianca; que por tal razón prefirió abandonar la pared medianera, levantar su edificación sobre otra pared nueva y reforzar y reconstruir parcialmente el muro anterior, a medida que se adelantaba la demolición, todo lo cual hizo con el fin de disminuir los daños que se iban ocasionando. Tampoco se tuvo en cuenta que la empresa demandante "obró diligentemente y con prudencia, acorde con la naturaleza del problema, pidiendo y practicando el exámen para futura memoria, con aviso a la demandada, quién intervino por medio de apoderado (inspección extrajuicio); de que estuvo tratando con los artífices de la obra la situación de emergencia (declaraciones de Isaza y de Villegas, en el peritaje); de que todo esto ocurrió en cuanto se presentaron los primeros síntomas de la destrucción; de que la empresaria de demolición y actos posteriores supo oportunamente de lo que estaba ocurriendo y obró de conformidad, consecuentemente con lo acaecido (contestación de la demanda e interrogatorios a los peritos en ambas ocasiones); de que, en fin, los impactos de la obra tenían un carácter inevitable y fueron la causa directa e inmediata del daño por el que se demanda (dictamen de los peritos)".

El recurso concluye la exposición de este primer motivo diciendo haber demostrado "cómo se interpretaron desacertadamente las normas sobre acciones posesorias especiales y sobre resarcimiento de daños por ruina de edificio; cómo se las aplicó indebidamente, cómo aun dentro del campo propio de ellas ha debido producirse una condena, si se hubieran apreciado las pruebas que obran en el expediente, y cómo, por último, se dejó de aplicar la responsabilidad en que incurrió la demandada, art. 2356 C. C.".

Segundo cargo. - Versa sobre la violación, por falta de aplicación del art. 2356 del C. C., a causa tanto de interpretación errónea de los arts. 2350, 2351, 990 y 991 ibidem como de aplicación indebida de los mismos arts. 2350 y 2351.

La sustentación de esta censura se inicia con la transcripción de los pasos en que el fallo impugnado sostiene que, en esta especie, resulta ilegítima la personería de la parte demandada, porque la acción de resarcimiento se propuso contra la dueña del inmueble, señora Duarte de Mojica y no contra los arquitectos que demolieron la construcción vieja y que cimentaron y levantaron la estructura del edificio nuevo. Dice el recurso que, según la misma sentencia, cuando "se trata de una obra o construcción nueva, y el daño proviene de un vicio de ella, el responsable concretamente será, a términos de lo dispuesto por el art. 2351, quién ejecutó la obra o sus empleados, y el dueño no es responsable sino en cuanto él, personal y directamente, hubiere ejecutado la obra. de acuerdo con lo dispuesto por el art. 2350".

Acerca de esta tesis sostiene el impugnante que los dos preceptos citados por el fallo hablan de "los daños que ocasione la ruina de edificio" y de que "la ruina proviniere de un vicio de construcción" y que, dados estos términos, cabría pensar en la confusión o involucración de figuras y entidades diferentes más que en la interpretación errónea de tales normas, si no fuera porque en respaldo de la tesis dicha se transcriben dos conceptos doctrinales. En efecto, la responsabilidad cuyo reconocimiento se busca en esta litis, no surge de ruina de edificio por falta de reparaciones

o de cuidado o por vicio de construcción, sino de trabajos de demolición de un edificio antiguo y de construcción de otro nuevo, actos distintos de los previstos por los mencionados arts. 2350 y 2351. La aplicación de estas normas a situación diferente de la que regulan, obedece, según el recurso, a una inteligencia desacertada de tales disposiciones, como se desprende de los términos de la sentencia.

El C. Civil regula la responsabilidad aquiliana por varios conceptos, entre ellos el de la ruina de un edificio. Y lo hace imputando esa responsabilidad al propietario que no demuestra la intervención de un elemento extraño o que no desvirtúa la presunción de culpa que a veces carga sobre él, y vinculando demás al constructor cuando la ruina obedece a vicio de la edificación, en los términos de los arts. 2057 y 2060 del citado cuerpo legal. Es una tradición románica inquebrantable la que señala las diversas fuentes de tal responsabilidad y contempla medidas posesorias y un sistema especial cuando se trata de la ruina de un edificio o adscribe consecuencias a la obra nueva y a las actividades peligrosas.

Tras de afirmar que la referida tesis del fallo y de los expositores que recuerda, aparece contradicha por la jurisprudencia de la Corte expuesta en las sentencias de 22 de agosto de 1940 y 31 de agosto de 1954, expresa el recurso: "La asimilación de los casos de ruina y de trabajos actuales es totalmente desacertada, y además, así pudiera aceptarse un régimen único, que la ley establece dos diferentes, la aplicación y antes de ella, la interpretación que se hizo del art. 2351, es totalmente descabellada. En primer término, porque la responsabilidad del constructor o empresario no puede excluir la del propietario, que siempre quedaría vinculado, ya fuera como copartícipe de la actividad dañina, según el art. 2344 C. C., ya como comitente, indirectamente responsable por los actos de quienes ha tomado a su servicio (2347 y 2349) y de todos modos por mandato directo del art. 2350, que no puede entenderse disminuido, sino reforzado por el artículo 2351".

Conceptúa el impugnante que la norma anterior señala la persona sobre quién recaerá en últimas la responsabilidad en el caso, necesariamente contractual, a que se refiere el mismo precepto, y que el dueño de la edificación podría repetir contra el constructor lo que aquél hubiere tenido que resarcir por daños provenientes de defectos de la construcción, de acuerdo con lo establecido por los arts. 2057, 2060 y 2352. Y sostiene que aun cabría admitir una interpretación más libre con el fin de proteger mejor a la víctima, encaminada aquélla a aceptar que al damnificado le asisten dos acciones, una contra el propietario del edificio arruinado por vicio de construcción y otra adicional contra el constructor cuando se ofrezcan las circunstancias señaladas en el ordinal 3º del art. 2060. "Pero lo que sí es totalmente descarriado -dice el recurso- es pretender que la víctima resulte vinculada a las disposiciones de un contrato que ignora, en que no ha intervenido y a cuyos efectos es y debe ser ajena por completo. Allí sí habría una formación híbrida de responsabilidad concreta y abstracta, contractual y extracontractual, rechazable de inmediato, no solamente por la impertinencia de las normas sobre contratos o sobre uno determinado a hechos extraños a toda idea de pacto, sino primordialmente porque sería imponerle a un auténtico tercero, de manera adversa e irrazonada, un contenido ignoto, ocasional y extraño. De todos modos se ha dado un yerro interpretativo de urgente corrección, habida cuenta de su enorme peligrosidad".

Continúa el recurso arguyendo que la sentencia incurrió en una nítida aplicación indebida del art. 2351 del C. Civil, dado que esta norma consagra la responsabilidad del constructor cuando la ruina de la edificación proviene de vicio de construcción, caso que no es precisamente el que se debate en este juicio. Esta "aplicación indebida, sin antecedente probatorio -afirma el impugnante- se debió, pues, a un desconocimiento de la integridad del precepto y a su empleo apresurado a un caso en donde uno de los supuestos básicos de la norma está evidentemente excluído. Así que, ya

por improcedencia inicial de las reglas sobre ruina de edificios, ya por interpretación errónea múltiple de las mismas, ya por aplicación indebida del solo 2351, se absolvió y se dejó de aplicar el derecho correspondiente, contenido en el art. 2356 C. C.".

Cargo tercero. - Consiste en el quebranto indirecto, por falta de aplicación, del artículo 2356 del C. Civil, a consecuencia de la interpretación equivocada del art. 2357 ibidem y de error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas.

Con el ánimo de sustentar este motivo recuerda el impugnante que la sentencia absolutoria se funda no sólo en la omisión de la querella de obra nueva, sino también en culpa de la empresa demandante, consistente en haber ésta construido un muro de ladrillo sobre el medianero de tapia y empleado la segunda planta de la casa para bodega, con recargo de materiales, determinando así que se produjeran los daños cuya reparación persigue. La forma de apreciar los dos factores mencionados denota una concepción del concurso de culpas no sólo equivocada, sino también contraria a la sustentada por la jurisprudencia y la doctrina, a la vez que un olvido en la apreciación de varios elementos de prueba que llevan a una conclusión opuesta a la adoptada por el mismo fallo.

"Para el sentenciador -dice el recurso- el solo hecho de que haya culpa de la víctima, cualquiera que ella sea, es razón suficiente para que se le niegue la condición de 'titular del derecho para exigir la reparación de un daño que ella hizo posible", sin que haya por qué tener en cuenta el influjo mayor o menor de tal participación en el resultado. Cualquiera que ella fuera, la sola mención de culpa bastará para enervar el reclamo y decretar la absolución. Planteamiento que riñe con ley y doctrina, pues, ante todo, el art. 2357 C. C.. dice que 'la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente'. de manera que la inhabilidad de la víctima es apenas motivo de reducción de la condena, en la medida de su influjo sobre los hechos.

"Desde la sentencia de marzo 14 de 1938 (XLVI - 1934, 217) a una se sentaron los principios de la responsabilidad por actividades peligrosas y se indicó la manera como la intervención culposa de la víctima influye en los resultados de la acción indemnizatoria, que va desde la simple morigeración del peso íntegro de la condena hasta la total exoneración, en la medida en que aparezca la relación de causalidad entre dicha actividad imprudente y el daño. Así que una postura en pro de la liberación automática e indiscriminada del demandado, sólo porque los actos u omisiones del actor contribuyeron a ocasionarle o agravarle el daño, es opuesta a la recta inteligencia del precepto".

En este campo de intervención de la víctima en la producción del daño, cabe distinguir la participación exclusiva, la coadyuvante y la innocua, la inicial, la sobrevenida más tarde y la que apenas contribuye a agravar la lesión de la misma víctima. "Nada de esto -expresa el recurso- se le ocurrió al Tribunal, quien se redujo a declarar la presencia de culpa en la sociedad demandada y a descalificarla de suyo para toda reclamación".

Como complemento de lo expuesto, el fallo incurrió también en evidentes errores de hecho en la apreciación de las pruebas, cuando de la ausencia de la querella, del levantamiento del segundo piso y de la utilización de la casa para bodega, dedujo una imprudencia manifiesta de la parte actora. Ya la querella no funciona aquí como condición de la acción, sino como factor de culpa que exonera de responsabilidad. Los yerros de hecho consisten en que se dejaron de apreciar la respuesta dada a la demanda (confesión), la inspección ocular extrajuicio y los dictámenes periciales rendidos entonces, el acta de inspección ocular practicada dentro del proceso y las peritaciones que se produjeron y los testimonios de Manuel Antonio Casallas y Alvaro Isaza. Estas probanzas acreditan que la señora Duarte tuvo conocimiento oportuno de los peligros que ofrecía su obra y de los perjuicios que iba ocasionando, y cómo la empresa Avianca actuó con prudencia y di-

ligencia al tratar con los constructores sobre el modo de conjurar esos daños, así como sobre su causa y su cuantía. No hubo, pues, culpa, de la demandante en la omisión de la querella; por el contrario, las pruebas enunciadas demuestran la diligencia de Avianca, pero ellas no fueron apreciadas como se debía.

Continúa el recurso diciendo que, "respecto al estado del muro medianero y su empleo en el segundo piso para bodega, el Tribunal incurrió en igual yerro en la apreciación de los dictámenes periciales, tanto los previos al juicio como los rendidos durante él, y de circunstancias antecedentes plenamente admitidas por las partes, y en singular por la demandada, así en la contestación del libelo, como en los interrogatorios formulados a los peritos en ambas oportunidades.

"El muro de ladrillo fue edificado sobre el de adobe y su cimentación rústica, en ejercicio del derecho que asiste al condueño sobre la medianería, consagrado en el artículo 915 C. C., con aceptación de la otra parte, y en todo caso a ciencia y paciencia suya, con bastante antiguedad.

"La casa de Avianca, así adicionada, sirvió durante muchos años para diferentes destinos que le dió sucesivamente su propietaria, sin que las posibles deficiencias produjeran deterioro alguno en paredes, pisos y techos.

"La avería se presentó únicamente a raíz de la demolición practicada por la señora de Mojica y a consecuencia directa y exclusiva de ella, tal como lo indica la oportunidad de los agrietamientos y derrumbes posteriores en muros y techos del edificio de Avianca y como expresamente lo manifiestan los peritos Charry Lara y Urrego Bernal, quienes agregan que la trabazón de las paredes y la distribución de las cargas implicaban el deterioro forzoso de toda la estructura de la construcción de Avianca al ser demolida la perteneciente a la señora de Mojica, agravado con la excavación para cimientos y el peso de la nueva obra".

El impugnante observa que los peritos no se pronunciaron sobre la manera como se edificó el segundo piso en la casa de Avianca ni sobre su empleo como bodegas, y que ellos sólo hablan de lo mejor que se hubiera podido hacer en la elevación del muro y de los posibles riesgos, que nunca se tradujeron en deterioros o ruina, concluyendo con la advertencia de que una edificación con tales cimientos no debe soportar un peso exagerado y de que no hay prueba sobre que la casa mentada hubiera soportado demasiada carga. "Por eso el Tribunal -expresa el recurso- cuando afirma que la demandante cayó en culpa causante de su ruina al levantar sobre fundamentos débiles un segundo piso y ocuparlo como bodega, con asidero en los peritajes, incurre en error evidente en la valoración de los mismos, dado que los toma parcial o fragmentariamente, porque desconoce su contenido integral y porque los pone a decir conclusiones a que no llegaron sus autores".

No se tiene en cuenta que el edificio de Avianca permaneció en condiciones perfectas hasta cuando se acometió la construcción de la demandada; que los dictámenes periciales son rotundos al afirmar que la avería de aquel edificio obedeció a la demolición de la casa antigua de la señora Duarte, a la excavación y a la construcción de la obra nueva y que estos trabajos habrían de conducir a la ruina del edificio citado. Ignora también la sentencia que se tomaron medidas para evitar la ruina mencionada y se olvida el aserto pericial de que la casa de Avianca siempre tuvo un empleo correcto. "Desatinos estos -dice el recurso- que, sumados a las desviaciones de interpretación del art. 2357, comentadas atrás, permitieron una aplicación indebida de dicho precepto y codujeron a la absolución, esto es, a dejar de aplicar el art. 2356 C. C., comprensivo de la responsabilidad de quién, así sea con plena legitimidad, causa un quebranto en ejercicio de actividad peligrosa o de actividad que hace soportar al vecino padecimientos superiores a los que exige una tolerancia propia de la normal convivencia".

Consideraciones de la Corte

I. - El art. 1494 del C. Civil incluye entre

las fuentes de las obligaciones el "hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona", y el art. 34 de la Ley 57 de 1887 dispone que "las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes". Este último precepto continúa estableciendo que si el hecho es ilícito y se comete con intención de dañar, constituye un delito, pero que si no se ejecuta con tal intención, forma un cuasidelito o culpa. En armonía con estas disposiciones, preceptúa el art. 2341 del C. C. que "el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido". Estas normas consagran el principio general de que el hecho que causa un perjuicio a una persona, engendra por lo regular una obligación de resarcimiento a cargo del autor de ese hecho.

Por otro aspecto el art. 669 del C. Civil define el dominio o propiedad diciendo que "es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno". De acuerdo con este precepto, el dueño de una cosa puede gozar de ella y darle la destinación que a bien tenga, siempre que consulte varios factores, tales como la naturaleza de dicha cosa, la función social que está llamada a cumplir, la licitud de aquella destinación y el no causar daño a las demás personas, especialmente a los vecinos. Si la cosa consiste en un inmueble urbano, la función social del mismo radica en aprovecharlo con edificaciones que sirvan para habitación o para el funcionamiento de fábricas, almacenes, oficinas, etc. El propietario de tal inmueble puede y debe levantar sobre éste la construcción o la obra que considere mejor a sus intereses. Esta actividad es normal y lícita y, como es obvio, está sujeta a los reglamentos urbanísticos establecidos en cada ciudad. Sucede, sin embargo, que, aunque la construcción de una casa o edificio o la realización de otras obras, es una actividad lícita, se pueden causar con ella daños a los vecinos y a terceras personas, y de ahí que el dueño o el constructor de la edificación o la obra deban tomar las precauciones necesarias y poner el mayor cuidado en la ejecución de ésta para prevenir aquellos perjuicios y para conjurar la responsabilidad civil que tales daños podrían acarrearle. "Un propietario -decía Ripert- no puede obrar sin tener en cuenta las posibles consecuencias de sus actos. Es necesario considerarlo a la vez como propietario y como vecino: si como propietario puede hacer uso de su derecho aunque perjudique a su vecino, como tal vecino está obligado a respetar el derecho de propiedad de aquel con quien linda. Es a la vez acreedor y deudor". Y en otra parte agregaba: "Es de interés general que cada propietario pueda dar a sus bienes las destinaciones económicas posibles. También es de interés general que sus vecinos no sufran sin compensación el daño causado. Se le debe obligar a reparar este daño y por tanto es necesario considerar esta cuestión en el terreno de la responsabilidad" (Del ejercicio del derecho de dominio en sus relaciones con las propiedades vecinas" páginas 311 y 320).

II. - Como se ha visto, el recurso considera que la sentencia acusada descansa sobre tres fundamentos, a saber: primero, que la parte demandante no propuso la querella de obra nueva de que tratan los artículos 986 y siguientes del C. C. y que esta omisión la priva del derecho de que se le repare el daño causado por la edificación de la demandada, de acuerdo con lo prescrito por el art. 991 ibidem; segundo, que la acción en ejercicio se propuso contra la propietaria del terreno y no contra el constructor del edificio y que no es aquélla, sino éste quien debe responder de los perjuicios ocasionados, según lo dispuesto por el art. 2351 del C. C., y tercero, que la compañía Avianca incurrió en culpa al construir un segundo piso de su casa, apoyándolo en un muro de adobe que, a su turno, tenía como cimiento otro muro de tapia pisada y al destinar esa segunda planta para bodega con un excesivo recargo de peso, perdiendo también así el derecho a la reparación. El mismo recurso formula sendos cargos contra estas tres bases que le reconoce al fallo.

El primer cargo se dirige contra el fundamento también primero de la sentencia y se hace consistir en el quebranto indirecto por falta de aplicación del art. 2356 del C. C. por estas dos causas: primera, por interpretación errónea de los arts. 986 a 992 y aplicación indebida del 2350 ibidem, y segunda, por error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas.

El recurso sutenta la censura diciendo que los arts. 986 a 992 del C. C. regulan dos cuestiones diferentes. Los arts. 986 y 987 se refieren a la llamada querella de obra nueva. La primera de estas dos normas dispone, en efecto, que "el poseedor tiene derecho para pedir que se prohiba toda obra nueva que se trate de construir sobre el suelo de que está en posesión". El precepto se refiere al poseedor de un fundo y a la obra nueva que otra persona pretenda levantar sobre ese mismo predio. Dicho artículo 986 habla también de las obras que no pueden considerarse como nuevas y el 987 alude a las obras denunciables como nuevas y que pueden ser objeto de la querella mencionada.

Los arts. 988 a 992 reglamentan lo que se denomina la querella de obra vieja. La primera de estas disposiciones establece que "el que tema que la ruina de un edificio vecino le depare perjuicio, tiene derecho de querellarse al juez para que se mande al dueño de tal edificio derribarlo, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación; o para que si la admite, se le ordene hacerla inmediatamente". Las normas siguientes regulan los trámites de esta querella de obra vieja, y el art. 991 consagra el principio de que "no habrá lugar a indemnización, si no hubiere precedido notificación de la querella". Es decir, que si la ruina de un edificio vetusto causa daños al vecino, y éste, conociendo el deterioro, se abstuvo de promover la querella de obra vieja, queda privado del derecho a la reparación del perjuicio producido por esa ruina. Por otra parte, el art. 2350 ibidem establece la regla general de la responsabilidad por los daños que ocasione la ruina de un edificio, acaecida por falta de reparaciones o de cuidados. Estos perjuicios pueden ser causados a un vecino o a un tercero, pero si se trata de vecino, éste no podrá exigir resarcimiento si omitió la querella de obra vieja a sabiendas del deterioro del edificio.

Según las pruebas que obran en el juicio, la antigua casa de la demandada Duarte no se derruyó por deterioro o descuido, sino que fue voluntariamente demolida para levantar como en efecto se levantó, una edificación nueva. No era, pues, el caso de ruina de edificio deteriorado ni de promover por su vecina, la compañía Avianca, la querella de obra vieja de que tratan los artículos 988 y siguientes del C. C. Por otro aspecto, no aparece que ese nuevo edificio de la señora Duarte hubiera ocupado parte del fundo de Avianca y de consiguiente tampoco procedía la querella de obra nueva que consagra el art. 986 ibidem. Y se repite que, como la mentada casa vieja de la señora Duarte, no se arruinó por descuido ni por falta de reparaciones, no había lugar a dar aplicación a lo prescrito por el art. 2350 del mismo cuerpo legal. No cabe, por tanto, duda de que en realidad la sentencia aplicó tanto a un caso o hecho diferente de los que preven las mismas normas al desconocerle a la parte demandante el derecho de reclamar la indemnización que pretende por la circunstancia de no haber propuesto previamente contra la demandada una querella de obra vieja o de obra nueva.

Es también evidente que el fallo echó en olvido las pruebas de que habla el recurso en su primer cargo, pruebas que demuestran que en verdad no se trataba en este caso de la ruina de un edificio deteriorado o descuidado ni de edificación en predio de la compañía Avianca, y que la demandada Duarte oportunamente tuvo conocimiento de los daños causados a la casa de la actora a consecuencia de los trabajos de demolición y de edificación nueva realizados por cuenta de la misma señora Duarte.

En estas circunstancias resulta obvio que el fallo, por las causas que se han puntualizado, dejó de aplicar y violó en conse-

cuencia el art. 2356 del C. Civil, que ordena reparar todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona. Con la demolición de su casa antigua y la construcción de su nuevo edificio, la señora Duarte infirió daños en la edificación contigua de propiedad de la compañía Avianca, perjuicios que aquélla tiene la obligación de resarcir. El primer cargo aparece, pues, fundado.

III. - En el motivo segundo se le imputa a la sentencia el quebranto directo, por falta de aplicación, del mismo art. 2356 del C. Civil, a causa de interpretación errónea de los arts. 2350, 2351, 990 y 991 ibidem y de aplicación indebida de los citados artículos 2350 y 2351.

Toda la exposición del cargo, como queda visto, puede compendiarse en tres argumentos, así: primero, que los daños causados al edificio de Avianca no se produjeron por ruina de la casa de la señora Duarte y que en consecuencia se interpretaron mal las normas citadas al considerar exigible la previa querella de obra vieja o de obra nueva; segundo, que dichos perjuicios tampoco se ocasionaron por ruina debida a un vicio de construcción de la misma casa y que por tanto se aplicaron indebidamente los mismos preceptos, y tercero, que por causa de la interpretación errónea y de la aplicación indebida de que se habla, se dejó de aplicar y se violó en consecuencia el art. 2356 del C. Civil.

Como se ha dicho, no se remite a duda que en la especie de esta litis no hubo ruina de la casa de la señora Duarte por deterioro, descuido o vicio de construcción y que por tanto no era del caso exigir la promoción de una querella de obra vieja, como tampoco el de imputar la responsabilidad por los daños dichos directamente al constructor del edificio nuevo de la misma señora. Los perjuicios se causaron por la demolición de la casa vieja y la construcción del edificio nuevo que voluntariamente llevó a cabo la demandada, y de consiguiente no es el constructor, sino la nombrada señora Duarte quien debe responder de tales daños, en los términos del art. 2356 del C. Civil. Según el art. 2351 ibidem, el constructor responde del daño inferido por la ruina de un edificio cuando ésta proviene de un vicio de construcción. En el caso de este litigio no hubo ruina o derrumbe de edificio alguno por vicio de construcción o por falta de reparaciones necesarias, y en consecuencia no procedía aplicar ninguno de los arts. 2350 y 2351 del C. Civil.

La sentencia, al desconocer el derecho de la parte demandante a la indemnización por los daños sufridos en razón de no haber propuesto una querella de obra vieja o de obra nueva y al estimar que la acción en ejercicio debió instaurarse contra el constructor del edificio nuevo y no contra la señora Duarte, incurrió realmente en la aplicación indebida de los arts. 2350 y 2351 del C. Civil y dejó de aplicar el art. 2356 ibidem, que le impone a toda persona la obligación de reparar el daño que causa por el ejercicio de una actividad peligrosa. De lo cual se concluye que el segundo cargo también está fundado y que debe prosperar.

IV. - En el cargo tercero se le atribuye a la sentencia la violación, por falta de aplicación, del art. 2356 del C. Civil, a causa de la interpretación equivocada del art. 2357 ibidem y de error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas.

Según el recurso, la inteligencia errada del art. 2357, citado, consistiría en que el fallo le asigna a esta norma el sentido de privar a la víctima de un daño del derecho al resarcimiento consiguiente cuando la misma víctima se ha expuesto al perjuicio o ha tomado parte en el hecho que lo produce. Lo que esa disposición prescribe es que el monto pecuniario del resarcimiento por el daño causado ,está sujeto a una to por el daño causado, está sujeto a una prudentemente a ese perjuicio, pero no que en todos los casos la prive por completo del derecho a la reparación correspondiente. A decir verdad, el fallo no cita para nada el mencionado art. 2357 del C. Civil y por tanto mal pudo haber incurrido, ni aun tácitamente, en la exégesis errada de este precepto. Cierto es que la misma sentencia ha-

bla expresamente de culpa de la compañía Avianca, pero no porque se hubiera expuesto en forma imprudente al daño que recibió, sino porque, conociendo los trabajos de demolición de la casa antigua de la señora Duarte y de cimentación y construcción del edificio nuevo, no propuso la querella respectiva, culpa esa que la privó, según el fallo, del derecho al resarcimiento.

En cuanto al supuesto error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas, sucede que la sentencia, después de desconocerle a la sociedad demandante el derecho de exigir la reparación que persigue por haber omitido la querella mencionada, expresa que tal conclusión se impone sin tener en cuenta que los peritos aluden a las condiciones que requieren los pisos de edificaciones destinadas a servir de bodegas, que los cimientos de piedra pegada con mortero arcilloso no son aconsejables para edificios de dos pisos y con tal destinación y que estas circunstancias, unidas al uso que Avianca le dió a su casa, imponían, "en razón del peligroso concurso de todas ellas, el máximo de cuidado y de vigilancia en la debida conservación del muro". Esta postrera observación del fallo no implica propiamente que éste la atribuya a la compañía Avianca una culpa en concreto por abandono, descuido o negligencia en la conservación del muro medianero y que deduzca tal culpa de los dictámenes periciales. Si la observación aludida entrañase de veras una imputación de culpa, habría que admitir que en realidad la sentenceia incurrió en un error de hecho, porque los peritos no dicen que la existencia del muro de piedra pegada con mortero arcilloso, la destinación para bodega y la carga que soportaban aquel muro y los pisos, fueran precisamente la causa de los daños sufridos por la casa de la compañía Avianca.

Las consideraciones anteriores llevan a la conclusión de que el tercer cargo no aparece fundado, porque el fallo no incurrió en interpretación errada del art. 2357 del C. Civil ni en error de hecho en la apreciación de las pruebas. Con todo, como los dos primeros motivos sí tienen fundamento, la sentencia de segundo grado debe ser infirmada para sustituirla por la correspondiente decisión de fondo.

Sentencia de Instancia

En este juicio se encuentra prueba completa de que las partes contendientes, esto es, la sociedad "Aerovías Nacionales de Colombia S. A." (Avianca) y la señora Ana Lucía Duarte de Mojica, tenían en 1959 sendos fundos contiguos en la calle veinte (20) con carrera doce (12) de esta ciudad de Bogotá; de que en esos predios había unas edificaciones con una pared medianera; de que la demandada Duarte dispuso demoler voluntariamente su edificio y construir otro nuevo de mayores dimensiones; de que al efectuarse la demolición de la casa antigua y la preparación de los cimientos y la construcción del edificio nuevo de la misma señora, se produjeron serias averías en la casa de Avianca por motivo de aquellos trabajos; de que por razón de dichas averías y el cuarteamiento de los pisos y paredes de la casa dicha, la sociedad demandante se vió obligada a desocupar en parte la misma casa y conseguir otros locales para guardar unos de los elementos que tenía embodegados allí; y de que la señora Duarte abandonó la pared medianera y levantó su edificio sobre muros nuevos colocados dentro de su propio fundo.

Siendo la demolición y la construcción de cualesquiera edificaciones u obras, actividades que por sí mismas entrañan peligros para quienes intervienen en ellas y para los terceros, especialmente para los dueños de propiedades contiguas o vecinas, resulta obvio que la señora Duarte de Mojica debe responder civilmente de los daños causados a la empresa Avianca, de acuerdo con lo prescrito por el art. 2356 del C. Civil, con motivo de la demolición de la casa antigua y de la construcción del edificio nuevo a que se ha hecho referencia.

En el mismo proceso aparece que, con ocasión de los trabajos ejecutados por la demandada Duarte y los daños inferidos a la casa de Avianca, se practicaron tres inspecciones oculares, así: una antes de promoverse la litis; otra en la primera ins-

tancia y una tercera en el segundo grado. En las dos primeras inspecciones oculares figuran especificados los perjuicios causados en el inmueble de Avianca y los transtornos sufridos por esta sociedad con tal motivo, así como se encuentran también algunos datos de los peritos sobre gastos hechos por la compañía demandante por causa de tales daños; pero se observa que no se hizo el justiprecio pericial y exacto de todos los perjuicios relativos al daño emergente y al lucro cesante. Por tanto aquellas inspecciones y los dictámenes rendidos en ellas por los peritos, no ofrecen fundamento suficiente para fijar en este fallo el monto pecuniario de los daños ocasionados a la sociedad demandante, de manera que se hace necesario disponer que la regulación de ese monto se realice mediante el procedimiento que establece el art. 553 del C. J. y que al hacerlo se tengan en cuenta los siguientes factores:

a) El costo de los elementos materiales y de la obra de mano o trabajo necesarios para subsanar las averías o daños causados en la casa de Avianca y en sus servicios de agua y luz.

b) El tiempo estrictamente necesario para hacer la reparación de las averías mencionadas y el justo valor que durante ese lapso debió haber pagado Avianca por concepto del arrendamiento de los otros locales de características similares que consiguió para guardar los enseres y objetos que se vió obligada a sacar de la casa averiada.

c) El valor del transporte o acarreo de los referidos enseres tanto a los locales conseguidos como su vuelta a la casa reparada, incluyendo lo pagado a los trabajadores que prestaron su servicio en tal acarreo y en la colocación de esos objetos.

R e s o l u c i ó n :

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia de veintinueve de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este juicio de la sociedad "Aerovías Nacionales de Colombia S. A." (Avianca) contra Ana Lucía Duarte de Mojica y en su lugar,

Resuelve:

Primero. - Se revoca en todas sus partes la sentencia de veintiocho de mayo de mil novecientos sesenta y dos, proferida en el primer grado de este mismo juicio por el Juez Primero Civil del Circuito de Bogotá.

Segundo. - Declárase que la señora Ana Lucía Duarte de Mojica es civilmente responsable de los daños sufridos por la sociedad "Aerovías Nacionales de Colombia S. A." (Avianca) con motivo de la demolición de la casa antigua situada en el área urbana de Bogotá, en la calle 20, Nº 12-37, y de la construcción allí mismo de un edificio nuevo, demolición y construcción llevadas a cabo por la demandada, señora Duarte, en los meses de febrero y siguientes del año de mil novecientos cincuenta y nueve (1959).

Tercero. - Condénase a la nombrada señora Ana Lucía Duarte de Mojica a pagar a la sociedad Avianca el valor de los perjuicios mencionados.

Cuarto. - El valor de los perjuicios dichos será regulado mediante el procedimiento que establece el art. 553 del C. Judicial.

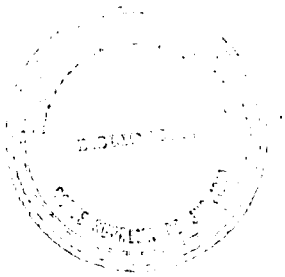
Quinto. - Condénase a la parte demandada a pagar las costas de la primera instancia.

Sexto. - Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso de casación.

(Esta sentencia fue discutida y acordada por la Corte en su sesión del tres del mes en curso como consta en el Acta Nº 17).

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

César Gómez Estrada, Ernesto Cediel Angel, Guillermo Ospina Fernández, Ernesto Blanco Cabrera, Germán Giraldo Zuluaga, Enrique López de la Pava.



SALA PENAL

Extractos de Jurisprudencia a cargo del Relator: Doctor JOSE SARMIENTO M.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, enero diez y seis de mil novecientos setenta.

Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres.

Aprobado: Acta Nº 1 de enero 16 de 1970.

V i s t o s :

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja contra la sentencia del 29 de enero del año pasado, en orden a la cual la mencionada Corporación condenó a LUIS FELIPE RINCON LOPEZ y a ANTONIO JESUS CRUZ QUINTERO, como responsables del delito de robo, el primero, a la pena de "SEIS (6) AÑOS y TRES (3) MESES DE PRESIDIO" y, el segundo, a la de "SEIS (6) AÑOS", también de PRESIDIO, imponiéndoles, además, las penas accesorias consiguientes.

Hechos y Actuación:

En la mañana del 28 de agosto de 1967, Rincón López y Cruz Quintero, aprovechando que Eulogia Suárez dejó sola su casa, situada en la fracción de "Naranjal", comprensión del Municipio de Moniquirá, penetraron a ella, se hicieron a las llaves de sus alcobas, guardadas en la cocina de la misma, abrieron esas alcobas, usando tales llaves, y de esa manera se apoderaron de objetos que, sometidos a avalúo pericial, alcanzaron a la suma de $ 445.50.

Con fundamento en esos hechos, acogidos como integrantes del delito de robo, el Juzgado 1º Penal Municipal de Moniquirá, en auto del 26 de marzo de 1968, confirmado por el Tribunal de Tunja en el suyo del 28 de junio de ese año, abrió causa criminal respecto de los citados Rincón López y Cruz Quintero y más tarde, tramitado el respectivo juicio, aplicando el ordinal 3º del artículo 404 del Código Penal y el artículo 1º del Decreto 2184 de 1951, mediante sentencia del 3 de octubre, también de aquél año, los condenó, el primero, a la pena de "seis años (6) y tres (3) meses de presidio" y, el segundo, a la de "seis (6) años de presidio", lo mismo que a las penas accesorias del caso, fallo al que el expresado Tribunal impartió su aprobación en el suyo del 29 de enero del año pasado.

Demanda de Casación:

En ella, el Fiscal recurrente invoca las causales de casación previstas en los ordinales 4º y 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

Causal Cuarta:

Con apoyo en este motivo de impugnación, sostiene que la sentencia acusada se dictó "en un juicio viciado de nulidad", puesto que en el auto de proceder, dando paso a la nulidad contemplada en el ordinal 5º del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964, se incurrió "en error relativo a la denominación jurídica de la infracción", acogiéndola como "robo agravado", cuando en el proceso lo único que aparece acreditado es un "hurto agravado", teniendo en cuenta que los autores del delito abrieron la casa de la Suárez valiéndose, no de "llaves sustraídas", sino de las que hallaron abandonadas, desde luego como legítimas, en la cocina de esa casa, cir-

cunstancia que excluye la primera de las dos especificadas figuras delictivas, para dejar, como consumada, apenas la segunda.

Causal Primera:

Al amparo de esta otra causal de casación se formulan estos dos cargos:

a) El fallo es violatorio, "por aplicación indebida", del ordinal 3º del artículo 404 del Código Penal, fenómeno que vino a producirse como consecuencia de haberse incurrido en ese error, puntualizado atrás, "relativo a la denominación jurídica de la infracción",

b) El mismo fallo de la impugnación es violatorio, por "interpretación errónea", del artículo 1º del Decreto 2184 de 1951, al elevar al doble, con fundamento en esa norma, "las penas mínimas", concernientes "a los delitos contra la propiedad", entre los que cuenta el que imputó a los procesados Rincón López y Cruz Quintero.

El Procurador Delegado:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, en respuesta al traslado que se le corrió de la demanda de casación, manifestó que se abstenía de ampliarla, en fuerza de no compartir sus tesis, consideradas "a través de los cargos formulados".

Para resolver se considera:

I. - La acción de sustraer, equivalente en el Código a la de apoderarse, apareja la idea de apartar o separar físicamente una cosa del lugar donde la mantiene su dueño, poseedor o tenedor y entonces, como es obvio, estando probado que Rincón López y Cruz Quintero penetraron a la cocina de la casa de la Suárez, aprovechando que ésta se encontraba ausente, y que allí tomaron las llaves de que se valieron para consumar el delito, necesariamente debe concluirse en que se las sustrajeron, fenómeno que en manera alguna invalida el hecho de que la puerta de esa cocina la hubieran hallado sin seguridad y, de esta suerte, en condiciones de fácil acceso.

II. - El empleo de "llaves sustraídas", como medio para atentar contra la propiedad, configura, de acuerdo con el ordinal 3º del artículo 404 del Código Penal, el delito de robo, en el carácter de específicamente agravado, lo que significa, en consecuencia, que no se incurrió, dentro del auto de proceder, en ese error que plantea el recurrente, "relativo a la denominación jurídica de la infracción".

III. - En estos términos, debidamente comprobado que el robo a que se contráe el proceso se halla previsto en el citado ordinal 3º del artículo 404 del Código Penal, tenía que sancionarse conforme a esa disposición legal, la cual, por lo tanto, no fue mal aplicada.

IV. - El artículo 1º del Decreto 2184 de 1951, donde se elevó "al doble las penas mínimas señaladas en el Libro II del Código Penal y Leyes que lo adicionan y reforman", era aplicable en el fallo acusado, porque, dentro de las excepciones consagradas en el inciso 2º de esa norma, no se encuentran las relativas a los delitos contra el patrimonio.-

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 Fiscal 1º del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, expresamente determinado en la motivación de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Efrén Osejo Peña, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Antonio Mosquera, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

RECONSTRUCCION DE PROCESOS PENALES

Se rige por las disposiciones del Decreto 1897 de 1948. Si el extravío o pérdida del proceso ocurre cuando este se hallaba para la celebración de la audiencia pública, no ha de tramitarse de nuevo el juicio, sino que se prosigue, a partir del momento en que quedó pendiente, y la copia del auto de proceder, autenticada por el secretario del Juzgado, "presume de derecho la existencia del sumario a que se refiere y la de las pruebas en las que se funda, no siendo, por tanto, necesario, la reconstrucción del sumario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, enero dieciseis de mil novecientos setenta.

Aprobado: Acta Nº 1, enero 16 de 1970.

(Magistrado Ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

Bogotá, enero dieciseis de mil novecientos setenta.

V i s t o s :

Cumplidos como han sido los trámites legales, se procede a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 21 de marzo último del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, en la que, reformando la de 4 de noviembre anterior del Juzgado 1º Superior del mismo distrito, se condena a Ovelio Annichiarico Van Strahlen y a Ana Joaquina Van Strahlen, a sendas penas principales de doce años, nueve meses y dieciocho días y de dieciseis años de presidio, hecha en la primera la disminución prevista en la Ley 40 de 1968, como responsables del delito de homicidio perpetrado en Miguel Mejía López.

Antecedentes:

El Tribunal relaciona así los hechos originarios de la investigación:

"Con sus hijos residían en Armenia la víctima Miguel Mejía López y su esposa Elida Annichiarico de Mejía. Vinieron a vivir con éllos la madre y el hermano de la segunda, señora Ana Van-Strahlen y Ovelio Annichiarico, este último con la esposa propia y con los hijos de éllos. La vida de Ovelio y su cónyuge, Alba Parra, no era de paz sino de zozobra para élla y mal trato por parte del marido. Llegó a tal extremo la desavenencia del matrimonio que, como se verá, el esposo hizo confidente a su propia hermana Elida de que le dará un tóxico a su consorte, pidiéndole que guarda reserva sobre el secreto. La hermana de Ovelio y cuñada de Alba Parra, esposa del mismo, dió el aviso humanitario correspondiente a quien podía ser víctima del macabro atentado y la despachó para su casa en población muy alejada del septentrión del país. El suceso causó a Ovelio la reacción obvia de quien se ve de pronto sin su mujer y sin sus hijos. El 1º de mayo de 1956 quedó la víctima en su casa mientras la esposa Elida, anduvo fuera donde Sofía Pacheco, y cuando regresó, escuchó la noticia de boca de su propio esposo de que le habían dado a tomar veneno y que debía buscar médico y drogas para su dolencia y desesperación. La esposa tomó las medidas del caso, pero el deceso siempre ocurrió: para evitarlo no pudo nada la ciencia. Elida Annichiarico de Mejía anduvo de autoridad en autoridad y nadie la oyó, hasta que vino al Presidente del Tribunal de Pereira ..., quien la condujo hasta el propio recinto del Juzgado 1º Superior...", donde se comenzó la presente investigación.

Su mérito fue calificado por el Juez 2º Superior de la antedicha ciudad mediante auto de 7 de octubre de 1957 en que sobreseyó definitivamente en favor de los procesados.

Con el de 12 de septiembre siguiente, el Tribunal de Pereira, al desatar la consulta de esa providencia, la revocó y, en su lugar, llamó a responder en juicio a Ana Joaquina Van Strahlen y a Ovelio Annichiarico por el delito de homicidio, específicamente un homicidio-asesinato por haberse cometido por medio de envenenamiento.

Adelantada la causa se convocó a audiencia pública que se celebró el 20 de septiembre de 1960 y en la que se sometieron a la consideración del jurado, redactados conforme al premencionado pliego de cargos, los cuestionarios correspondientes a cada uno de los acusados.

En torno a éllos giró el debate forense, pidiendo el fiscal que fueran contestados afirmativamente y la defensa que lo fueran negativamente por falta de pruebas.

El jurado los respondió en los siguientes términos:

"Sí es responsable sin intención de matar", el referente a la señora Van Strahlen y

"Sí es responsable como coautor", el concerniente a Annichiarico.

El Juzgado Superior de Armenia a cuyo conocimiento ya estaba el proceso, por auto de 16 de enero de 1961, declaró inexistente por contradictorios ambos veredictos y convocó a nuevo jurado para que definiera la situación jurídica de los procesados.

El Tribunal Superior de la misma ciudad al revisar por apelación dicha providencia, la revocó mediante la suya de 21 de julio de 1966 y declaró. en lugar de la protestada, "que el veredicto pronunciado en esta causa y relacionado con la acusada Ana Joaquina Van Strahlen, es contrario a la evidencia de los hechos. En consecuencia, se ordena la convocatoria de un nuevo jurado para que en definitiva juzgue a dicha acusada".

Además, respecto del otro veredicto, expresó que quedaba en firme y que sobre él se edificaría la sentencia respectiva.

De acuerdo con lo así resuelto, el Juez 1º Superior de Armenia solicitó al Tribunal el sorteo del nuevo jurado que se realizó el 20 de octubre siguiente con este resultado:

Principales:

Nº 79. Naranjo B. Rubén
Nº 44. Durán Jesús María
Nº 72. Mejía Barrientos Bernardo.

Suplentes:

1º. Alvarez Maya Alberto
21. Botero Montoya Aníbal
24. Bernal Bernal Israel.

Según informe visible al folio 1, que suscribe el Secretario del prenombrado juez, efectuado dicho sorteo oportunamente se entregaron las copias del auto enjuiciatorio a los jurados principales, y se agrega en él:

"...Estaba listo pues el expediente para fijar nueva fecha para audiencia pública contra la señora Van-Strahlen, toda vez que contra el otro acusado ya existe veredicto condenatorio, y solamente faltaba por efectuar los traslados a las partes para estudio".

Fue en la fecha de ese informe -10 de mayo de 1967- cuando quien lo autoriza, notó la pérdida del proceso original en este asunto y lo comunicó a su superior con las siguientes palabras:

"En el día de hoy y al efectuar un chequeo de los procesos que cursan en este despacho, he notado que la causa por ho-

micidio contra Ana Joaquina Van Strahlen y Ovelio Annichiarico Van Strahlen, ofendido Miguel Mejía, no aparece por parte alguna".

Informe que ratificó dos días después y que sirvió para que el juez citado en auto de 13 del referido mes de mayo ordenara "la reconstrucción del proceso de acuerdo con lo establecido en los artículos 154 y 164 del Código de Procedimiento Penal y demás disposiciones pertinentes", y dispusiera en consecuencia formar un nuevo expediente con las copias que en tal auto se señalan bajo los literales a) a k) y con las demás diligencias que se consideraran del caso para adelantar con éllas "el juicio hasta su terminación".

Igualmente se resolvió en auto de 11 del mismo mes de mayo que en caso de no hallarse el mencionado proceso, se adelantara la respectiva investigación penal para acreditar la correspondiente responsabilidad, y como no fuera encontrado se siguió dicha investigación, tal aparece de la siguiente constancia que con fecha 14 de junio de 1967 suscriben el juez y secretario del Juzgado Superior de Armenia, a saber:

"Que el proceso original que se adelantaba contra los mencionados Ovelio Annichiarico y Ana Joaquina Van Strahlen, se perdió del juzgado entre los días 27 y 30 del mes de abril pasado.

"Que ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de la ciudad se elevó el respectivo denuncio, toda vez que en las investigaciones adelantadas por el personal de este despacho, se tuvo conocimiento que la causa había sido sustraída por uno de los empleados, instigado por un tercer personaje que vino procedente del Municipio de Codazzi (Magdalena) al parecer enviado por los procesados.

"Que el empleado a que se hace referencia, confesó ante el Juzgado del Circuito su autoría en la sustracción del proceso y en el envío de unos mensajes falsos cancelando la orden de captura, que se había remitido a las autoridades de varias ciudades de la Costa, entre éllas la de Codazzi, Santa Marta, etc.

"Que la investigación que cursa en el Juzgado Promiscuo del Circuito por la pérdida del proceso, está dando resultados magníficos, pues ya se encuentra identificada la persona que llegó procedente de Codazzi a instigar o a lograr que se sustrajeran el proceso ya referenciado".

En todo caso practicadas en lo posible las diligencias ordenadas, por auto de 30 de julio de 1968, se corrió por tres días traslado de la causa a las partes para su estudio y, además, se dispuso: "Para que tenga lugar la audiencia pública para juzgar a la señora Ana Joaquina Van Strahlen por homicidio de que fue víctima Miguel Mejía López, se señala el día martes 13 del mes de agosto próximo, la que se iniciará a las 9 de la mañana".

Hay constancia que este auto se notificó personalmente al fiscal y a los jurados el 31 del citado mes de julio y por estado de 3 de agosto a las demás partes; que el defensor de la inculpada recibió el proceso para su estudio el 5 del supradicho mes de agosto y que la audiencia no se celebró el mencionado 13 de agosto "por ausencia del defensor, quien se trasladó a Bogotá en forma urgente".

Posteriormente mediante auto de 19 de septiembre se fijó para su celebración "el día martes 1º del mes de octubre próximo, la que se iniciará a las 9 de la mañana".

Esta providencia se notificó personalmente al fiscal y a los jurados el mismo 19 y por estado el 23 a las demás partes.

No obstante, en auto de 30 de septiembre por petición del Ministerio Público, se aplazó la celebración de la audiencia para "el día martes 8 del mes de octubre próximo, la que se iniciará a las 9 de la mañana".

Tal auto se notificó personalmente al fiscal, al procesado, al defensor y a los jurados el mismo día de pronunciado, y por estado del 3 de octubre a la inculpada, a

quien se la viene juzgando como reo ausente y a la parte civil.

En la última fecha prefijada se celebró la referida vista pública en torno al siguiente cuestionario:

"La acusada Ana Joaquina Van Strahlen, de naturaleza y condiciones civiles conocidas de autos, es responsable, sí o no, de haber dado muerte, con intención de matar, al señor Miguel Mejía López, su yerno, mediante el suministro de alimentos con letales cantidades de arsénico, obtenidos por el procesado Ovelio Annichiarico, y proporcionados al ofendido, por la acusada, hechos acaecidos en esta ciudad de Armenia, en la casa de habitación del occiso, ubicada en la calle 14, Nº. 11-11, a eso de las dos y media o tres de la tarde del martes 1º de mayo de 1956?".

En tal acto el fiscal del juzgado concluyó su exposición así:

"Convencido plenamente de la responsabilidad penal de Ana Joaquina Van Strahlen, yo os solicito señores jueces de conciencia que no permitais que este crimen doloroso se quede impune, y declareis a Ana Joaquina Van Strahlen responsable de haber dado veneno con intención de matar a su yerno Miguel Mejía López. Si haceis justicia que Dios os pague, si no la haceis allá vosotros con vuestra conciencia".

La defensa terminó la suya con estas palabras:

"Al rehacer este negocio se ha violado la ley, es un proceso en el cual no se puede edificar, no es posible condenar a Ana Joaquina Van Strahlen por falta de pruebas, y eso es lo que yo os voy a pedir, se presentan grandes dudas que hay que resolverlas en favor de la sindicada. Aquí no hay sumario, no hay proceso, no hay pruebas de responsabilidad, yo os pido decir en vuestro veredicto que Ana Joaquina Van Strahlen no es responsable por falta de pruebas".

La respuesta mayoritaria del jurado fue la siguiente: "Sí es responsable".

Sobre este veredicto y el proferido por el anterior jurado en relación con Ovelio Annichiarico se sustentan las sentencias preclusivas de las instancias.

Las dos demandas

En ambas se aducen contra el fallo impugnado las causales de casación previstas en los numerales 4º, 2º y 1º, inciso 1º, del artículos 56 del Decreto 528 de 1964, a cuyo amparo se lo impugna por diversos conceptos de contenido sustancialmente idéntico, mutatis mutandis, en los dos libelos, diferentes solo en aspectos literales y circunstancialmente complementarios.

1. A través de la causal 4ª se sostiene que dicha sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, de una nulidad supralegal por violación del artículo 26 de la Carta.

Los motivos que se alegan al respecto se pueden resumir así:

a). No haberse dado aplicación al artículo 14 en relación con el 9º del Decreto 1897 de 1948, ya que no aparece la constancia de estar notificado y ejecutoriado el auto de proceder que en copia se allegó al proceso, y porque si se estimó que lo estaba, dejó de aplicarse el artículo 12 ibídem y disponer, conforme a lo ordenado en él, la tramitación del juicio que, violando el artículo 6º del Decreto 1358 de 1964, no se llevó a cabo según el actor, como tampoco se hizo la tasación de los perjuicios, con lo cual se conculcaron también los artículos 9º, 10 y 11 ibídem.

Porque al integrar el jurado que actuó en la segunda audiencia con dos de los principales y uno de los suplentes, dejaron de aplicarse los artículos 25 y 26 del Decreto 1358.

Porque no se sabe si fueron admitidas las excusas presentadas por los jurados Aníbal Botero y Jesús María Durán Jaramillo, y porque se ignora si todos los jurados se hicieron presentes en la audiencia y si en caso de falta de uno o más de éllos, se dió aplicación al artículo 27 ibídem.

b). Porque si en vez de la tramitación del juicio lo que se quizo fue la reconstruccion del sumario, no se cumplió con lo prescrito en los artículos 2º, 3º y 4º del Decreto 1897 de 1948 y en las disposiciones comprendidas en el libro 2º, título 2º, Capítulos 1º, 2º y 3º del Código de Procedimiento Penal y en el Decreto 1358 de 1964 y en las demás leyes pertinentes, hipótesis en la cual no se explica cómo no se hubiera procedido "a cerrar la investigación y a convocar para auto calificatorio" y se estimaran suficientes para dar por reconstruído el sumario, las pruebas allegadas, con lo cual lo que se hizo "fue incurrir en un error de derecho por mala interpretación del Decreto 1897, quebrantando la forma procesal dentro de la cual hay que iniciar, instruír y clausurar el sumario".

c). Por haberse estimado en la sentencia impugnada como norma aplicable, el artículo 12 del citado decreto 1897, dándole a la copia del auto de proceder entregada a un jurado y devuelta por éste, el valor de plena prueba conforme a la presunción establecida en el artículo 10 ibídem.

Asevera el actor que como esa copia no fue entregada por persona que hubiese intervenido en el proceso, ya que los jurados no son partes en él, se quebrantó, al aceptarla como legalmente introducida a la "reconstrucción", el artículo 6º del mismo decreto 1897, y como no se estableció tampoco que el auto de proceder que en élla se vierte se hubiera notificado y ejecutoriado, se desatendió a lo dispuesto en los artículos 8, 9 y 14 ibídem.

Además, se teme mucho el demandante, que la nota secretarial mediante la cual se atesta que la referida copia es fiel trasunto de su original "fue puesta cuando en el mes de mayo el jurado hubo de entregarla al juzgado".

"La razón -agrega- es muy clara. La constancia tiene fecha 20 de octubre de 1966, la firma del Secretario y el sello del Juzgado. Y acontece que a folio 96 reposa copia del acta de sorteo de los jurados, dentro del cual salió sorteado el señor Bernardo Mejía Barrientos que fue quien devolvió la copia. Esta acta tiene precisamente fecha 20 de octubre de 1966. Es imposible aceptar que en esta misma fecha copia del acta bajo del Tribunal al Juzgado; que con esta misma fecha se hubiera producido el auto de que habla el artículo 25 del Decreto 1358 de 1964; que en esta misma fecha se le hubiera entregado copia del auto de proceder de segunda instancia a cada uno de los señores declarados jueces de conciencia, sin haberlo dejado ejecutoriar; y que en la misma fecha el Secretario haya dejado la certificación de autenticidad al pié de aquélla. No hay inconveniente en tachar de falsa dicha certificación, proponiendo una cuestión prejudicial penal dentro de otra penal en casación".

d). Porque habiendo sido aceptada la referida copia, el juez del conocimiento debió entender de acuerdo con lo prescrito en el artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, que ejecutoriado el auto de proceder principiaba el juicio que tenía que tramitarse conforme a las disposiciones pertinentes de dicho código, las cuales al igual de los artículos 6º, 9º, 10, 11, 19, 20, 21, 22, 23 y 26 del Decreto 1358 de 1964 dejaron de aplicarse.

"Cometió el Juzgado -añade inmediatamente el actor- un error de derecho al pretender darle valor de acta de sorteo a la que pidió al H. Tribunal Superior por medio del oficio que se encuentra a folio 95, y una vez recibida incorporarla al expediente, porque ese sorteo se hizo con anterioridad a la pérdida del proceso, y en ninguna parte del articulado del Decreto 1897 de 1948 se encuentra una disposición que indique con qué piezas o documentos preexistentes, o con qué pruebas, se puede contribuir a la tramitación del juicio, o se pueden traer o introducir legalmente. No. La colilla del artículo 12 del mismo decreto es clara y de un tenor enérgico: "se tramitará el juicio", cuyas formas todas fueron omitidas.

"Toda la actuación del Juzgado 1º Superior de Armenia -concluye el demandante-, desde el auto de 3 de mayo de 1967, de folio 2, hasta el oficio de folio 159 por medio del cual remite la causa "reconstruida"

al superior; y toda la actuación de la H. Sala Penal desde que recibe el proceso hasta que se despacha para esta H. Corte, fue un inconmensurable error de derecho, ya se considere que por falta de auto de proceder ha debido iniciarse la instrucción del sumario, ora porque aunque se acepte que lo hubo o que lo hay, no se cumplió con la tramitación del juicio. Error de derecho por errada interpretación de la ley de procedimiento penal, del Decreto 1897, de las disposiciones ya enunciadas del Decreto 1358 de 1964, a cuya causa se dejaron de aplicar debidamente algunas, otras lo fueron equivocadamente, y casi todas contra los derechos del procesado".

e). Porque en el supuesto de que hubiera sido legal el sorteo de los jurados, no se ordenó tenerlos como tales en cumplimiento del artículo 25 del Decreto 1358 de 1964, y porque no se sabe si al acto de la audiencia se presentaron los seis jurados, ya que sólo cuatro integraron la Sala, pues dos se excusaron y no fueron estudiadas sus excusas.

f). Porque ha debido darse cabal aplicación al artículo 154 del Código de Procedimiento Penal, ya que los elementos de prueba allegados en la "reconstrucción" no eran suficientes para establecer el cuerpo del delito de homicidio, habiendo incurrido el Tribunal "en error de hecho evidente al dar por existente una prueba no existente; o de derecho, al darles a unas fotocopias no certificadas, el valor de plena prueba".

g). Porque "La "reconstrucción" del proceso no podía hacerse solamente para juzgar de nuevo a la señora Annichiarico, sino para juzgar a ambos procesados. En este sentido hubo otro error. Se creyó que con la existencia de la copia de la primera audiencia pública y con las copias de los dos fallos, el del juzgado por medio del cual convocó a nuevo jurado, y el del H. Tribunal por medio del cual se revocó el de aquél, ordenó nueva audiencia para la procesada y dejó en firme el veredicto contra el procesado, ya con ésto, digo, quedaba perfeccionado el juicio tanto para aquélla como para éste" cuando en conformidad con el artículo 12 del Decreto 1897 de 1948 "al señor Ovelio Annichiarico ha debido llevarse nuevamente a audiencia pública, en el mismo acto junto con la señora Ana Joaquina de Annichiarico". Lo que corrobora lo dispuesto en el artículo 13 ibídem bajo cuyo amparo el actor afirma:

"Habiendo, pues, libertad de pruebas de acuerdo con el mencionado artículo, tiene que aceptarse que este nuevo juicio sea probatoriamente distinto del juicio desaparecido; que los recaudos probatorios hayan modificado la prueba que obra dentro de la copia del auto de proceder; y que por sindéresis procesal y jurídica y en cumplimiento de los principios de "favor in reo", es la nueva prueba y no la anterior la que debe ser tenida en cuenta para el debate público y para la sentencia".

Además, se tacha de falsa la "anotación por estado del auto de 13 de mayo de 1967" y se dice que con élla "se trata de subsanar una de las violaciones frecuentes que se cometieron dentro de la llamada "reconstrucción del proceso", contra el derecho de defensa".

2. A través de la causal 2ª se impugna la sentencia recurrida por haber el Tribunal declarado contrario a la evidencia de los hechos la respuesta que el primer jurado dió al cuestionario en que se le interrogaba sobre la responsabilidad de Ana Joaquina de Annichiarico.

Tal declaración -afirma el actor- "mal podía dejar en firme el veredicto pronunciado contra el señor Annichiarico".

"Y lo que se ha dicho -añade- de la providencia del H. Tribunal que contraevidenció el primer veredicto de la procesada, se repite ahora en cuanto a la sentencia impugnada, pues la H. Sala Penal del Tribunal de Armenia, al recoger el veredicto del señor Annichiarico, ha debido tener en cuenta que para servirse de él, tenía que relacionarlo, no con el último veredicto pronunciado contra la procesada, sino con aquel veredicto que se contraevidenció en contra de ésta, pero que no lo fue en contra de él, dejándolo en este sentido intacto

y término de relación entre la respuesta anterior y el veredicto en firme. Si el señor Annichiarico fue declarado como "coautor" de un homicidio cometido "sin intención de matar", y ésto ocurrió en la audiencia del 20 de septiembre de 1960, por qué va a resultar ahora "coautor" de un delito de homicidio con características de asesinato, declarado no contra él sino contra la autora principal, en audiencia pública de 8 de octubre de 1968?. Se puede ser coautor a los ocho años de un hecho distinto al por el cual se le juzgó con anterioridad; y cuando el hecho por el cual se juzgó al autor material en la primera audiencia fue distinto del hecho por el cual se le juzgó en la segunda?. Y fueron hechos distintos, no en cuanto a los propuestos a los jurados en los cuestionarios, sino en cuanto a los que tuvieron que reconocer éstos para poder pronunciar sus veredicciones.

"Al condenarse al procesado como "coautor" de un delito de homicidio con características de asesinato, se tuvo en cuenta para ello el veredicto pronunciado contra la señora por el segundo jurado, en donde sólo élla fue juzgada sin la presencia del procesado a quien se le denegó el derecho que tenía de venir a defenderse en este nuevo acto. Si con el veredicto pronunciado en esta audiencia fue que se relacionó el pronunciado contra el señor Annichiarico el 20 de septiembre de 1960, la sentencia impugnada no quedó en consonancia con aquel veredicto que, ha debido de interpretarse favorablemente en relación con el mismo veredicto que dentro de la misma audiencia se pronunció en contra de la procesada. No guarda consonancia una sentencia que condenó al procesado por asesinato, cuando su responsabilidad declarada el 20 de septiembre de 1969, fue sobre un homicidio cometido "sin intención de matar" por el autor principal. No es posible admitir dentro de una sana interpretación de las reglas de lógica judicial que amparan los derechos de defensa, que se pueda agravar la situación jurídica de un procesado en un acto del cual no hizo parte. A espaldas del "coautor" no se puede agravar la situación del autor principal, con el fin de agravar la situación de aquél y alterar un estado procesal que le favorezca. Esto riñe contra toda norma de ley y de equidad, y es una de las más graves ofensas al artículo 26 de la C. Nacional. Recordemos que nosotros como país demojurídico, nos comprometimos en las Naciones Unidas, aprobando la Declaración Universal de Derechos, que hacen parte de nuestra organización jurídica, a observar en el juzgamiento de los ciudadanos "un juicio regular".".

Sostiene también el actor que la sentencia en lo que atañe a la procesada debió proferirse, no conforme al último sino conforme al veredicto que se declaró contraevidente.

3. Con fundamento en la causal que contempla el inciso 1º del ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, se repiten los cargos formulados a la sentencia al amparo de la causal 4ª.

"Se pudiera decir -manifiesta el demandante- tras de senalar las disposiciones del derecho penal formal que en su concepto fueron intringidas-, que el Juzgado al proseguir esta actuación violó todas las normas de procedimiento y no siguió ninguna que hubiera violado por aplicación indebida. Dejó de aplicar todo el capítulo III del Código de Procedimiento Penal en sus capítulos y en el artículo pertinente, ya que no abrió el negocio a pruebas (el plenario); ni ordenó el avalúo de perjuicios; ni solicitó al Tribunal un nuevo sorteo de jurados, ya que el hecho antes de la pérdida del proceso no tenía valor alguno; ni profirió auto alguno teniendo como jurados a los que habían salido favorecidos con el sorteo, dejando de aplicar específicamente y de modo debido los artículos 6º, 9º, 10º, 11, 12, y los demás artículos comprendidos en el capítulo II del Decreto 1358 de 1964. En resumen, no se tramitó el juicio penal hasta el señalamiento de la fecha para la audiencia; y de aquí en adelante toda la actuación quedó viciada, aplicando las demás disposiciones de procedimiento en forma indebida o, que tal vez, mejor, no se hubieran debido de aplicar, tales como los artículos 35 del mismo decreto 1358 de 1964, el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal, pues se pronunció indebida-

mente sobre un juicio viciado de nulidad".

Y más adelante el actor se refiere así a la cuestión probatoria:

"Las fotocopias del laboratorio de toxicología que obran a folios 103 y 104 del expediente, no son pruebas plenas de que en las vísceras del cadáver del occiso remitidas para su examen, se hubiera encontrado arsénico. A la procesada se le juzgó sin tal prueba, y la sentencia pronunciada contra el procesado, al condenarlo, lo hizo sin la plena prueba del cuerpo del delito.

"A dichas fotocopias se les dió un valor probatorio que no tienen porque de acuerdo con el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal, para poder tenerlo hubieran debido ser expedidas por funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Dichas fotoscopias aparecen en el expediente sin saberse de qué funcionario llegaron, sin firma que las autentique, sin expresión de qué original fueron tomadas; y, en su calidad de fotoscopias ha debido agregarse la actuación del técnico que las tomó, por qué orden legal lo hizo y la constancia de ser fieles copias del original.

"Aquel artículo fue indebidamente aplicado por error de derecho, y la sentencia impugnada al acoger dichas fotocopias, cometió el mismo error. No es difícil deducir que a través de este error de derecho se hizo más patente la violación de la ley penal invocada, ya que sin la apreciación errada sobre el valor de dichas fotocopias no se habría condenado al procesado por el delito de homicidio. Esa prueba ilegalmente introducida al proceso y mal apreciada en su valor probatorio, incidió sobre uno de los elementos del cuerpo del delito, determinando la sanción".

Además. en otros apartes de las demandas. bajo la causal en referencia, se vuelve sobre lo tratado en la segunda.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal tacha de antitécnicas y confusas las demandas y pide que se declaren infundados todos los cargos formulados en éllas por no haber sido demostrados.

Consideraciones de la Corte

1. Los cargos que en las demandas se formulan a la sentencia impugnada con fundamento en la causal 4º, se aducen a base de proposiciones condicionales estimando alternativamente que si lo que se pretendió fue reconstruír el sumario, no se procedió conforme a lo previsto en las disposiciones pertinentes del Decreto 1897 de 1948 y del Código de Procedimiento Penal y si el juicio, no se le dió a éste la tramitación que los mismos ordenamientos prescriben al respecto, con la consiguiente violación de dichas normas por no haberse aplicado.

Expresa además el demandante refiriéndose ya no simplemente a la cuestión de las formas procesales sino a la relacionada con la demostración del cuerpo del delito, que se conculcaron disposiciones por error de derecho en la apreciación de determinadas pruebas, enmarcando así, dentro de la referida causal 4ª, una cuestión que sólo es debatible en el ámbito de la que contempla el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

Esta circunstancia, y el terreno que pisa el impugnante, en el que de una hipótesis pasa a otra, aceptando en ésta lo que en la otra rechaza, le resta claridad y precisión a sus demandas y fuerza de convicción a sus razonamientos.

La cuestión sub-judice se reduce a sus exactos términos si se precisa el momento en que se perdió el proceso original. Ocurrió ésto entre los días 27 y 30 de abril de 1967. Ya para entonces se había calificado el mérito de la investigación. Se había celebrado la primera audiencia. El Juzgado Superior de Armenia en providencia de 16 de enero de 1961 había estimado inexistentes, por contradictorios, los veredictos proferidos en élla y convocado a nuevo jurado. El Tribunal Superior de la misma ciudad al revisar por apelación esa providencia la había revocado con la suya de 21 de julio de 1966 y declarado contrario a

la evidencia de los hechos el veredicto relacionado con la acusada Ana Joaquina Van Strahlen y ordenado la convocatoria de un nuevo jurado para juzgarla en definitiva, y declarado también en firme el otro veredicto, el concerniente a Ovelio Annichiarico. Igualmente, por acta de 20 de octubre siguiente se habían sorteado los miembros integrantes de ese nuevo jurado.

Fue posteriormente entre los citados días del mes de abril de 1967 cuando desapareció el proceso.

En tal momento, de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal en auto de 21 de julio anterior, lo que restaba era señalar fecha y hora para la audiencia pendiente de la procesada, celebrar ésta y fallar la causa sobre el nuevo veredicto y el pronunciado antes en relación con Ovelio Annichiarico que había quedado en firme.

El 13 de mayo de 1967 se ordenó la reconstrucción del proceso.

Se trajo copia del auto de proceder, cuya autenticidad está certificada por el Secretario del Juzgado que la expidió. Esa certificación no está contradicha por ningún elemento probatorio. Contra las conjeturas del actor, todo confluye a demostrar que es fiel trasunto de su original.

Además, las constancias sobre la tramitación y adelantamiento de la causa hasta la altura a que llegó antes de que desapareciera el proceso, está indicando, sin lugar a duda alguna, que ese auto se notificó y ejecutorió.

Entonces dicha copia, como dice el artículo 10 del Decreto 1897 de 1948, "presume de derecho la existencia del sumario a que se refiere y la de las pruebas en las cuales se funde".

La reconstrucción ordenada en este caso, no podía ser, pues, según tal antecedente, del sumario, y como no se trataba de rehacer éste, no podían ser violadas las disposiciones que al respecto señala el actor, porque no fueron ni eran susceptibles de ser aplicadas.

Tampoco las que enumera como pretermitidas al tramitarse el juicio. La pérdida del expediente no destruye, como él lo pretende, la validez de la actuación cumplida en él. Conserva ésta a modo de ley del proceso su eficacia jurídica y se prosigue a partir del momento en que quedó pendiente.

Así se hizo en el caso de autos. Y si se omitieron determinados trámites del juicio fue porque éstos ya se habían satisfecho en el proceso original según así aparece de las constancias que pudieron ser allegadas al reconstruído. Otras que echa de menos el demandante corrieron la suerte del expediente desaparecido, por tratarse de anotaciones hechas sobre sus folios, de las que no quedan copias fuera del proceso.

No resulta, por consiguiente, que a los procesados se les hubiera juzgado con desconocimiento de la plenitud de las formas del juicio a que fueron sometidos o con desmedro de las garantías que tutelan el derecho de defensa.

Los cargos formulados al respecto en las demandas, ya lo habían sido en las instancias, en las que fueron desechados con razones que la Sala comparte y conviene reproducir:

"Cierto es que el proceso original se perdió, en la forma como lo anotamos atrás, pero es verdad también que su reconstrucción sí se ordenó y se hizo en forma legal. Claro está que sólo parcialmente se dió cumplimiento al artículo 154 del Código de P. Penal, pues al verificarse la pérdida del proceso se practicaron las diligencias necesarias para comprobar ese hecho y descubrir a los responsables del mismo, como también para averiguar el paradero del expediente. Por otra parte, se ordenó reponer el proceso, como puede verse a folios 2 y 3, aunque éllo no se hizo "desde un principio" y con relación a todas las pruebas como se dice en esa disposición, porque prácticamente imposible era después de más de doce años de ocurridos los hechos allegar al expediente la totalidad de las declaraciones y demás diligencias que fueron incluídas en el original desaparecido.

"Sin embargo, no se ha violado la ley ni se ha incumplido por no haberse hecho la reconstrucción del proceso conforme a lo mandado en el artículo 154 antes citado. Y la cuestión es muy clara: el artículo 5º del Decreto Extraordinario 0242 de 1951 en el que se dictaron normas para "hacer más rápida y eficaz la administración de justicia en lo penal" manda lo siguiente:

"En todo caso de destrucción o extravío de un proceso civil o penal, se aplicarán, para su reconstrucción, las disposiciones de los decretos ... y 1897 de 1948 ...".

"Este decreto (que fue sustituído por el Decreto 4137 de 16 de diciembre del citado año de 1948, cuyo texto es idéntico en cuanto a la materia de que nos ocupamos), dice en el artículo 2º:

"El funcionario a quien corresponda la reconstrucción de un sumario, dará cumplimiento al artículo 154 del Código de Procedimiento Penal, SOLAMENTE **cuando tal reconstrucción no pueda hacerse, conforme a lo dispuesto en este decreto**" (sub. el Juz.).

"De tal suerte que sólo cuando la reconstrucción no fuere posible hacerla de acuerdo con lo mandado en tal decreto, entonces se estará a lo dispuesto en el artículo 154. Es decir, que preferencialmente hay que dar aplicación al decreto, pero si no fuere posible, entonces vendrá a operar lo establecido en el premencionado artículo 154.

"Ahora, el artículo 6º del decreto en cuestión, dispone :

"Toda persona que hubiere intervenido en un proceso y obtenido copia autorizada de toda la actuación o parte de élla, **deberá hacer entrega de tal copia al funcionario a quien corresponda la reconstrucción del referido expediente**" (sub. el Juz.).

"Y el artículo 8º dice:

"Las copias formalmente expedidas y autorizadas por los secretarios, tomadas de los copiadores de que trata el artículo 162 del Código de Procedimiento Penal, HACEN PLENA PRUEBA RESPECTO A LAS PROVIDENCIAS CORRESPONDIENTES" (Sub. el Juz.).

"Y el artículo 10:

"**La copia del auto de proceder presume de derecho la existencia del sumario a que se refiere y la de las pruebas en las cuales se funde**". (Sub. Juz.).

"Y el artículo 12:

"Con la copia del auto de proceder ejecutoriado, se tramitará el juicio".

"Y, finalmente, el artículo 19 del premencionado decreto dispone que "las copias de las providencias o extractos de las mismas a que se refiere el artículo 687 del Código de Procedimiento Penal, hacen plena prueba respecto a su contenido".

"Hacemos la observación de que el Decreto 1897, como el 4134 de 1948, fueron dictados con miras a facilitar la reconstrucción de procesos desaparecidos a raíz de los graves acontecimientos ocurridos en el país el 9 de abril del mismo año. En el artículo 23 se dice que "rige desde su fecha y suspende o modifica **transitoriamente** todas las disposiciones legales o reglamentarias que le sean contrarias". Más tarde, sin embargo, se dió vigencia permanente a las normas en referencia, por mandato del artículo 5º del Decreto Extraordinario 0242 de 1951 (transcrito antes) y sin duda porque el legislador se dió cuenta de que mediante tal sistema la reconstrucción de los procesos se hacía más fácil, más práctica, se agilizaba, evitándose así el dispendioso procedimiento del artículo 154 del estatuto procesal que ordenaba "reponer el proceso desde un principio", lo cual se traducía en un verdadero perjuicio para la justicia, ya que por lo general ocurrían demoras para la práctica de las pruebas; muchos testigos de importancia se habían ausentado o habían muerto; había serias dificultades para verificar reconocimientos judiciales y periciales; en fin, que físicamente era imposible hacer una verdadera reconstrucción, lo que en la mayoría de los

casos, especialmente cuando había corrido mucho tiempo de ocurridos los hechos, traía como necesario resultado la impunidad de individuos que en el proceso desaparecido aparecían claramente responsables de determinado hecho ilícito.

"No era pues necesario en este caso dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 154 del Código de Procedimiento Penal, como lo cree el señor defensor. Lo que hizo el Juzgado en el presente caso fue atenerse para la reconstrucción del proceso a las disposiciones de los decretos en referencia. Al expediente se allegaron copias auténticas de diferentes providencias dictadas por distintas autoridades judiciales, que contienen el examen a fondo de los hechos delictuosos y de la responsabilidad de los acusados, cuando es lo cierto que hubiera bastado con la copia del auto de proceder para que fuera viable la tramitación del juicio hasta el juzgamiento, ya que esa copia "presume de derecho la existencia del sumario a que se refiere, y la de las pruebas en las cuales se funde" (arts. 10 y 12 D. 1897 de 1948)".

El Tribunal prohijó tales razones y al referirse a otros aspectos de la acusación, expresa:

"A pesar de que el ilustre defensor del acusado Ovelio Annichiarico alegó extemporáneamente, la Sala se referirá a sus diversas peticiones, que convergen a conseguir la nulidad de lo actuado, porque el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal previene que en cualquier estado del proceso, si se observa a la concurrencia de motivos constitutivos de invalidez, así lo declarará el juez.

"Aduce como primer motivo de nulidad el señor defensor, el haberse celebrado la audiencia sin transcurrir el término de cinco días que, como mínimo exige el artículo 5º del Decreto 1231 de 1951, entre la fecha del señalamiento y aquella en que tal acto se va a realizar.

"Se responde:

"Por medio de providencia fechada el 30 de septiembre del año transcurrido, el señor juez del conocimiento señaló fecha para la audiencia. "Para que tenga lugar dicho acto, se señala el día martes 8 del próximo mes de octubre".

"Todas las partes, legalmente reconocidas, fueron notificadas el mismo día en que se hizo el señalamiento y por estado se repitió la notificación el 3 de octubre, o sea que el lunes 7 de octubre sufrió ejecutoria dicho auto y , en consecuencia, no existe ningún fundamento para afirmar que la audiencia se realizó contraviniendo el artículo 195 del Código de Procedimiento Penal, que dispone que en el juicio ninguna providencia se cumplirá mientras no esté ejecutoriada.

"En cuanto a que el término mínimo de cinco días no transcurrió, es un juicio equivocado, porque la ley no dispone que dicho lapso se cuente a partir de la ejecutoria del auto, sino que el señalamiento no puede hacerse con antelación a cinco días ni después de quince ni dentro de dichos términos se fijó y realizó la audiencia pública".

Una audiencia cuya celebración se aplazó por dicho auto y que por dos ocasiones anteriores se ordenó celebrar.

Son, pues, inanes los cargos formulados a través de la causal 4ª.

2. Lo es también el que se esgrime con fundamento en la 2ª. Basta reparar en los veredictos proferidos en este caso y confrontarlos con la sentencia acusada para percibir de inmediato la perfecta consonancia entre aquéllos y ésta.

Es absurdo pretender que dicho fallo pudiera pronunciarse, en relación con Ovelio Annichiarico, desconociendo, por una parte, el veredicto que lo declaró responsable como coautor de un homicidio de propósito, agravado por la circunstancia de haberse cometido mediante envenenamiento, y por otra, subordinando, mediante un nexo imposible, su condena al veredicto de Ana Joaquina Van Strahlen, que se declaró contrario a la evidencia de los hechos, o lo que es lo mismo, sin valor procesal alguno.

El Tribunal, en cambio, teniendo en cuenta que el fenómeno de la responsabilidad penal es estrictamente personal y de inconfundible naturaleza individual, se ciñó al veredicto en firme de Annichiarico y al definitivo de la acusada, acoplando a sus claros términos la sentencia impugnada.

Es evidentemente manifiesta la total inconsistencia de este cargo.

3. Igual cosa ocurre con el último. El demandante al formularlo cita expresamente e inciso 1º del ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, lo que quiere decir que impugna la sentencia como violatoria de la ley sustancial, o sea de los artículos 362 y 363 del Código Penal, a los que alude tangencialmente sin señalar de manera clara y precisa el concepto de su violación: si por infracción directa, si por aplicación indebida o por interpretación errónea.

Sin embargo, al tratar de sustentar el cargo, que inmplica la aceptación de los fundamentos fácticos de la sentencia, el actor se refiere a la cuestión probatoria y expresa que hubo errores de hecho y de derecho en la apreciación de algunos elementos de juicio, desplazando la acusación de la causal invocada en la modalidad prevista en su primer apartado, a la que contempla la misma causal en su segundo inciso, que no es dable aducir en los juicios en que interviene el jurado porque en éllos es a éste a quien corresponde, en conciencia, la definitiva valoración de las pruebas y porque un veredicto que repugne a la realidad procesal, sólo es susceptible de ser declarado contraevidente por los jueces de instancia.

Además, el demandante al aducir este motivo de impugnación repite para sustentarlo todo cuanto dijo sobre violaciones del derecho penal formal al proponer su primer cargo.

De allí que el Procurador al referirse a esta tercera tacha pida que se rechace por no haber el actor señalado el concepto de violación de la causal que invoca, por haber presentado esta causal contradictoriamente como infracción directa y al mismo tiempo indirecta de la ley sustancial, porque esta última forma de desconocimiento del derecho penal material no opera en los juicios en que interviene el jurado sino excepcionalmente "por error de derecho al negársele a la prueba que incide en la imposición de la pena, el valor o respetabilidad legal", porque alegando una violación de la ley sustancial "se analizan o exponen presuntos quebrantamientos a normas procedimentales, y el subfondo de la argumentación se quiere fortalecer con repetición de cargos hechos bajo otra causal".

No habiendo sido, pues, aducida en debida forma la causal propuesta, es inválido el cargo que se pretendió esgrimir bajo su amparo.

D e c i s i ó n :

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 Procurador, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia a que se refiere este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de Origen.

Efrén Osejo Peña, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL

Se reitera la doctrina de la Corte, sobre su elaboración doctrinaria. No se cercena el derecho de defensa al procesado, por ordenar el Presidente del Consejo de Guerra Verbal, que se reciba indagatoria, durante la celebración de éste, a otro sindicado, por ser facultad discresional de dicho funcionario el ordenarla.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, enero diez y seis de mil novecientos setenta.

Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano.

Aprobado: Acta Nº 1 de 16 de enero de 1970.

V i s t o s :

Procede la Corte, una vez surtido el trámite legal de rigor, a decidir el recurso de casación interpuesto por el procesado TOMAS GORDON ARRIETA contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar el 15 de julio de 1968, mediante la cual condenó al precitado Gordon Arrieta, conjuntamente con Alvaro de Jesús Criollo y Fidel Castaño, como responsables de los delitos de homicidios agravados en las personas de Alfonso Osuna, Alfonso Osorio y Mario Castrillón, a la pena principal de 18 años de presidio y a las pertinentes sanciones accesorias.

El apoderado especial del recurrente presentó la correspondiente demanda de casación. la que se declaró formalmente ajustada a los requerimientos legales.

Hechos y Actuación Procesal

El Capitán Carlos E. Rincón Rojas, Jefe del 5-2 de la Sexta Brigada. comisionó al Sargento Tomás Gordon Arrieta y al Cabo Segundo Jorge Cifuentes Rojas, pertenecientes al Batallón de Infantería 'Teniente Joves', con sede en Ibagué, para capturar a un prófugo de la Penitenciaría de dicha ciudad apodado 'La Sapa', señalándoles como centros de actividades el barrio del Magisterio y la Plaza de Ferias de la mencionada localidad. También se les ordenó la vigilancia de una casa sita en el Barrio de Belén, en donde podían celebrarse reuniones de gentes que atentaban contra el orden público.

Después de entrar en comunicación con Jaime González Rojas, soplón y expresidiario ,a quien buscaron como informador en la primera misión que debían cumplir, los prenombrados sub-oficiales Gordon y Cifuentes, en compañía del Dragoneante Alvaro Criollo y del soldado Fidel Castaño Ramírez que formaban parte del mismo batallón, todos vestidos de civiles, armados los primeros de revólveres y los otros dos de pistolas ametralladoras Madsen, se reunieron a la postre en las inmediaciones de la cantina de propiedad de la compañera o amante de 'La Sapa', lugar hasta donde habían sido transportados Criollo y Castaño Ramírez en un camión militar conducido por el soldado Marco Antonio Espinel Puerto. Cerca de las seis y media de la tarde de tal día (19 de marzo de 1957), también llegaron al indicado establecimiento Alfonso Osorio, Mario Castrillón, Alfonso Osuna y su mujer en un automóvil de servicio público, sujetos éstos al parecer compinches del soplón González Rojas y con quienes estuvo conversando en esta ocasión. Posteriormente, aquellos individuos salieron de la cantina en el automotor, pero fueron seguidos y alcanzados por

el camión militar que llevaba a los suboficiales y soldados antes nombrados a la altura de la avenida quinta con calle segunda de Ibagué, donde, una vez requisados Osuna, Osorio y Castrillón, se les obligó a subir a la plataforma del vehículo del Ejército. La parte delantera del mismo la ocuparon el conductor Espinel Puerto y los sub-oficiales Gordon y Cifuentes; en la tra sera quedaron los capturados bajo la vigilancia del Dragoneante Criollo y el soldado Castaño Ramírez. El Sargento Gordon ordenó que prosiguieran por la carretera que conduce a Gualanday, quizá con el propósito de capturar en esa localidad a 'La Sapa'. Pasado el retén de Policía, a la salida de Ibagué, se oyeron unos disparos de pistola-ametralladora en la plataforma del vehículo; los sub-oficiales descendieron de éste e interrogaron a Criollo y a Castaño Ramírez sobre lo sucedido, y éstos respondieron que habían disparado contra los tres detenidos porque intentaron fugarse, procediendo de acuerdo con la orden que a este respecto habían recibido del Sargento Gordon y el Cabo Cifuentes. Conforme a la versión de los integrantes de la patrulla, dos cadáveres quedaron dentro de la plataforma del camión y el otro sobre el pavimento de la carretera. Los comandantes de la patrulla ordenaron subir al automotor el último y luego todos se encaminaron por la vía que conduce a Rovira y, al llegar a un puente, dejaron los cadáveres en sitio más o menos oculto y bajo la custodia de dos soldados. "Seguidamente la patrulla regresó a la Brigada y los Suboficiales informaron al Capitán Rincón Rojas que 'habían dado de baja' a tres individuos antisociales por intento de fuga, y que los cadáveres los habían dejado a un lado de la carretera. El Capitán Rincón les pidió explicaciones y le ordenó a Gordon que regresara con la patrulla y ocultara más los cadáveres donde no quedaran a la vista del público. Ni Gordon ni Cifuentes quisieron ir a cumplir esa orden, sino que despacharon al Dragoneante Criollo con varios soldados a esa misión. Al día siguiente el Comandante de la Brigada Coronel Prada Fonseca y el Coronel Pedroza tuvieron conocimiento de lo ocurrido, reprendieron severamente a los componentes de la patrulla por la comisión de ese hecho que presumían criminal, que no tenía explicación, y ordenaron que los cadáveres fueran llevados al anfiteatro y se abriera la correspondiente investigación. Así se hizo".

Adelantada la correspondiente investigación por los referidos hechos y corrido el traslado de rigor legal al Auditor de Guerra, el Comandante de la Sexta Brigada convocó por Resolución número 265 de 11 de julio de 1958 el Consejo de Guerra Verbal para el juzgamiento del Capitán Carlos E. Rincón Rojas, por el delito de encubrimiento, del Sargento Tomás Gordon Arrieta, del Cabo Jorge Cifuentes Rojas y de los soldados Alvaro de J. Criollo y Fidel Castaño Ramírez, por el delito de homicidio. Reunido aquel Consejo y sometidos a la consideración de los vocales los pertinentes cuestionarios, éstos fueron contestados en forma negativa respecto a la responsabilidad de los encausados por la comisión de tales ilícitos, por lo cual la Presidencia del Consejo, al estimar el veredicto ajustado a la verdad procesal, los absolvió.

Apelada la sentencia por el Fiscal del Consejo de Guerra, el Tribunal Superior Militar en providencia de 6 de diciembre de 1960 decretó la nulidad de lo actuado, a partir de la formulación de los cuestionarios, por no haberse elaborado éstos de conformidad con lo dispuesto por el artículo 423 del Código de Justicia Penal Militar y, por ende, haberse quebrantado el artículo 26 de la Constitución Nacional.

El segundo Consejo de Guerra Verbal fue convocado por el Comandante General del Ejército, mediante Resolución número 09 de 20 de marzo de 1962. La sentencia que se dictó con fundamento en el respectivo veredicto, datada el 6 de abril de 1962, fue apelada y, al desatar el recurso, el Tribunal Superior Militar decretó "la nulidad de lo actuado en el presente proceso desde la Resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal". Como aparece de providencia de 30 de noviembre de 1963, con

apoyo en que no encontrándose el país en época de turbación del orden público, "que es la que hace recurrir al procedimiento especial o drástico y de emergencia de los Consejos de Guerra Verbales, las formas propias del juicio con que debía juzgarse a los procesados dentro de este negocio jurídico, eran las del simple Consejo de Guerra, contemplado en el Capítulo I del Título VI del Libro Cuarto del Código de Justicia Penal Militar, y al no haberse aplicado este procedimiento se ha incurrido en una nulidad sustancial, absoluta".

Finalmente, el Comandante General de las Fuerzas Militares por Resolución número 006 de 10 de febrero de 1964 designó como Juez de Primera Instancia para conocer del negocio al Comandante del Ejército y, éste, después de cerrar la investigación y ordenar el correspondiente traslado al Fiscal, llamó a responder en juicio criminal, "por el trámite de los Consejos de Guerra Ordinarios", al Sargento Tomás Gordon, "como autor intelectual de los homicidios consumados en los particulares Alfonso Osorio y Mario Castrillón"; a los soldados Alvaro de Jesús Criollo y Fidel Castaño Ramírez, como autores materiales de los mismos hechos. En el mismo auto se dispuso la cesación de todo procedimiento en favor del Capitán Carlos E. Rincón, del Cabo Primero Jorge Cifuentes Rojas y del soldado Marco Antonio Espinel Puerto. En la parte motiva de dicha providencia se expresó que "el hecho punible encuadra en lo preceptuado en el artículo 195 -numeral 5º- del Código de Justicia Penal Militar".

Convocado y reunido el Consejo de Guerra Ordinario en la hora y fecha señaladas, se sometieron a los vocales los pertinentes cuestionarios. Los relativos al recurrente, en número de tres, rezan así, refiriéndose cada cual a cada una de las víctimas del delito:

"El acusado presente Tomás Gilberto Gordon Arrieta, Sargento 1º del Ejército, de las anotaciones personales conocidas en autos, es RESPONSABLE, SI o NO, de haber determinado a los soldados Fidel Castaño Ramírez y Alvaro de Jesús Criollo, para que dispararan sus armas de fuego contra (Alfonso Osuna, Alfonso Osorio y Mario Castrillón), con intención de matarlos, causándoles la muerte momentos después, hallándose las víctimas en estado de indefensión, hecho cometido con ocasión del servicio, en la noche del 19 de marzo de mil novecientos cincuenta y siete (1957), en el Municipio de Ibagué, Departamento del Tolima?".

Las respuestas recaídas sobre estas cuestiones, lo mismo que las sometidas al Consejo respecto de los otros acusados, fueron las siguientes: Sí es responsable, respuestas acordadas por mayoría de votos.

El Juez de primera instancia encontró que el veredicto se ajustaba a la realidad procesal y, en consecuencia, condenó, con fundamento en el mismo, a los prenombrados Gordon Arrieta, Criollo y Castaño Ramírez, por el delito de triple homicidio agravado, a la pena principal de quince años de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes.

Dicho fallo, calendado el 5 de enero de 1968, al subir en apelación al Tribunal Superior Militar, lo reformó éste en el suyo de 15 de julio del citado año, en el sentido de imponerles a los encausados la pena principal de 18 años de presidio.

Demanda de Casación

El mandatario especial de Tomás Gordon Arrieta, después de relatar con amplitud los hechos y de referirse en forma detallada a la actuación procesal, impugna el fallo de segunda instancia con fundamento en la causal de casación prevista en el numeral 4º del artículo 56 del Decreto Legislativo número 528 de 1964, o sea, por haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad, por quebranto del artículo 26 de la Constitución Nacional. Al amparo de dicho motivo formula el actor cuatro cargos que serán objeto de inmediata reseña y estudio.

LA ACUSACION

Causal Cuarta

Primer cargo. - "Violación del derecho de defensa de los procesados que resultaron condenados, mediante el quebrantamiento de los artículos 449 y 574 del C. de J. P. M. que establecen la reserva de las pruebas durante el sumario o investigación, como garantía de la recta administración de justicia, equitativa, imparcial e igualitaria, consistente en someter a la primera indagatoria al Capitán Carlos E. Rincón Rojas, después de haberle dado a conocer todas las pruebas y diligencias del proceso que militaban en su contra, en la audiencia del primer Consejo de Guerra Verbal celebrado el 11 de julio de 1958, hecho que viola las dos precitadas normas del Código de Justicia Penal Militar, los más elementales principios de lealtad procesal e investigativa, además de que conculcó el derecho de defensa del Sargento Tomás Gilberto Gordon Arrieta, puesto que, al facilitarle al Capitán Rincón Rojas la gabela de violar el sumario, lo mismo que a su apoderado, se le facilitó también la oportunidad, que aprovecharon, de presentar una versión acomodaticia de los hechos, en perjuicio de mi defendido y del resto de los acusados, no conformes a la realidad de los mismos, sino de acuerdo a los particulares intereses de sù defensa y de la necesidad de lograr su ascenso a Mayor, que con la precitada orden de cesación de procedimiento contra él ,obtuvo inmediatamente".

Agrega que la anotada irregularidad está acreditada en el expediente con el acta del Consejo de Guerra Verbal en referencia, en cuyo encabezamiento se expresa, en síntesis, que una vez instalado y declarado abierto el Consejo, se hizo comparecer a los reos que se hallaban presentes, se dió lectura al proceso y luégo "como el señor Capitán (Carlos E. Rincón Rojas) no ha rendido indagatoria, la Presidencia ordena que se lleve a cabo esta diligencia, la cual se inicia...".

Solicita el actor, finalmente, que por haberse infringido los artículos 26 de la Constitución y 449, 493, 474 y 509 del Código de Justicia Penal Militar, la Corte, "en su Sala Penal, se sirva casar la sentencia, declarando la nulidad de lo actuado a partir del acto contenido en el Acta del Consejo de Guerra Verbal celebrado el 11 de julio de 1958, que dispuso leer en presencia del sindicado Capitán Carlos E. Rincón Rojas todas las diligencias del proceso para luégo ordenar a continuación que se le recibiera indagatoria después de haberlo enterado de su contenido, y a la vez disponga que se devuelva el proceso al Tribunal de origen que lo es el Tribunal Superior Militar para que se proceda con arreglo a lo que la misma Corporación disponga, en armonía con el art. 58 numeral 3º del Decreto Nº 528 de 1964".

Se Contesta:

Con reiteración ha expresado la Corte que no es cualquiera irregularidad la que determina una nulidad de tipo constitucional, por cuanto para su existencia es menester que aquella sea de tal naturaleza y entidad que entrañe un vicio sustancial, por manera que la omisión del acto o diligencia en cuestión afecte las bases mismas del juzgamiento o desconozca los intereses de la justicia o de las partes. "Solo cuando el error o vicio es fundamental por atacar la esencia misma del juicio o por disminuír las garantías del procesado o de parte legítima, se puede afirmar que se está en presencia de una nulidad constitucional". (G. J. T. XLIV, Pág. 274).

El reproche fundamental contra el fallo en cuestión se hace consistir en que se dictó en un juicio viciado de nulidad, por cuanto al procesado se le cercenó el derecho de defensa en el proceso por la circunstancia ya anotada, quebrantándose así el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Esta Corporación ha aceptado por elaboración doctrinal, más no por aplicación de la ley positiva, que se viola el derecho de defensa y, por ende, se quebranta la aludida normación constitucional, cuando en el juicio el procesado carece en absoluto de los medios técnicos adecuados para rebatir los cargos que se le formulan concretamente en el auto de proceder o cuando se

le priva de las oportunidades y garantías consagradas para que los ciudadanos comparezcan ante la justicia, aunque aquellas irregularidades no se hallen establecidas como causas legales de nulidad.

Ahora bien: en el caso sub-examine ni siquiera aparece la irregularidad que anota con precipitud el recurrente, porque los artículos 574 y 575 del Código de Justicia Penal Militar, al reglamentar en parte la celebración del Consejo de Guerra Verbal, contemplan dos hipótesis en las precitadas normas, a saber: la primera se refiere a que se debe dar lectura al proceso, "en presencia de los reos que hayan rendido indagatoria y de sus apoderados, si existe investigación previa; y la otra atinente a que "se tomará indagatoria al sindicado que no la haya rendido, en el momento en que el Presidente lo estime conveniente". Dentro de la facultad discrecional que este último precepto otorga al Presidente del Consejo, éste dispuso la diligencia en cuestión respecto del sindicado Capitán Carlos E. Rincón Rojas, por no haber rendido antes indagatoria, con lo cual en forma alguna quebrantó lo establecido en dichos ordenamientos, resultando, por lo tanto, absolutamente inane el cargo formulado.

Solo cabe agregar que durante la celebración del referido Consejo, consumada el 11 de julio de 1958 y en la que los cuestionarios sometidos a la consideración de los vocales fueron contestados negativamente en relación con la responsabilidad de los encausados, se llevaron a cabo todas las diligencias y pruebas que se estimaron pertinentes y practicables en el acto de la audiencia, en cuya virtud resulta inaceptable alegar que hubo una violación del derecho de defensa.

Segundo cargo. - "Violación del art. 26 de la C. N. mediante el quebrantamiento del art. 441, numeral 1º, del Código de Justicia Penal Militar, consistente en haber sido condenado mi defendido Gordon Arrieta, mediante sentencia proferida por un Consejo de Guerra Ordinario, convocado y celebrado en época de turbación del orden público, cuando dicho Consejo no tenía competencia o jurisdicción para tal pronunciamiento y actuación.

"El último Consejo de Guerra que juzgó a mi defendido, fue convocado, con carácter de Ordinario por el Comandante del Ejército, el día 14 de julio de 1967, (f. 16 del 2º Cuad.) y celebrado el día 16 de noviembre del mismo año según consta al folio 70 y siguientes del mismo cuaderno.

"Tanto para la fecha de convocatoria del mencionado Consejo de Guerra Ordinario, como para la fecha de su celebración y la de su sentencia condenatoria, el país se encontraba en circunstancias de turbación del orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, por virtud del Decreto Extraordinario Nº 1288 de 21 de mayo de 1965, que hizo la declaratoria de esa situación, que se prolongó hasta el 16 de diciembre de 1968, cuando el Gobierno Nacional resolvió restablecer el orden público y levantar el estado de sitio, -por Decreto número 3070 de esta misma fecha.

".....

"Lo anterior indica que el Comandante General del Ejército, no tenía jurisdicción ni competencia para convocar el día 14 de julio de 1967 -como lo hizo- el Consejo de Guerra Ordinario, para juzgar a mi defendido Tomás Gordon Arrieta y a los soldados Criollo y Castaño Ramírez 'por el delito de homicidio Militar', porque estando en esa época turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, la competencia para investigar y fallar todos los delitos del conocimiento de la justicia Penal Militar, únicamente la tenían los CONSEJOS DE GUERRA VERBALES y no los ordinarios".

Más adelante agrega el actor "que el Consejo de Guerra Verbal ha sido y seguirá siendo en esta causa más favorable, más imparcial, más garantizante de una recta y desprevenida administración de justicia", como lo demuestra el hecho de que el primero de dichos Consejos absolvió a Gordon y el segundo solo lo condenó a la pena de dos años de presidio, y, además, porque como en el Consejo de Guerra Ordinario el Presidente del mismo es el que falla en derecho, nunca podrá mi defendido desembarazarse de la influencia del mismo Juez que lo llamó a juicio".

El recurrente pide, por lo tanto, a la Corte que anule lo actuado a partir "del auto de convocatoria del tercer Consejo de Guerra Ordinario".

Se Contesta:

Está acreditado que el homicidio agravado por el cual se juzgó y condenó a Gordon Arrieta fue consumado el 19 de marzo de 1957. También aparece de autos que después de haberse celebrado dos Consejos de Guerra Verbales y decretado la nulidad de lo actuado por razones ya reseñadas en otro paso de esta providencia, se designó el 10 de febrero de 1964 como Juez de Primera Instancia al Comandante del Ejército, quien, después de cerrar la investigación, de dictar auto de proceder y de impulsar la actuación por los trámites legales pertinentes (artículos 544 y s. s. del Código de Justicia Penal Militar), convocó al Consejo de Guerra Ordinario el 14 de julio de 1967, efectuándose luego la celebración de la audiencia pública y el pronunciamiento de la sentencia de primer grado, que fue dictada al 5 de enero de 1968.

Con fundamento en estos últimos hechos o comprobaciones procesales, o sea, que la convocatoria del Consejo de Guerra Ordinario, la audiencia y el consiguiente fallo tuvieron ocurrencia bajo el imperio del Decreto Legislativo número 1288 de 1965 que declaró turbado el orden público y en estado de sitio toda la República, situación de legalidad marcial que solo terminó al expedirse el Decreto 3070 de 16 de diciembre de 1968, el actor expresa que el proceso está viciado de nulidad supralegal por quebranto de la garantía constitucional establecida en el artículo 26 de la Ley Fundamental, por cuanto se restringió el derecho de defensa del acusado al someter el proceso, durante esa etapa de la actuación, al procedimiento de los Consejos de Guerra Ordinarios y, además, porque se incurrió en nulidad por incompetencia de jurisdicción, ya que el conocimiento del ilícito en cuestión "únicamente lo tenían los Consejos de Guerra Verbales" en la anotada época.

En cuanto al primer reparo cabe anotar que la nulidad constitucional, referida a la garantía del derecho de defensa, se presenta cuando al acusado, de manera arbitraria y contra postulados legalmente reconocidos, se le priva en absoluto de los medios adecuados de defensa y de las facultades propias para el ejercicio de ese derecho en el juicio. Y así, por ejemplo, se quebranta la garantía constitucional consagrada en el artículo 26 de la Carta en sentir de esta Corporación, en cuanto se aplica para el juzgamiento del incriminado un procedimiento notoriamente más desfavorable en relacion con la defensa de aquel y con respecto a las formas del juicio cuando se consumó el hecho, porque una irregularidad de tal naturaleza respecto de los medios y recurso de la defensa contrariaría el precepto de la Carta en cita y los artículos 3º y 5º del C. P. y del C. de P. P. Mas en el caso de autos no se contempla la hipótesis antes enunciada, por cuanto el reo y su apoderado no tuvieron restricción para debatir con toda amplitud los hechos y la responsabilidad de aquél en una causa que se desenvolvía por los cauces de un procedimiento ordinario que, por su misma naturaleza, da mayores recursos y oportunidades para la tutela del derecho de defensa, toda vez que el procedimiento del Consejo de Guerra Ordinario implica calificación previa de los hechos mediante auto de proceder y elaboración de los cuestionarios de conformidad con dicho proveído y, además, en la secuela del juicio se ofrecen más amplias garantías procesales al acusado.

En cuanto al otro motivo de impugnación del fallo importa asimismo destacar que la competencia funcional para el conocimiento del negocio está radicada en la justicia castrense y que ésta, al tiempo del juzgamiento del hecho ilícito, dictó el auto de vocación a juicio por no encontrarse la República dentro del régimen de legalidad marcial y que la convocatoria del Consejo de Guerra Ordinario se produjo como secuela del procedimiento ya adoptado por la justicia militar para ese caso, por lo cual no puede existir la nulidad por incompetencia de jurisdicción. Además, resulta pertinente poner de resalto que durante el estado de sitio el fenómeno de la sucesión de leyes que entoces se presenta, determina,

que al levantarse aquél los Decretos Extraordinarios que el Gobierno hubiere dictado en él y que hubieren suspendido determinadas leyes, éstas recobren su imperio y retorne el Estado a una plena normalidad jurídica, en cuya virtud carecería de virtualidad la anulación de un proceso para que de nuevo se le someta al mismo procedimiento que ya recibiera, como se pretende por el actor. Por lo tanto, se desecha el cargo.

Tercer cargo. - "Igualmente acuso la sentencia por estar viciada de nulidad supralegal, por cuanto en el Consejo de Guerra Ordinario, que juzgó y condenó a mi defendido Gordon Arrieta, actuó como Agente del Ministerio Público el Sub-Teniente abogado Jorge Alayón Pardo, con violación del artículo 2º y el 383 del Código Penal Militar, que prohibe al Ministerio Público estar representado por Oficiales de inferior graduación o antiguedad que el sindicado, y habida cuenta de que en este proceso fue indagado y aún figura como sindicado el Capitán -hoy Mayor- Carlos E. Rincón Rojas, cuya situación todavía está sub-judice, porque el auto que ordenó la cesación de procedimiento contra él, no ha sido sometido a la consulta del Tribunal Superior Militar, como lo disponen en forma terminante el art. 417 y 596 del C. J. P. M.

"Sustento este cargo en la siguiente forma: En este proceso aparece como sindicado también el Capitán -hoy Mayor del Ejército- Carlos E. Rincón Rojas, cuya situación aún está sub-judice, porque el auto calificatorio que ordenó la cesación de procedimiento contra él aún no está ejecutoriado o por lo menos no hay constancia -y por el contrario hay evidencia- de que la consulta de esa providencia no se ha surtido ante el Tribunal como lo demuestra el auto del folio 12 del 2º cuaderno en que el Tribunal ordena devolver el negocio al Comando del Ejército para que proceda a tramitar la consulta con el original del mismo, lo que hasta la fecha no se ha hecho. Por lo mismo el Capitán Rincón es un sindicado en este negocio.

"No obstante ese hecho de estar sindicado un Capitán del Ejército en este proceso, el Comando del Ejército, por auto de 30 de agosto de 1967 (f. 21 del Cuad. 2º) dispuso que en el Consejo de Guerra Ordinario que juzgó y condenó a mi defendido actuara '... como Agente del Ministerio Público el Teniente-Abogado Jorge Alayón Pardo'.".

Se Contesta:

Con fundamento en la pretendida omisión procedimental que anota el actor no procede admitir una nulidad supralegal, por las siguientes razones:

Porque la acción penal adelantada contra el recurrente Tomás Gordon Arrieta, según se desprende de apuntaciones anteriores relativas al desenvolvimiento final de la actuación, no acusa quebranto de las bases esenciales del procedimiento, ya que su juzgamiento se hizo con observancia de las formas propias del juicio y, además, sin menoscabo de las garantías del acusado en cuanto a su derecho de defensa.

Porque, aún en el supuesto propugnado por el demandante atinente a que la providencia sobre cesación de procedimiento en favor del Capitán Carlos E. Rincón debe recibir el grado de consulta, tal irregularidad, caso de subsistir, no elevada siquiera a la categoría de nulidad procedimental en eventos como el que aquí se contempla, con mayores veras carece de entidad suficiente para generar una de carácter constitucional, cual es la alegada por el recurrente, fuera de que la decisión en referencia, o sea, la que resolvió la situación jurídica de Rincón no es materia sujeta al actual recurso de casación. Por lo tanto, se rechaza el cargo.

Cuarto cargo. - "El auto de proceder de fecha 25 de agosto de 1964, también está viciado de nulidad, es violatorio del art. 26 de la C. N., en cuanto quebranta el derecho de defensa de mi poderdante, Sargento Gordon Arrieta, y las formalidades propias de cada juicio, por haberse dictado tal auto encausatorio, sin el lleno de las formalidades legales que, para su pronunciamiento, contemplan los artículos 539 y 540 del C. de J. P. M.".

Para sustentar el cargo, el actor discurre de esta guisa:

"En la parte motiva del auto de proceder se dice que el Sargento Gordon Arrieta es responsable del delito de homicidio en las tres víctimas citadas, 'como autor intelectual por la orden impartida y por autoridad o mando sobre los soldados...' (f. 562). Es decir, se afirma que el Sargento Gordon fue quien determinó a los soldados a cometer ese crimen.

"Pero lo ambiguo del cargo, la anfibología de la acusación, aparece a renglón seguido cuando se hace o se llega a la conclusión categórica por el Comando General del Ejército, de que:

'...observando los dictámenes periciales de necropsia ya transcritos y los gráficos visibles a los folios 262 a 264, representativos de las lesiones recibidas por Alfonso Osorio, Alfonso Osuna y Mario Castrillón, encontramos que LA MAYORIA DE LOS PROYECTILES ENTRARON POR LA PARTE ANTERIOR DEL CUERPO O SEA DE FRENTE. — ¿Qué significa esto? Que hubo intento de fuga o nó?.

'La lógica -agrega el auto de proceder- NOS LLEVA A CONCLUIR LA INEXISTENCIA DE ACTOS TENDIENTES A LA FUGA, PORQUE PARA BOTARSE O LANZARSE DE LA PLATAFORMA DE UN CAMION O PICK UP NO SE LE DA LA ESPALDA A LAS BARANDAS'.

"Lo anterior quiere decir, que, según el Juez del conocimiento del proceso, que profirió el auto de llamamiento a juicio del Sargento Gordon Arrieta, los soldados no dispararon, y por consiguiente no mataron a sus víctimas, porque se los ordenara el Sargento Gordon Arrieta, sino por propia iniciativa de éllos, por voluntaria determinación de éllos, sin que en su ánimo influyera la fementida orden.

"Si no hubo -como lo afirma el auto de proceder- ningún intento de fuga, por parte de los tres capturados, ello quiere decir que Gordon no determinó a los soldados a dispararles, porque él les había dicho -según los mismos soldados- que en caso de fuga 'podían darles candela', y como ese evento, esa condición que Gordon exigía para que pudiera ejecutarse su orden, no se cumplió, entonces la orden nada tuvo que ver en la voluntad de aquellos procesados.

"Porque si no hubo tal intento de fuga, y a pesar de éllo los soldados dispararon sobre sus cautivos, su actuación fue totalmente ajena a la orden recibida, que fue la de disparar en caso de que aquéllos intentaran huír.

"De este vicioso engendro anfibológico, está saturada la sentencia recurrida, puesto que en ella también se llega a la conclusión de que: 'La verdad es que los dichos señores no tenían motivos ni razones para emprender la fuga...Ni siquiera es aceptable aquello de que uno de los tres capturados se hubiera arrojado del vehículo en plan de fuga, porque más parece que dicho señor lo que trató fue de ponerse a salvo de los balazos que criminalmente salían de las armas de los dos soldados... Claro aparece que esos dos soldados HICIERON USO DE SUS ARMAS SIN RAZON Y MENOS SIN JUSTIFICACION...' (fls. 119 y 120 del 2º Cuaderno).

"Es indudable que, una providencia calificatoria en cuya parte motiva se reconozca la inocencia o ausencia de responsabilidad de un sindicado, mientras que en su parte resolutiva se le llama a responder en juicio criminal, por ese mismo hecho, cuya inocencia proclama, esa providencia repito, es un acto procesal carente de validez, que es totalmente extraña a las formalidades que la ley procesal tiene señaladas para llevar a cabo un enjuiciamiento criminal. Y el auto que estoy acusando es de esa proclive estirpe en el terreno de la lógica y en el ámbito del derecho".

De otra parte, sostiene el recurrente que el juicio está viciado de nulidad constitucional, por cuanto en el auto de proceder "se incurrió en una calificación errónea, al imputarle a los dos soldados y por ende a mi defendido Gordon, responsabilidad en la muerte de todos tres individuos, a título de autores materiales, los dos soldados, y de autor intelectual el último", ya que "lo máximo que pudiera imputársele a los soldados Criollo y Castaño sería responsabilidad como autores materiales del homicidio en Alfonso Osuna y Alfonso Osorio, pero no

en la muerte de Mario Castrillón, quien murió no solo "a consecuencia de los disparos que le hicieran los dos soldados Criollo y Castaño, sino a consecuencia de una herida causada con machete...".

Se Contesta:

En la motivación del auto de proceder (folios 555 a 558), al estudiar la situación jurídica del Sargento Segundo Tomás Gordon Arrieta, se determina con precisión la especie de homicidio por la que debe responder este acusado, recalcando con toda claridad sobre las inculpaciones que le hacen, mediante un detenido análisis de las pruebas que demuestran el cuerpo del delito y las inculpaciones, con indicación de las circunstancias de asesinato que rodearon la consumación del crimen, por manera que la aludida imputación específica aparece puntualizada en la parte motiva del auto de enjuiciamiento. Además, en la parte resolutiva de la precitada providencia se llama a juicio a Gordon Arrieta como autor intelectual de los delitos cometidos, por la denominación genérica que el Código le da (artículo 540 del C. de J. P. M.). De lo anteriormente expuesto se colige que el juicio se desarrolló con sometimiento a sus formas propias y en forma alguna se dificultó o menoscabó el derecho de defensa del acusado por razón del cargo claro y determinado que se le había imputado en el auto de proceder.

De otro lado conviene anotar que el motivo de nulidad supralegal alegado en el libelo no se intenta demostrar dentro del propio ámbito que gobierna esta causal de casación, sino que el cargo se pretende sustentar a través del examen crítico de algunos elementos de prueba allegados al proceso, para de ese parcial análisis deducir que hubo una indirecta violación de la ley penal, por cuanto esos medios de convicción acreditan la inocencia del acusado. Entonces resulta que el actor, al proceder en esa forma, desvió el motivo de impugnación propuesto hacia una causal distinta, no aducida en la demanda, o sea, hacia la gobernada por el ordinal 1º del artículo 56 del Decreto Legislativo número 528 de 1964 y, de manera más concreta, a lo establecido en el inciso 2º de dicho ordenamiento.

Al anterior reparo respecto a la inanidad de la demanda a este particular, debe agregarse, como lo ha dicho la Corte, que "con base en la causal segunda de casación, se puede alegar el desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder, en aquellos juicios en que no existe la intervención del jurado, pues en ellos corresponde directamente al Juez de derecho proferir el fallo definitivo. O bien se puede acusar la sentencia, por desacuerdo de élla con el veredicto del jurado, en los casos en que el Tribunal popular debe intervenir para decidir sobre la responsabilidad del procesado. Por ello se ha dicho, en repetidas oportunidades, que la sentencia es conclusión a las premisas sentadas en el auto de proceder, en los juicios sin jurado, y en cambio, ella debe responder al veredicto del jurado, cuando este cuerpo ha cumplido su función".

En efecto, la Corte ha reiterado el principio de que en los juicios en que interviene el jurado no procede la causal primera de casación, apartado segundo, es decir, la violación de la ley sustancial, por la apreciación errónea de la prueba, o por falta de apreciación de la misma, pues los jueces de conciencia tienen libertad para estimar la que se somete a su decisión, de una parte. Y de otra, el estudio de tal situación, sólo conduciría a la contraevidencia del veredicto, y su declaración no corresponde a la Corte, ni está erigido en causal de casación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo parcialmente con el concepto del Colaborador Fiscal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior Militar a que expresamente se alude en la motivación de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Efrén Osejo Peña, Samuel Barrientos Restrepo, Simón Montero Torres, Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Antonio Moreno Mosquera, Luis Carlos Zambrano.

José Evencio Posada V., Secretario.

BIBLIOTECA

AUTO DE PROCEDER

Por su importancia y trascendencia no es un acto procesal de forma libre, que el juez pueda realizar de cualquier manera. El artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, señala los requisitos que debe contener y que son de necesaria observancia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.

Aprobado: Acta Nº 2. — Bogotá, veintitrés de enero de mil novecientos setenta.

Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez.

V i s t o s :

Corresponde a la Corte en esta oportunidad, agotados como han sido los trámites legales pertinentes, resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Cúcuta contra la sentencia de esta Corporación de fecha 16 de mayo de 1969, en la que, confirmando la dictada en primera instancia por el Juzgado Segundo Penal Municipal de esa ciudad, se condenó a Oscar Botero Londoño a la pena de dos años de prisión y a las accesorias del caso por el delito de violencia carnal cometido en la menor Nubia Cecilia Omaña. y se absolvió al mismo procesado por el delito de rapto de aquella mujer.

Hechos y actuación procesal:

En las horas de la tarde del 13 de julio de 1968. el sindicado Oscar Botero Londoño sustrajo del ámbito habitual de su familia, en la ciudad de Cúcuta. a la adolescente Nubia Cecilia Omaña, de 13 años y varios meses de edad. con quien desde algún tiempo atrás tenía relaciones de noviazgo con el aparente consentimiento de ella. y "la escondió". según la confesión del inculpado, en casa de una paisana suya llamada Polita, donde la sometió al acceso carnal y la retuvo hasta el día siguiente, cuando la llevó a otro sitio del barrio La Libertad, donde permaneció con la raptada por espacio de dos días. ejecutando con ella nuevas uniones sexuales.

La investigación fue abierta por el Juez Segundo Penal Municipal de Cúcuta mediante auto datado el 15 del mismo mes, con fundamento en querella presentada el día anterior por Orestes Omaña Velasco, padre legítimo de la niña ofendida. ante la Comisaría Superior Permanente de Policía de aquella ciudad.

El sumario fue calificado por el mismo juzgado, una vez perfeccionada y clausurada la investigación, en providencia de enero 3 de 1968 (sic), en la que se dispuso "abrir causa criminal de tramitación ordinaria contra Oscar Botero Londoño..., como responsable de los delitos contra la familia definido y sancionado en el Libro 2º Título XIV. Capítulo Primero del Código Penal y contra el honor y la libertad sexuales definido y sancionado en el Libro 2º Título XII, Capítulo Primero de la misma obra. cometidos en las horas de la mañana del día trece".

En la parte motiva de ese proveído se hace un breve resumen de los hechos, como también mención de los elementos de prueba aportados al informativo. Y en cuanto a la individualización de las infracciones imputadas al acusado, solo se dice:

"Está suficientemente establecido que el sindicado OSCAR BOTERO LONDOÑO me-

diante promesa de matrimonio convenció a la joven Nubia Cecilia Omaña Gómez a que abandonara su hogar donde convivía honestamente con sus padres. En efecto: Oscar Botero Londoño aceptó en su injurada haber "escondido" a Cecilia Omaña en casa de una amiga suya en el barrio de La Libertad de esta ciudad. Dijo que la esperó y se la llevó, la tuvo en una casa en donde usó sexualmente de ella en repetidas ocasiones. Desde el instante que el sindicado acepta haber escondido a la mujer en un lugar, se está configurando la infracción al Código Penal en su Libro 2º Título XIV, Capítulo Primero, tipificado y sancionado bajo la genérica denominación de RAPTO.

"En autos obra la partida de origen eclesiástico mediante la cual se sabe que la ofendida Cecilia Omaña Gómez era menor de catorce años cuando tuvo acceso carnal con el sindicado Botero Londoño, quien por esa causa incurrió también en un delito contra el honor y la libertad sexuales, tipificado y sancionado en el Libro 2º Título XII. Capítulo Primero Código Penal. inciso 2º del Art. 316 de la misma obra. cuyo acceso carnal está suficientemente demostrado en el certificado médico legal"

Ejecutoriado en la instancia el auto de vocación a juicio, por no haber sido apelado, se celebró audiencia pública el 24 de febrero de 1969. En este acto el defensor del acusado sostuvo que no concurrían en el proceso los elementos integrantes del delito de rapto porque "no hubo violencia física o moral, y los hechos y la investigación descartan en absoluto maniobras engañosas a que se refiere el art. 349 del C. P."; y que tampoco existía el delito de "corrupción de menores", porque "no se comprobó la capacidad de ser corrompida jurídicamente la joven Cecilia", razones por las cuales solicitaba la absolución del inculpado.

El juez del conocimiento dictó sentencia el 7 de marzo de 1969, en la cual se absuelve al procesado Botero Londoño por el delito de rapto, sobre la consideración de que no se demostró que aquél hubiera empleado violencia física o moral o se hubiera valido de maniobras engañosas para arrebatar o sustraer, con el fin de satisfacer sus apetitos sexuales, a la menor Nubia Cecilia Omaña, tal como lo exige para la configuración de esa ilicitud el artículo 349 del C. P.; y se le condena a la pena principal de dos años de prisión, mínimo señalado en el artículo 316 del estatuto punitivo, por el delito de violencia carnal. La ejecución de la sentencia fue suspendida, dando aplicación al artículo 80 del referido Código.

Ese fallo fue consultado con el Tribunal Superior de Cúcuta, el cual lo confirmó en el suyo de 16 de mayo último, que es ahora objeto del recurso extraordinario de casación.

Para justificar la absolución por el delito de rapto, dice el Tribunal:

"En tratándose del delito de rapto el artículo 349 del Código Penal dice:

"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:

"En esta causa no obra la prueba legalmente producida sobre el delito de rapto una vez que no está establecida la violencia física o moral por parte de Oscar Botero Londoño para arrebatar o sustraer a la menor Cecilia Omaña Gómez del hogar de su padre con el propósito de satisfacer un deseo erótico sexual o de casarse con ella. Tampoco hay prueba de maniobras engañosas de cualquier género para arrebatar o sustraer a la menor con el fin antes dicho.

"Por el contrario en la declaración de la menor. ésta manifiesta que se salió con su consentimiento de su hogar con su novio porque lo quería y aunquando expresa que éste le prometió casarse con ella no hay prueba alguna sobre promesa formal de matrimonio o hechos especiales de los cuales se deduzca que hizo esa promesa formal de matrimonio".

Con relación a la violencia carnal, se acepta en el fallo impugnado "que se halla plenamente acreditado el cuerpo del delito de ésta y la responsabilidad plena del

acusado", y se expresa que aunque la infracción se cometió en la persona de una mujer virgen, circunstancia demostrada con el dictamen médico-legal y prevista como agravante en el art. 317 del C. P., dicha circunstancia no puede ser tenida en cuenta en la sentencia porque "en el auto de proceder no se le dedujo al procesado".

Demanda de casación:

El Fiscal Primero del Tribunal Superior que profirió el fallo de segundo grado, en libelo que se declaró formalmente ajustado a las exigencias legales, acusa la sentencia con base en las causales 4ª y 1ª del art. 56 del Decreto 528 de 1964.

Causal cuarta:

Al amparo de este motivo, que hace procedente el recurso de casación "cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad", formula el actor dos reparos al fallo acusado, así:

Primer cargo. - Sostiene el actor que el juicio está afectado de nulidad, por haberse incurrido en el auto de procesar en error relativo a la denominación jurídica de las infracciones, de conformidad con lo preceptuado en el art. 37, ord. 5º, del Decreto 1358 de 1964. Para demostrar su aserto razona de la siguiente manera, después de algunas consideraciones generales sobre la importancia del auto de proceder y las normaciones a que está sometido:

"En el presente caso al sindicado BOTERO LONDOÑO se le llamó a juicio "como responsable" (sic) de los delitos contra la familia y contra el honor y la libertad sexuales, cuando ha debido llamársele concretamente por los delitos de rapto y violencia carnal, que son las denominaciones jurídicas que les da el Código Penal en el Capítulo I del Título XIV y en el Capítulo I del Título XII, respectivamente, del Libro II, a las infracciones penales que se le imputan.

"De esta manera se violó el Art. 431, inciso 2º, del C. de P. P., que según se vió antes, establece que el delito por el cual se llama a juicio debe determinarse en la parte resolutiva del auto de proceder con la denominación que le de el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no esté dividido en capítulo.

"Así las cosas, se incurrió en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, que está constituído como causal de nulidad por el art. 37, ordinal 5º, del Decreto 1358 de 1964, porque, se repite, debiéndose llamar a juicio expresamente por el delito de rapto se llamó por un delito contra la familia, denominación que agrupa los delitos de rapto, incesto, bigamia y matrimonios ilegales, y supresión, alteración o suposición del estado civil; y debiéndose residenciar en juicio criminal por el delito de violencia carnal, se residenció por el delito contra el honor y la libertad sexuales, epígrafe bajo el cual se reunen los delitos de violencia carnal, estupro, abusos deshonestos, corrupción de menores y proxenetismo.

"Se dirá que en la parte resolutiva se indicaron los Capítulos y Títulos del Libro 2º del Código Penal que tratan de los delitos de rapto y violencia carnal; mas se responde que el inciso 2º del Art. 431 del C. de P. P., no exige que se indique el Capítulo y el Título que defina el delito en el Código Penal. Lo que exige, y en forma perentoria, es que en la parte resolutiva se señale el delito "con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa"; porque, como lo ha dicho esa Honorable Corporación, "Tiene el derecho el acusado de conocer cuáles son los hechos que se le imputan y cuál la definición jurídica que a ellos corresponde en el Código punitivo".

Expresa a continuación el Agente del Ministerio Público que el acusado Botero Londoño no se le llamó a juicio con la denominación jurídica que les correspondía a las infracciones penales que se le imputaban; que a aquél no se le dió oportunidad de conocer en concreto y con claridad los cargos que se le hacían, porque no bas-

ta que se indique en el auto de proceder el capítulo y el título del Código Penal que los define; que tan cierto es que la acusación resultó equívoca que el defensor, durante la audiencia, no defendió al procesado por el delito de violencia carnal, sino por el de corrupción de menores; que el llamamiento a juicio de Botero por el delito de violencia carnal fue ambiguo, "porque la denominación que se dió en la parte resolutiva fue la de delito contra el honor y la libertad sexuales".

Segundo cargo. - Existencia de una nulidad de rango constitucional, con fundamento en el artículo 26 de la Carta, por ausencia de defensa del procesado respecto de la imputación de violencia carnal, delito por el cual fue condenado, puesto que el defensor no se refirió en la audiencia, única actuación real y de fondo cumplida por él en la causa, a ese ilícito sino al de corrupción de menores, que no fue el acriminado, todo ello por la deficiente e incierta denominación del cargo.

Concluye el recurrente el primer capítulo de su demanda con la solicitud de que se case la sentencia acusada y se declare la nulidad del juicio, "por error relativo a la denominación jurídica de las infracciones o, subsidiariamente, por violación del derecho de defensa" y quebranto del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Causal primera:

Invoca también el actor contra la providencia acusada, en segundo lugar y en forma subsidiaria, el motivo de casación señalado en el ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, o sea la violación de la ley sustancial, por aplicación indebida, en lo atañedero al delito de rapto, del artículo 349 del C. P., y consecuencial infracción del artículo 351 del mismo estatuto, por falta de aplicación de esta disposición al evento de autos.

Sostiene el cargo expresando que el tribunal sentenciador, al igual que el juzgado de primera instancia, "se equivocó al considerar que el hecho imputado al acusado encajaba dentro del art. 349 del C. P., cuando el artículo aplicable era el 351, que dice:

"El que con el propósito de satisfacer algún deseo erótico-sexual, arrebate, sustraiga o retenga a una menor de catorce años, aun con su consentimiento, estará sujeto a la pena de uno a cuatro años de prisión".

"Se trata -de un rapto propio con violencia presuntiva, porque no se le da ningún valor al consentimiento aparente que pueda prestar la mujer menor de catorce años para que se le arrebate, sustraiga o retenga. Este es otro de los casos en que la ley penal establece una presunción juris et de jure, o sea de derecho que no admite prueba en contrario, basándose en que la menor de catorce años está incapacitada síquica y jurídicamente para prestar su consentimiento".

Cita el actor el concepto expuesto por el doctor Lozano y Lozano en la Comisión redactora de proyecto de Código Penal, sobre la invalidez del consentimiento de las menores de catorce años en los delitos contra el pudor y en el rapto. Y manifiesta a continuación que la copia de la partida de nacimiento de la menor Cecilia Omaña que obra en el expediente acredita una edad inferior a los catorce años a la época de los hechos del proceso, como que según ese documento nació el 4 de agosto de 1954.

Sostiene el demandante que en el caso de que trata el expediente hubo por parte del procesado, respecto de la nombrada Nubia Cecilia, sustracción seguida de retención, lo que se demuestra con el testimonio de Orestes Omaña, padre legítimo de aquélla y querellante de la infracción, como también con la declaración de la ofendida y la declaración indagatoria del procesado Botero Londoño, piezas que transcribe en lo pertinente y de las cuales concluye que "hubo un desplazamiento de la menor Nubia Cecilia de su ambiente habitual a otro controlado por Botero Londoño y, desde luego, fuera de la vigilancia de su padre" acto que constituye la sustracción propia del rapto, la que fue seguida de retención, "pues está demostrado que Botero Londoño la conservó a su lado

desde el viernes hasta el lunes", y que esas acciones estuvieron guiadas por el propósito del acusado de satisfacer un deseo erótico-sexual, "pues pocas horas después de la sustracción y cuando la retenía tuvo con ella acceso carnal, comprobado con el dictamen médico legista, según el cual la menor Omaña presentó desfloración reciente".

Transcribe el Agente del Ministerio Público algunos conceptos doctrinarios sobre el delito de rapto; dice que no tiene sentido, tratándose de rapto de mujer menor de catorce años, que se hable de promesa formal de matrimonio, tal como lo hizo el tribunal en algún paso de la sentencia impugnada, y concluye pidiendo que se invalide el fallo objeto del recurso extraordinario y se dicte el que deba reemplazarlo, pues al considerarse en él que no estaba comprobado, para negar la existencia del delito de rapto, el elemento violencia, "no obstante que se presumía de derecho por tratarse de una mujer menor de catorce años, se aplicó indebidamente el art. 349 del C. P. y se violó indirectamente el artículo 351" del mismo Código, por falta de aplicación.

Concepto de la Procuraduría:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, a quien se corrió traslado de la demanda para los efectos indicados en el artículo 3º del Decreto 1154 de 1954, se abstiene de ampliar los cargos formulados por el recurrente al amparo de la causal 4ª de casación, porque en su opinión "carecen de suficiente fundamento jurídico"; y respecto del reparo propuesto con apoyo en la causal 1ª conceptúa que tiene sólido fundamento en el proceso, como que el Tribunal Superior de Cúcuta violó la Ley penal sustantiva al absolver al acusado Oscar Botero Londoño por el delito de rapto, incurriendo en errores de hecho que aparecen manifiestos en los autos.

Sostiene la Procuraduría Delegada que el referido Tribunal, al tomar como base, para la decisión de la imputación por el delito de rapto, el art. 349 del C. P., y absolver al inculpado por ausencia de prueba de que hubiera ejercido violencia o maniobras engañosas para sustraer a la menor Nubia Cecilia Omaña, cayó en error de hecho notorio y por ello aplicó indebidamente el citado artículo 349 y violó por falta de aplicación el artículo 351 de la ley penal.

Como principal error de hecho en la estimación de la prueba, por parte del Tribunal, senala el Agente del Ministerio Público el haber dejado de apreciar la copia auténtica de la partida de nacimiento de Nubia Cecilia Omaña, que obra a folios 3 y 31, conforme a la cual para la fecha de los delitos denunciados aquélla tenía 13 años, once meses y 9 días de edad, circunstancia que hacía inválido su consentimiento e innecesario el uso en su contra de violencia o de maniobras engañosas para los fines de la tipificación del delito de rapto. Como consecuencia, añade, se dejó de aplicar el art. 351 del C. P. y se aplicó equivocadamente el art. 349 del mismo.

Estima pues el Procurador Delegado que los cargos aducidos por el Fiscal recurrente contra la sentencia que se revisa prosperan a la faz de la causal 1ª de casación, y pide que se case el fallo en cuanto concierne a la absolución del acusado Oscar Botero Londoño por el delito de rapto y en su lugar se le condene conforme a lo establecido en los artículos 33, 316 y 351 del Código Penal.

Consideraciones de la Corte:

La Sala estudiará los motivos de impugnación en el mismo orden lógico en que fueron presentados por el demandante, pues es evidente que si prospera el propuesto en primer término y como principal, esto es, el previsto en el ordinal 4º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, como la consecuencia sería la nulidad del juicio para la reposición del procedimiento, resultaría inane toda consideración respecto de la causal 1ª de casación.

El actor, como se vió en la síntesis de

la demanda, ataca la sentencia de segundo grado por haberse dictado en juicio viciado de nulidad, pues se incurrió en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, porque en la parte resolutiva de esa providencia se llamó a responder en juicio al incriminado Botero Londoño "como responsable de los delitos contra la familia y contra el honor y la libertad sexuales", en vez de hacerlo por rapto y violencia carnal. Dice que de esa manera se violó el artículo 431, inciso final, del C. de P. P., y se configuró la causal de nulidad contemplada en el art. 37, ord. 5º, del Decreto 1358 de 1964.

Y como cargo conexo, dentro del mismo motivo de casación, propone el recurrente el de la existencia de una nulidad constitucional, con apoyo en el artículo 26 de la Constitución Nacional, por falta de defensa formal o técnica del procesado con relación al delito de violencia carnal por el cual fue condenado, en razón de que, por las deficiencias y ambiguedades del auto de proceder, el defensor limitó su actuación en el juicio a tratar de exculpar al sindicado del delito de corrupción de menores, infracción que no fue la imputada.

En orden a decidir la procedencia o improcedencia de la acusación por los aspectos indicados, es oportuno hacer algunas consideraciones previas acerca del auto de proceder.

El auto de proceder, llamado también de enjuiciamiento o de vocación a juicio, es el "pliego de cargos" que el Estado, a través de un órgano jurisdiccional competente, presenta al procesado para que se defienda por los medios lícitos que crea convenientes. En él se formula al procesado una determinada acusación, por uno o varios delitos; se concreta el objeto de la relación jurídica; se delimita el ámbito del juicio, y se sientan las bases de la sentencia, que ha de decidir el asunto condenando o obsolviendo al inculpado por las infracciones que en él se le hayan atribuído.

Por su importancia y trascendencia, el auto de proceder no es un acto procesal de forma libre, que el juez pueda realizar de cualquier manera para el fin del juzgamiento. Su forma aparece minuciosamente disciplinada en el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, sometida a un conjunto de condiciones de necesaria observancia y cuya pretermisión, cuando se traduzca en omisiones que comporten confusión, incertidumbre o deficiencia grave respecto de la inculpación que se pretenda hacer, de tal suerte que dificulte el derecho primordial de la defensa o que imposibilite al poder público para ejercer la acción sancionadora en forma correcta, quebranta el artículo 26 de la Constitución Nacional, que demanda imperiosamente la observancia de las formas propias de cada juicio en todo proceso de juzgamiento.

La disposición procedimental de anterior cita -el art. 431 del C. P. P.- ordena que la parte motiva del auto de proceder contenga la narración suscinta de los hechos del sumario, con la debida individualización del procesado; el análisis de las pruebas que demuestren el cuerpo del delito, vale decir, de las que acrediten cada uno de los elementos materiales y subjetivos de la respectiva infracción (arts. 272 y 273 del C. de P. P.), lo que supone la cita y examen de la disposición que contempla el tipo delictivo por el que ha de responder en juicio el acusado, como también el estudio de las pruebas en que se funde la acriminación; la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, esto es, la denominación jurídica que el Código Penal contempla para la infracción en el correspondiente capítulo, como homicidio, hurto, rapto, violencia carnal, etc., o en el título cuando éste no se divida en capítulos como acontece con el Título V, que trata "De la asociación e instigación para delinquir y de la apología del delito", y la especificación de las circunstancias demostradas en la investigación que individualicen dentro del género la infracción, con las características y modalidades que le den tipicidad, con determinación de los particulares motivos que agraven o atenúen el hecho conforme a las normaciones de la parte especial o de la parte general del Código Penal, las que han de citarse; y, finalmente, el resumen de las peticiones que hubieren elevado las partes

y las razones por las cuales se acogen o desechan.

La parte resolutiva del auto procesatorio, según la norma mencionada, "contendrá como conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva, el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, al cual se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa; sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable".

La prohibición del artículo 431 de determinar en la parte resolutiva del auto de enjuiciamiento la especie de delito dentro del género a que pertenezca y de señalar en concreto el artículo que se repute aplicable, se explica por la consideración de que en el plenario, mediante aporte de nuevos elementos probatorios o por decisión del jurado en los asuntos en que éste interviene, se pueden comprobar o reconocer circunstancias que den al hecho delictuoso, dentro de la misma denominación jurídica genérica contemplada en el Código, una fisonomía específica atenuada con relación a la precisada en la motivación del auto de proceder, de manera que puedan ser tenidas en cuenta en la sentencia sin que se rompa la armonía que ésta debe guardar con aquel proveído, como lo preceptúa el artículo 159, regla 6ª, del C. de P. P.

Aunque el artículo 431 del estatuto procesal penal no conmina con nulidad el incumplimiento de las formas que en él se prescriben para la elaboración del auto de proceder, y el artículo 37 del Decreto 1358 de 1964, que subrogó el 198 del C. de P. P., solo señala como motivo de nulidad, en lo que respecta a ese acto jurisdiccional, el haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción -que de ordinario se presenta cuando se da al hecho delictuoso comprobado en el sumario una inexacta calificación en derecho, como cuando se denomina robo a la conducta constitutiva de un simple hurto-, o a la época o lugar en que se cometió el delito, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido, es claro para la Corte que por ser el auto de proceder un acto primordial del juzgamiento su imperfeccion sustancial, vr. gr., por imprecisa o ambigua o anfibológica definicion del delito imputado, o por notoria deficiencia en la presentación del cargo, en forma tal que por ello se imposibilite o entrabe el normal ejercicio de la defensa o se hagan imposible o difícil la aplicación del derecho en la sentencia, se está en presencia de una nulidad supralegal, de arraigo en el artículo 26 de la Constitución Política, conforme al cual "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 del juicio".

En el caso sub examine, el auto de proceder adolece indudablemente del vicio anotado. En su parte motiva, donde ha debido hacerse clara determinación de los cargos, con indicación de la calificación jurídica genérica de los hechos delictuosos y de las circunstancias y características individualizantes de las inculpaciones, apenas se dice que la conducta del procesado Botero Londoño configura "la infracción al Código Penal en el Libro 2º, Título XIV, Capítulo Primero, tipificado y sancionado bajo la denominación genérica de Rapto", y que también incurrió aquél "en un delito contra el honor y la libertad sexuales, tipificado y sancionado en el Libro 2º, Título XII, Capítulo Primero del Código Penal, inciso 2º, del art. 316 de la misma obra, cuyo acceso carnal está suficientemente demostrado con el certificado médico legal".

No se menciona en dicha providencia la disposición aplicable en este evento al delito de rapto, ni se estudian los elementos subjetivos y objetivos de la infracción dentro del tipo legal correspondiente, lo cual hizo pensar al abogado defensor, al Juez del conocimiento y al propio Tribunal Superior, como puede verificarse en el acta de la audiencia y en las sentencias correspondientes, que el procesado Oscar Botero Londoño había sido llamado a responder en juicio por el denominado rapto propio en la hipótesis del artículo 349 del C. P., que

sanciona el arrebato, sustracción o retención, con el empleo de violencia o fraude y con fines libidinosos o matrimoniales, de mujeres mayores de 14 años, con total olvido del artículo 351 del mismo estatuto, que sería el aplicable a los hechos narrados en el auto de proceder, por haber recaído la acción reputada ilícita en una menor de 14 años.

Y en cuanto al otro cargo deducido en el citado proveído, esto es, a la violencia carnal, aunque se menciona el artículo 316 del C. P., se omite igualmente el análisis de los elementos concurrentes en esta figura delictiva, como también la mención de una circunstancia agravante conocida en el proceso y contemplada en el ordinal 1º del artículo 317 del C. P., por haberse cometido el hecho en la persona de una mujer virgen, circunstancia que el Tribunal de segunda instancia consideró existente pero que no tuvo en cuenta en la sentencia porque "en el auto de proceder no se le dedujo al procesado Oscar Botero Londoño".

También la parte resolutiva del auto que se comenta se hizo sin observancia de lo preceptuado en el último inciso del artículo 431 del C. de P. P., pues, como lo observa el Fiscal recurrente, el llamamiento a juicio del sindicado se hizo no por los delitos de rapto y violencia carnal, que son las denominaciones que trae el Código Penal en los capítulos pertinentes, sino por "los delitos contra la familia" y "contra el honor y la libertad sexuales".

Infiérese de lo expuesto que el reparo formulado por el recurrente de haberse dictado el fallo acusado en juicio viciado de nulidad, en la órbita de la causal 4ª del art. 56 del Decreto 528 de 1964, está demostrado. En consecuencia, obrando de acuerdo con lo establecido en el art. 58, ordinal 3º, del mismo Decreto, se declarará la nulidad del juicio y se ordenará su reposición con arreglo a la ley.

Como se acepta la procedencia de la expresada causal, la Sala se abstendrá de considerar el motivo de casación propuesto como subsidiario.

Decisión:

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal-, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida y ordena reponer el proceso a partir del auto de proceder, inclusive, con arreglo a las consideraciones de la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Publíquese.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Samuel Barrientos Restrepo, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DEMANDA DE CASACION

Ha de ajustarse a los requisitos de forma y de fondo, que señala el artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.

Bogotá, enero treinta de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

Aprobado: Acta Nº 3, enero 30 de 1970.

V i s t o s :

Cumplidos como han sido los trámites legales, se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Bernardo González Cardona, contra la sentencia de 25 de junio último del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en la que, reformando la de 5 de mayo anterior del Juzgado Promiscuo del Circuito de la misma ciudad, se le condena a la pena principal de nueve años y nueve meses de presidio, como autor responsable de los delitos de falsedad en documentos y peculado.

Antecedentes:

Ajustándose a la realidad procesal, el Tribunal rememora así los hechos originarios de la investigación:

"El señor Bernardo González Cardona venía, desde el 11 de enero de 1956, desempeñando el cargo de Cajero Pagador de la Industria Licorera de Caldas, hasta el 17 de marzo del año pasado (1968), fecha ésta última en la que, inopinadamente lo abandonó, a raíz de que, pocos días antes, se dió cuenta de que le iba a ser descubierto, como en verdad lo fue, alcance en el manejo de los dineros encomendados a su cuidado, pues el Contador de la aludida empresa licorera, sin que se sepa en qué fecha, pero en todo caso en el mes de marzo del último año citado, le reclamó a González Cardona por no haberle pasado los datos relacionados con el pago de intereses que pesaban a cargo del Banco Central Hipotecario de esta ciudad, provenientes de la suscripción de cédulas hipotecarias a favor de la industria licorera.

"González Cardona, según lo relata Jaime Bustamante Henao, Contador de la misma empresa, le manifestó a éste haberse sustraído varias cantidades de dinero recibidas por el primero y por el concepto anotado. Más tarde, en declaración de inquirir, González se ratificó en éllo y confesó, igualmente, haber dispuesto, en su propio beneficio, de otros dineros, valiéndose de distintos medios, habiendo alcanzado un monto total, según el acta de visita practicada por funcionarios de la Contraloría Departamental, de $ 2.630.073.65, de los cuales $ 42.357.24 pertenecían al Fondo Rotatorio de la Vivienda de Empleados y Obreros de la Industria Licorera de Caldas, cuyos recaudo y custodia tenía simultáneamente en su calidad de Cajero Pagador de la empresa en mención.

"Para el logro de los fines perseguidos por González Cardona, tuvo necesidad, en ciertos casos, de falsificar instrumentos negociables (cheques), hechos que, como adelante se verá, fueron también reconocidos por este sindicado".

La investigación levantada para esclarecer el susodicho caso se clausuró por auto de 26 de enero de 1968, y en el de 6 de febrero siguiente se calificó su mérito lla-

mando a responder en juicio por los delitos de peculado y falsedad en documentos a Bernardo González Cardona y sobreseyendo definitivamente por los mismos ilícitos en favor de Guillermo Ramírez Jiménez, Rafael Taborda Salas, Urbano Montes Cadavid, Jaime Bustamante Henao, Fabio Marín Cardona, Pablo Vallejo Cardona y Elías Alvarez Granada.

El Tribunal al revisar por apelación y consulta esta última providencia, confirmó mediante la suya de 2 de septiembre siguiente la referida vocación a juicio, y en cuanto a los sobreseimientos dispuso que fuera temporal el que amparara a los sindicados Marín, Vallejo y Alvarez por resultar éstos implicados, según la parte motiva de aquel proveído, en la posible comisión del delito de encubrimiento en la modalidad de la receptación. Es decir, por un hecho distinto del que originó, al par de los demás sobreseídos, su vinculación a este proceso. Que lo fue por sospecha de haber participado como delincuentes accesorios en la ejecución de los delitos que se atribuyen a González Cardona.

Vuelto el asunto al juzgado, por providencia de 16 de septiembre de 1968, se ordenó cumplir lo resuelto por el Tribunal así:

"1º: Se reabre la investigación en cuanto a los sindicados Fabio Marín Cardona, Pablo Vallejo Cardona y Elías Alvarez Granada por haber sido sobreseídos temporalmente por dicha superioridad en la citada providencia.

"2º: En consecuencia, se declara legalmente ejecutoriado el enjuiciamiento proferido dentro de esta causa.

"3º: Se abre el juicio a prueba por el término de tres (3) días, a fin de que las partes aduzcan las que consideren pertinentes a su defensa. Vencido este término el despacho decretará la práctica de las pruebas que se hubieren solicitado y que fueren conducentes, y de aquellas otras que estimare necesarias, las que se evacuarán dentro del término de quince (15) días. (Art. 6º Dec. 1358 de 1964)".

Luego se le siguió imprimiendo a la causa su correspondiente impulso procesal, y el 31 de octubre siguiente se celebró la audiencia pública.

Pero como en el auto de 16 de septiembre no se designará conforme a lo prescrito en el artículo 9º del Decreto 1358 de 1964 el perito que debía avaluar los daños y perjuicios ocasionados con los delitos, por auto de 5 de diciembre se decretó la nulidad del proceso a partir del precitado auto de septiembre 16 que fue reproducido sustancialmente en la nueva providencia haciendo, además, en ésta, para suplir aquella omisión, el nombramiento del mencionado perito avaluador.

Convalidada la actuación según lo dispuesto en el referido auto de 5 de diciembre y agotado en su integridad el trámite subsiguiente a la ejecutoria del auto de proceder, precluyó la causa con las sentencias de las instancias.

LA DEMANDA:

Acusa el actor la recurrida con fundamento en "el motivo 4º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, por ser violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en juicio viciado de nulidad".

Concreta el cargo diciendo que "El Tribunal sentenciador, al pronunciar la sentencia acusada, violó el art. 26 de la Constitución Nacional, que consagra uno de los derechos esenciales y fundamentales del individuo, consistente en el de no ser juzgado sino mediante la observancia de 'la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Y luego como sustentáculo de la acusación, expone:

"a). Al folio 189 del 6º cuaderno, el juzgado del conocimiento, resolvió reabrir la investigación en cuanto a los sindicados Fabio Marín Cardona, Pablo Vallejo Cardona y Elías Alvarez Granada, por haber sido sobreseídos temporalmente por el Tribunal Superior de Manizales. Esta providencia, notificada legalmente a las partes, adquirió temporalmente el carácter de ley del pro-

ceso que le dió su ejecutoria;

"b). A los folios 248 y 249 del mismo cuaderno 6º, el a-quo, resolvió "decretar la nulidad de lo actuado en este proceso a partir del auto fechado el 16 de septiembre de 1968", providencia a la que me referí en el literal inmediatamente anterior, con lo cual se borró totalmente todo lo existente en autos "a partir" del 16 de septiembre de 1968, y hasta el 5 de diciembre del mismo año, fecha en la cual se reabrió nuevamente, si así pudiera decirse, la investigación en relación con los mentados sindicados. Este proveído jurisdiccional si conserva, y tenía el 25 de junio de 1969, el carácter ineludible de ley del proceso, obligatoria como todas las leyes, para todos, pero especialmente para las personas vinculadas a un proceso penal, llámense partes, jueces o magistrados.

"Frente a la exactitud procesal de las dos premisas anteriores, se produjo en este proceso "la conexión formal de procedimientos penales (así llamada porque son conexos los procedimientos, pero no los delitos) produce -según Manzini- "una extrínseca unificación de procedimientos en una causa individual, en decir en un único juicio y en una única decisión (subrayo). Esta unidad procesal, por lo tanto, mantiene su fuerza aún en la aplicación de la pena, en cuanto ésta se adapta. no ya en relación con cada uno de los delitos en sí, vistos independientemente unos de los otros, sino en su conjunto, en relación con la unidad en que se ha reintegrado, de modo que lo que se sanciona es la suma de una actividad delincuencial..." (LXXV 213).

"Atendiendo a esta doctrina de la H. Corte, le estaba vedado al Tribunal sentenciador, deducir como lo hizo en la sentencia acusada, la condena que recayó sobre mi mandante, sin tener en cuenta que la reapertura de la investigación ordenada por el mismo Tribunal y refrendada por el juez, debía tener y tiene algún objetivo práctico, que en el caso presente es nada menos que la intensidad de la pena, que perfeccionada y cerrada en legal forma la investigación de los procesos conexos le puede caber o no caber, a cada uno de los incriminados.

"Señalo como violados los artículos 430, 50, 54, 62, y 52 del C. de P. P., que reglamentan el artículo constitucional citado.

"Un segundo aspecto que refuerza el cargo contra la sentencia acusada, consiste en que élla se dictó sin que por parte del juez competente se hubiesen llenado los requisitos legales previos para la calificación del sumario, pues si bien es cierto que aquí se produjeron los autos de vocación a juicio y de sobreseimientos definitivos y temporales, éllos se pronunciaron sin que se oyera previamente para el efecto al respectivo agente del ministerio público, de suerte que si se pronuncia auto de proceder o de sobreseimiento -que son los que califican el sumario- sin haberse llenado las formalidades necesarias, que me permití relievar se violan las normas procesales de ineludible observancia, recogidas en el artículo 421 del C. de P. P., que además de los citados, señalo como violado, disposiciones que por ser de orden público, el acto jurisdiccional que las quebrante es inocuo y no puede tener efectos jurídicos".

Se considera:

La demanda de casación ha de reunir los requisitos de forma y de fondo que señala el artículo 63 del Decreto 528 de 1964. Compéndianse estos últimos -como dice el Procurador- "en el deber de formular con claridad y precisión los motivos de acusación de la sentencia impugnada", "de manera que a la Corte le sea permitido saber a cabalidad las pretensiones del recurrente y poder emitir un juicio en derecho respecto de los fundamentos del fallo determinando si se ha violado la ley penal y de qué manera".

En este caso, en vista del motivo de impugnación alegado: una nulidad supralegal por violación del artículo 26 de la Carta, menester era que el actor demostrara, en primer lugar, que hubo las irregularidades procedimentales que él apunta con el consecuencial desconocimiento de las disposiciones por él citadas al respecto (arts. 430, 50, 54, 62, 52 y 421 del Código de Procedimiento Penal) y, en segundo, que tales irregularidades sobrepasaban en rango, por

su entidad, a las que taxativamente enumera la ley (arts. 37 y 38 del Decreto 1358 de 1964) como nulidades de simple orden procedimental, con el consiguiente menoscabo de la organización judicial o del derecho de defensa del procesado recurrente, por ser éstas las hipótesis que generan conforme a la jurisprudencia de la Corte la nulidad supralegal.

Pero en la demanda que se estudia ni se demuestran esas irregularidades ni se expresa el concepto de la violación del artículo 26 de la Constitución y de las demás disposiciones que el actor estima conculcadas y en cuya supuesta transgresión funda el desconocimiento de la norma de la ley fundamental.

En esa demanda apenas si se enuncia el cargo, y como se refiere a un aspecto de la actuación que no tiene ninguna relación con el procesado recurrente, sino con los sindicados sobreseídos temporalmente, siendo como es la responsabilidad penal de naturaleza típicamente individual, el cargo para nada incide en las formas propias del juicio a que fue sometido aquél, ni tampoco, por su parva y accidental entidad, sobre los presupuestos básicos de la organización judicial.

Además, como conceptúa el Procurador, la acusación "carece de respaldo jurídico ya que el Tribunal Superior de Manizales revocó el auto calificatorio en cuanto a los inculpados Fabio Marín Cardona, Pablo Vallejo Cardona y Elías Alvarez Granada, en el sentido de que el sobreseimiento dictado a su favor por el a-quo no debía ser definitivo sino temporal y, en consecuencia, dispuso reabrir la investigación. El juzgado promiscuo del circuito de la mencionada ciudad, acatando la decisión del superior resolvió, mediante el auto fechado el 5 de diciembre de 1968 (fl. 248), reabrir la investigación en cuanto a los mencionados sindicados, declaró legalmente ejecutoriado el auto de proceder en lo relacionado con el acusado Bernardo González Cardona y dió el trámite pertinente al juicio que finalizó con la sentencia recurrida.

"Era obvio que al reabrirse la investigación en referencia se rompiera la continencia de la causa y ésta continuara sólo para el reo González Cardona, en virtud de lo dispuesto en el artículo 438 del Código de Procedimiento según el cual cuando el auto de sobreseimiento es temporal, "se reabrirá la investigación y se pasará el proceso o la copia de él, según el caso, a un funcionario de instrucción, si el mismo juez no quisiere continuarla".

"La calificación del mérito del sumario, en los términos ya indicados implicó, de una parte la continuación de la causa respecto del acusado recurrente y, de otra parte, la reapertura de la investigación para los sindicados Marín, Vallejo y Alvarez, en cumplimiento de la disposición legal transcrita, luego la acusación que el actor formula a la sentencia carece de todo fundamento jurídico-procesal y, en consecuencia, no puede prosperar".

Con lo cual -agrega la Sala- no se hizo sino dar aplicación a lo dispuesto al respecto en el artículo 430 del Código de P. Penal que constituye una excepción al principio de la indivisibilidad procesal que, en anfibológicos términos, pretendió destacar el demandante como premisa mayor de su argumentación.

Además, el delito de encubrimiento que por el decreto de sobreseimiento temporal se ordenó investigar está estructurado en cualquiera de sus modalidades "como entidad jurídica independiente, o mejor, como delito autónomo".

Habiéndose, por tanto, roto legalmente así la continencia de la causa, no podían ser violadas, por este concepto, las disposiciones que al respecto cita el actor.

Tampoco el artículo 421 del Código de Procedimiento Penal, porque de este proceso no conocía un juzgado superior y porque en el momento procesal a que se refiere el impugnante la disposición vigente y que fue la aplicada, era el artículo 3º del Decreto 1358 de 1964, "el cual no prevé como causa de nulidad del proceso penal la falta de presentación de los alegatos de las partes antes de la calificación del mérito

del sumario, ni está consagrada como tal en los artículos 37 y 38 del mencionado decreto, los cuales tratan, precisamente, de las causas de nulidad en los procesos penales. En consecuencia, el pretendido "refuerzo del cargo" aducido contra la sentencia, debe correr la misma suerte que la acusación principal".

La demanda es, pues, inepta, al igual que infundada.

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 Procurador, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 25 de junio de 1969 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Samuel Barrientos Restrepo, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DERECHO DE DEFENSA

No se viola este derecho, cuando el defensor omite pedir la práctica de una prueba en el juicio, pues tal pretermisión, no debe entenderse como inercia del personero judicial. conculcante de sus deberes profesionales, sino como parte del planteamiento general de la defensa por él concebida, tanto más, cuanto la defensa formal o técnica la realizó de manera plena y efectiva.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.

Bogotá, nueve de febrero de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

Aprobado: Acta Nº 4 de 6 de febrero de 1970.

Vistos:

Agotada la tramitación legal correspondiente, se procede a resolver el recurso extraordinario de casación, interpuesto contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de San Gil, el 11 de octubre de 1968, mediante la cual, al confirmar la de 22 de julio del mismo año, condenó a JOSE CONCEPCION LOZADA LOZADA y RAFAEL GONZALEZ FLOREZ, a las penas de ocho (8) años, seis (6) meses. y ocho (8) años, cinco (5) meses de presidio, respectivamente. como responsables de los delitos de homicidio de simple propósito en Rafael Salamanca Rojas y lesiones personales en Ana Delia Díaz de Bastilla. fallo en el que se les condenó, además. a las penas incorporales de rigor y al pago en abstracto de los perjuicios ocasionados con los delitos.

Contra el mentado falló, recurrió en casación el defensor de los procesados, quien con mandato especial de éstos para sustentar el recurso, presentó la demanda correspondiente a José Concepción Lozada Lozada, fuera de término, motivo por el cual, se declaró desierto el recurso respecto de este, y se admitió la del procesado Rafael González Flórez.

Hechos y Actuación Procesal

El funcionario de instrucción los resumió de la siguiente manera:

"Por los datos llegados al informativo, se sabe que el día siete de diciembre de este año de mil novecientos sesenta y cinco, llegó a esta localidad (El Encino) el señor Rafael Salamanca Rojas con el objeto de hacer algunas diligencias de orden familiar y comercial; ya en el poblado, y debido al gran número de amigos. Salamanca Rojas desde tempranas horas estuvo dedicado a las libaciones y a departir con sus paisanos, siendo visto por todos los habitantes del poblado, incluyendo al Alcalde José Concepción Lozada, Dámaso Romero, Juez Promiscuo Municipal encargado, el telegrafista y muchos otros. Ya en las horas de la tarde, Salamanca Rojas resolvió irse para la casa-cantina de otro de sus amigos y paisanos, Angel Miguel Bastilla y continuó allí las libaciones, con otras personas que en esos momentos llegaron de Charalá. Estando en dicha cantina, se presentaron allí de manera sorpresiva. el Alcalde José Concepción Lozada, Rafael González, Policía Municipal. y los civiles o particulares Juan Leopoldo Meneses y Urbano Romero, dizque con el propósito de capturar a Salamanca Rojas por petición del señor Juez del Encino. Lozada iba armado de una carabina y González de un fusil de los de

uso privativo del Ejército Nacional, que le fue facilitado por el individuo Meneses. Ya frente a Salamanca Rojas, González y Lozada dispararon sus armas contra él, causándole lesiones de tal gravedad, que segundos después murió en el sitio hasta donde sus fuerzas le permitieron llegar, allí quedó tendido teniendo todavía en sus manos la botella de cerveza que momentos antes estaba tomando. A Rafael Salamanca Rojas le fue robado el revólver que portaba, seguramente en los estertores de la muerte, lo mismo que una considerable suma de dinero que portaba. Cometido el crimen, González entró hasta el sitio donde estaba agonizante Salamanca Rojas y al verlo se regresó a dar el parte correspondiente a su superior informándole que ya tal ciudadano no se les había escapado y que se estaba muriendo. Pocos momentos después, se presentaron tranquilamente al sitio de la tragedia, los autores de la misma, Lozada y González y el señor Juez Municipal encargado, quien inclusive estaba también presente en los momentos del crimen y practicaron el levantamiento del cadáver. En esos mismos hechos resultó gravemente lesionada en la región glútea, la señora Ana Delia Díaz de Bastilla esposa del dueño de casa, también de un disparo de arma de fuego, hecho muy seguramente por Lozada o por González para tratar de herir a Salamanca, cuando éste en precipitada carrera trató de huir de la muerte".

El 25 de agosto de mil novecientos sesenta y seis, el Juzgado Superior del Distrito Judicial de San Gil, residenció en juicio criminal a José Concepción Lozada y Rafael González Flórez, como responsables de los delitos de homicidio simplemente voluntario y lesiones personales, decisión ésta, confirmada por providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, el dos de diciembre del mismo año, con la aclaración, de que los incriminados eran coautores de los dos delitos y que el de lesiones fue cometido en "aberratio ictus", "pues los procesados con la intención de lesionar a Salamanca, lesionaron también por error a la citada Ana Delia Díaz...".

Tramitado el juicio, el 26 de junio de mil novecientos sesenta y siete, se dió comienzo a la audiencia pública, la que prosiguió el 9 de agosto del mismo año. Los jurados, por unanimidad, declararon a Lozada y a González Flórez responsables de los delitos de homicidio y lesiones personales.

El Juzgado Superior de San Gil, el 14 de septiembre, acogió el veredicto del Jurado y condenó a los procesados, desatendiendo la nulidad propuesta por el defensor de éstos con apoyo en una mala elaboración de los cuestionarios. El Tribunal, al desatar el recurso de apelación que contra la sentencia interpusiera el defensor, en providencia del 11 de diciembre del mismo año declaró nula la actuación, a partir del auto que dispuso el sorteo de jurados, y ordenó la convocatoria de un nuevo tribunal popular.

El 25 de junio de 1968, con nuevo defensor, que pidió la práctica de pruebas en la audiencia pública, se dió comienzo a ésta. En tal oportunidad los jueces de conciencia respondieron los cuestionarios sometidos a su consideración con un lacónico "SI".

El personero de los sindicados solicitó al fallador de primera instancia que declarara la nulidad sustancial del proceso, porque en su concepto los procesados habían carecido de una adecuada defensa formal en el sumario y en la causa. Formuló además, un segundo motivo de invalidez, por error en el cuestionario al plantear la responsabilidad de los procesados respecto del delito de lesiones personales, nulidades que fueron desechadas por el Juzgado Superior de San Gil, en la sentencia condenatoria del 22 de julio de 1968, confirmada, como ya se dijo, por la que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

La Demanda

Sólo se considerará la demanda formulada a nombre de **Rafael González Flórez**, toda vez que la referente a José Concepción Lozada fue presentada fuera de término, razón por la cual con respecto a este procesado la Sala hubo de declarar desierto el recurso en el momento procesal oportuno.

El impugnante historia los hechos debatidos en el juicio y la actuación procesal

y acusa la sentencia con fundamento en las causales 2ª, 3ª y 4ª previstas en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, agregando que lo hace "siguiendo el riguroso orden establecido por la ley, sin que ello sea óbice para que si la Honorable Corte encuentra demostrado el tercer cargo, que corresponde a la causal 4ª...considere como no presentados los dos anteriores".

Causal segunda. - En la esfera de esta causal sostiene el actor que la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, por cuanto, al elaborar los cuestionarios referentes al delito de lesiones personales se ha debido preguntar al jurado "si los procesados eran o no responsables del delito de lesiones personales, por error en el golpe, y al disparar con intención de lesionar al señor Rafael Salamanca Rojas y no con el propósito de matarlo como se les interrogó en definitiva, alterando en esta forma el pliego de cargos".

Causal tercera. - La sentencia acusada se dictó sobre un veredicto contradictorio.

Este cargo lo hace consistir en que "el hecho de afirmar el propósito de matar a una persona con el resultado de lesiones personales en otra, entraña una contradicción del veredicto dado por los jurados con un lacónico sí", porque es de lógica elemental, agrega el actor, "que se es responsable del delito de lesiones personales cuando no se tiene el propósito de matar".

Causal cuarta. - Al amparo de esta causal afirma que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad, por los siguientes motivos:

a). "Existe nulidad sustancial del proceso, por cuanto los procesados carecieron de una adecuada defensa en el sumario y en la causa, lo que quiere decir que les fueron afectados los derechos que les otorga el artículo 26 de la Carta y los artículos 104, 107, 108 y 432 del C. de P. P.

Trata de fundamentar el cargo diciendo que si bien es cierto que los procesados estuvieron asistidos en el sumario y en la causa, hasta la primera audiencia, por un profesional del derecho, éste se limito a tomar posesión del cargo, a firmar las distintas notificaciones y a interponer el recurso de apelación del auto de proceder, sin sustentarlo; que no pidió pruebas y por último, disertó "con brillo y maestría, ante los señores jueces de conciencia, planteando varias tesis defensivas que no fueron aceptadas por el jurado, posiblemente por falta de fundamento probatorio". Sostiene, en síntesis, que el primer defensor nada hizo en defensa de los procesados.

b) El proceso se halla afectado de nulidad, por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación o calificación jurídica de la infracción. (art. 37, ord. 5º del Decreto 1358 de 1964).

Al disparar los procesados sobre Salamanca Rojas, con el propósito de matarlo, lograr este resultado y también un resultado totalmente imprevisible como fue la lesión sufrida por la señora Bastilla, no puede decirse que exista un delito de lesiones personales en "aberratio ictus", porque en realidad no hubo error en el golpe, sino por el contrario una excelente puntería. Se quizo matar a Salamanca Rojas, se disparó contra él, se hizo blanco en su cuerpo y se produjo el resultado querido y uno totalmente imprevisible que le es inimputable a los procesados...Pero al calificar en el auto de proceder como causadas en "aberratio ictus" las lesiones sufridas por Ana Delia Díaz de Bastilla, se incurrió en error en la denominación jurídica de la infracción. Agrega que esa calificación causó perjuicio a los procesados porque facultó a la ofendida para constituirse en parte civil "con miras a reclamar los perjuicios de orden moral y material, cuando es lo cierto que no existe la menor prueba de que los procesados hubieran tenido el propósito de lesionarla y se incurrió en un craso error, que vulneró el principio de la legalidad del juicio y de estabilidad de formas procesales...".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, en su vista, hace el relato de los he-

chos y de la actuación procesal, y al estudiar luego los cargos propuestos contra la sentencia, empezando por la causal cuarta de casacion, afirma que no existe nulidad por falta de defensa adecuada de los procesados en el sumario o en el juicio; que tampoco existe invalidez por error en la denominación jurídica de la infracción, porque en el auto de proceder se hizo la calificación genérica de las infracciones, y que el caso fortuito alegado no tiene cabida en la causal 4ª, sino en la que el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 consagra en el segundo cuerpo del ordinal primero, cuando se trata de juicios en que no interviene el jurado; igualmente considera deleznable el cargo propuesto con apoyo en la causal segunda, y estima que el construído con base en la causal 3ª no se halla demostrado, por lo que debe, en consecuencia, desecharse el recurso.

La Corte Considera:

I - Causal cuarta. - Haberse proferido la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

Para seguir un orden lógico, se estudiarán primero los cargos formulados al fallo recurrido con apoyo en la causal cuarta de casación, tal como lo ha hecho, por idéntico motivo, el Ministerio Público.

a) Se afirma, como se recordará, que el procesado Rafael González Flórez careció de adecuada defensa a través de las dos etapas del proceso, porque su apoderado y primer defensor se limitó a tomar posesión del cargo y a interponer el recurso de alzada contra el auto de llamamiento a juicio, sin sustentarlo. No pidió pruebas, y, en síntesis, nada hizo en defensa de su cliente. Y se agrega: "La efectividad del derecho de defensa es lo que garantiza la Constitución al procesado y si éste careció de una defensa formal, por inercia o indiferencia del defensor, se le cercenó su derecho y el proceso queda afectado de nulidad".

Se responde:

Al desarrollar la doctrina de la nulidad constitucional o supralegal, elaborada con fundamento en el artículo 26 de la Carta, la Corte ha sostenido, de manera reiterada, "que se viola el derecho de defensa, y, por ende, se quebranta la normación constitucional, cuando en el juicio el procesado carece en absoluto de los medios técnicos adecuados para rebatir los cargos concretamente formulados a través del auto de proceder o cuando se le priva de las oportunidades y garantías consagradas para que los ciudadanos comparezcan ante la justicia, aunque aquellas irregularidades no se hallen establecidas como causas legales de nulidad": (Casación de Régulo Vargas Losada, 17 de otubre de 1969).

En el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, el apoderado y primer defensor de los procesados disertó en la audiencia pública, según palabras del propio impugnante, "con brillo y maestría, ante los señores jueces de conciencia, planteando varias tesis defensivas que no fueron aceptadas por el jurado, posiblemente por falta de fundamento probatorio". Y obtuvo, según consta de autos, la nulidad de la primera audiencia y, consecuentemente, la del primer veredicto afirmativo de la responsabilidad, lo que demuestra que la defensa formal o técnica a él encomendada se realizó de manera plena y efectiva.

Importa recordar, por otra parte, que este mismo motivo de nulidad fue alegado en las instancias por el segundo defensor de los procesados -hoy impugnante de la sentencia condenatoria recurrida en casación- y tanto el Juzgado del conocimiento como el Tribunal demostraron, con serias razones, que en ningún momento habían carecido los reos de adecuada defensa, conclusión que corrobora el actor, al calificar de brillante y magistral la intervención de su antecesor en la primera audiencia, concepto que podría hacerse extensivo a la actuación del personero de la defensa en la segunda, a juzgar por los términos en que

a ella se refiere el acta respectiva.

En cuanto a la práctica de pruebas, es preciso anotar que, como es sabido, en el juicio penal existen dos oportunidades para practicarlas: la primera, cuando se abre a pruebas el plenario, y la segunda, en la audiencia pública, evento este en el cual la solicitud correspondiente debe formularse por escrito y al menos con dos días de anticipación, conservando el Juez en cada caso la facultad de apreciar la conducencia o inconducencia de los elementos de juicio que se pretenda aportar. (Arts. 208 y 473 del C. de P. P.).

Las pruebas no solicitadas por el primer defensor, bien pudo pedirlas el demandante en la segunda audiencia pública, de la misma manera que obtuvo la recepción del testimonio de Urbano Romero Méndez, mas tal pretermisión no debe entenderse como inercia del personero judicial, conculcante de sus deberes profesionales, sino como parte del planeamiento general de la defensa por él concebida en favor de su patrocinado. Consta en el informativo que el segundo defensor se dedicó, con celo y tenacidad ejemplares, a servir los intereses que sus defendidos le confiaran. Se hizo, pues, efectivo el derecho de defensa que la Carta política consagra, efectividad que en manera alguna puede confundirse con el éxito de los planteamientos defensivos, pues si se aceptara tal tesis, habría que admitir que en todos aquellos casos en que el veredicto afirma la responsabilidad del procesado podría arguirse con validez que se quebrantó la garantía constitucional de que se trata.

b) La segunda de las tachas propuestas con apoyo en la causal 4ª la hace dimanar el recurrente del supuesto de estar viciado de nulidad el proceso "por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación o calificación jurídica de la infracción". (art. 37, ord. 5º, del Decreto 1358 de 1964).

Intenta demostrarla afirmando que no existe "aberratio ictus" en las lesiones sufridas por Ana Delia Díaz de Bastilla, sino que por el contrario, se quiso matar a Salamanca Rojas, se le disparó produciéndose el resultado querido, y además el no querido, totalmente imprevisible e inimputable a los procesados, de lesionar a la senora de Bastilla. Hubo por tanto, en su sentir, yerro en la calificación jurídica de la infracción, "porque la 'aberratio ictus' se produce cuando no se dá en el blanco elegido sino en otro distinto", y concluye la argumentación afirmando que se trata, en el evento de autos, de un caso fortuito.

Se observa:

Como se ve, el aspecto medular de la acusacion radica en afirmar, con respecto a las lesiones sufridas por la senora de Bastilla, la existencia de un "caso fortuito" que, como tal, era inimputable a los procesados. El recurrente no acepta los hechos sobre los cuales descansa el fallo recurrido. Ello significa que el cargo, así considerado, no podía formularse al amparo de la causal cuarta, cuyo contenido, alcance y proyecciones jurídicas son diferentes, ya que cada causal de casación posee características específicas claramente trazadas por la ley. Por ello ha dicho esta Sala con reiterado empeño, dada la frecuencia con que se soslayan los principios estructurales de la casación, que ésta no es en modo alguno una instancia más a la que, en virtud de su simple caprichosa sustentación, pueda ser llevada la Corte a modificar o completar la demanda. De modo que si el impugnante no configura la acusación satisfaciendo las exigencias legales pertinentes, aquélla no puede prosperar.

III - Causal Segunda. - No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

El ámbito de la acusación formulada contra los procesados quedó claramente definida en providencia del 2 de diciembre de 1966, mediante la cual el Tribunal Superior de San Gil revisó el auto calificatorio de primera instancia. En efecto, allí se dijo, resumiendo el criterio del Juez Colegiado sobre el particular: "Por lo anterior la Sala confirmará el auto recurrido en cuanto llama a responder a Concepción Lozada y Rafael González en juicio criminal, como responsables de los delitos de homicidio en Ra-

fael Salamanca y lesiones personales en Ana Delia Díaz, consumados en circunstancias de simple propósito, pero modificándola en el sentido de afirmar que los procesados responderán ante el Jurado como coautores de estos reatos, como lo demanda el señor Fiscal del Tribunal". (fl. 151, Cd. Nº 2).

Congruente con lo anterior, en la parte dispositiva de la citada providencia se confirmó "el numeral primero de la parte resolutiva del auto recurrido con la modalidad anotada en la parte motiva de este proveído", numeral primero que en lo pertinente expresa: "Se llama a responder en juicio criminal y con intervención del Jurado a José Concepción Lozada...y a Rafael gonzález Florez, como responsables del delito de homicidio en la persona de Rafael Salamanca Rojas y lesiones personales en Ana Delia Díaz de Bastilla, consumado el siete de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco, entre las seis y seis y media de la tarde, en la casa de habitación de Angel Miguel Bastilla, dentro del perímetro urbano de la población de Encino". (fs. 89, 90 y 154, Cd. cit.).

Con oportunidad de la segunda audiencia pública al tribunal popular se le interrogó respecto de González en los siguientes términos:

"Cuestión Segunda: El acusado Rafael González Flórez es responsable, en coautoría con José Concepción Lozada Lozada de haber causado en el cuerpo del señor Rafael Salamanca Rojas la herida de proyectil de arma de fuego descrita en la diligencia de autopsia visible a los folios 100 y 101 del sumario, herida que produjo la muerte de la víctima, hecho ejecutado voluntariamente, con intención de matar, consumado en las circunstancias de tiempo y lugar anotados en la cuestión primera?"

.....

"Cuestión cuarta: El acusado Rafael González Flórez es responsable en coautoría con José Concepción Lozada Lozada de haber ocasionado a la señora Ana Delia Díaz de Bastilla la herida de proyectil de arma de fuego a que se refieren los reconocimientos médicos visibles a los folios 199 y 335 del sumario, hecho ejecutado voluntariamente pero con la intención de matar a Rafael Salamanca Rojas, y consumado en las circunstancias de tiempo y lugar anotadas en la cuestión primera?" (fls. 344 y 345, Cd. cit.).

Como se recordará, el juri respondió con el adverbio de afirmación "SI" tanto a los interrogantes relacionados con Lozada como a los planteamientos respecto de González Florez, y fundándose en la voluntad de aquel, se profirieron las sentencias condenatorias de primero y segundo grados. De los anteriores datos retrospectivos se desprende con suma claridad que entre el auto de proceder, los cuestionarios sometidos a la consideración del Jurado, el veredicto y la sentencia, lejos de advertirse inconsonancia o desacuerdo, existe acusada o manifiesta armonía, y siendo ello así, carece de toda justificación la causal segunda alegada. Por lo demás, no huelga anotar que si en la mente de la acusación existió o pudo existir el concepto de que en las preguntas formuladas a los jueces de conciencia se alteró esencialmente el pliego de cargos, lo indicado habría sido, entonces, plantear la presunta tacha bajo el signo de la causal cuarta.

III - Causal tercera. - Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto contradictorio.

De nuevo se suscita aquí un tema que la Sala, en abundante doctrina, ha dilucidado ya suficientemente. Sobre el particular ha dicho que "lo contradictorio de un veredicto está en la imposibilidad de conciliar sus propias voces en que unas afirman lo que otras niegan, no pudiendo ser a un mismo tiempo verdaderas y falsas, y no es ni puede ser la discrepancia u oposición de los términos en que se escribió, con alguna cuestión de hecho o cualesquiera opiniones de derecho, porque cuando un veredicto contradice abiertamente los hechos y el derecho, hay apenas campo a la declaración de injusticia notoria", función jurisdiccional que, ciertamente, se halla fuera del riguroso marco en que la ley consagró las

causales de este recurso extraordinario. Y ha expresado también que cuando el veredicto se halla integrado por una sola respuesta, bien sea un "SI" afirmativo de la responsabilidad o un "NO" negativo de la misma, de esas respuestas no puede predicarse el principio de contradicción.

No habiéndose demostrado ninguna de las causales aducidas, procede aplicar el artículo 569 del C. de P. P.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Procuraduría Primera Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil el once (11) de octubre de mil novecientos sesenta y ocho (1968), a la que expresamente se refiere la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Samuel Barrientos Restrepo, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

La Corte cambia su criterio, en el sentido de que prescrita la acción penal, al juez sólo corresponde declararla y por el solo hecho de ser más favorable al acusado, no puede dictar sentencia absolutoria, pues hacerlo, es desconocer la facultad que la ley otorga al sindicado de renunciar a la prescripción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.

Bogtá, febrero veinte de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

(Acta Nº 6 de 1970).

V i s t o s :

En virtud de querella formulada por el señor Ismael Suárez Hernández fue seguida por el Tribunal Superior de Ibagué acción penal contra el abogado, doctor Alexander Salcedo Cabrales, por supuestas faltas contra la ética en el ejercicio de la abogacía.

El juzgador a-quo, mediante fallo de nueve de octubre último, absuelve al acusado, y contra esta providencia interpuso el doctor Lázaro Galindo (quien fue admitido en la primera instancia como apoderado del querellante) el recurso de apelación, el que le fue concedido.

Agotado el trámite correspondiente, entra la Corte a revisar lo resuelto por el Tribunal Superior de Ibagué con apoyo en el grado de consulta que ordena la ley en estos casos, mas nó con fundamento en el aludido recurso de apelación, pues el querellante no es parte en los procesos penales, salvo cuando es admitido como parte civil, lo cual no se tiene en este asunto.

Hechos y resolución de primera instancia:

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"Sostiene el denunciante que por el año de 1962, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Armero (Tolima) tramitaba el sucesorio de Evangelista Morales de Trujillo, y que dentro de este juicio fue designado secuestre del inmueble distinguido con el número 22-104 de la carrera quinta de la ciudad de Ibagué el doctor Alexander Salcedo Cabrales.

"El bien en cuestión era ocupado en parte por el quejoso Ismael Suárez Hernández, quien alegaba ser su administrador por designacion de la causante, y en parte también, por el señor Gustavo Flórez, en su condición de arrendatario de aquél.

"El abogado Salcedo Cabrales, ante la negativa del inquilino al pago de los cánones de arrendamiento adeudados, y en su calidad de secuestre, entabló acción de lanzamiento contra el arrendatario moroso, logrando que éste consignara el valor de tales mesadas a órdenes del juzgado del conocimiento.

"Posteriormente, el secuestre solicitó y obtuvo del Juzgado 2º Civil Municipal de Ibagué la entrega de los títulos consignados, en suma aproximada a siete mil pesos, dinero éste que no ha reintegrado al activo sucesoral, ni a sus herederos en particular, obteniendo con éllo un provecho indebido.

"Cuando por el año de 1965 el inquilino Gustavo Flórez le hizo entrega del apartamento en su calidad de administrador del inmueble, el abogado secuestre lo denunció criminalmente, razón por la cual fue privado de libertad.

"En desarrollo de estos hechos, el querellante formuló denuncia penal contra el doctor Salcedo Cabrales ante el Juzgado 5º Penal Municipal de Ibagué, por los delitos de abuso de confianza y de falsas imputaciones, constituyéndose como parte civil en dicho proceso, mientras que en el Juzgado 2º Civil Municipal de la misma ciudad entablaba un juicio ordinario, en demanda de los cánones percibidos y de los consiguientes perjuicios ocasionados. Al mismo tiempo, el abogado incriminado llevaba la representación legal de la señora Eufrocia Cáceres, en el juicio reivindicatorio seguido por ésta contra el señor Ismael Suárez Hernández".

Como se dejó dicho, el Tribunal Superior de Ibagué absuelve al doctor Salcedo Cabrales y dispone, asimismo, que "en conformidad con el inciso segundo del artículo 12 de la Ley 69 de 1945, se expidan copias de lo pertinente...para efectos de la investigación penal por calumnia".

Considera la Corte.

Si bien el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal pide que se confirme el fallo de primera instancia, encuentra la Corte que no puede, en este asunto, resolver en el fondo, porque la acción penal se encuentra prescrita y el sindicado no hizo uso de la facultad que le concede el artículo 112 del Código Penal, de renunciar a dicha prescripción.

Se tiene, en efecto:

a) Como lo ha señalado la Corte en diferentes oportunidades, las faltas contra la moral en el ejercicio de la profesión de abogado, dado su alcance contravencional, prescriben, en cuanto a la acción prevista para su represión, en el lapso de un año, como lo manda el artículo 115 del Código Penal.

b) Este negocio se inició en el mes de octubre de 1968 y vino a la Corte en el mes de de noviembre de 1969. De consiguiente, ha transcurrido, como es obvio, más de un año desde la época de ocurrencia de los hechos denunciados por el querellante.

c) Igualmente encuentra el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que la acción penal en este negocio se encuentra prescrita, pero estima que "el fallo absolutorio, por ser más favorable al acusado, debe confirmarse".

d) Es cierto que en varios casos la Corte, tomando en cuenta este criterio de favorabilidad que conlleva la absolución para la parte acusada, ha confirmado las decisiones proferidas en tal sentido no obstante haber hallado que la acción penal estaba prescrita y que el sindicado no había renunciado a dicha prescripción.

Pero es evidente que este motivo de favorabilidad por sí solo no puede restablecer la competencia del juzgador para decidir en el fondo en los asuntos penales, pues el transcurso de los términos señalados en la ley en cada caso para que obre la prescripción de la acción penal únicamente le dejan la facultad declaratoria de que se tiene esta causa de cesación del procedimiento.

Así como la muerte del procesado extingue la acción penal (artículo 100 del C. Penal), la prescripción de ésta pone término al procedimiento, como se dejó dicho, salvo que el acusado renuncie a la prescripción de la acción penal para obtener una decisión en el fondo del asunto.

e) Expresa el artículo 8º del C. de Procedimiento Penal que toda infracción de la ley punitiva "origina acción penal". Mediante ésta se provoca y desarrolla la jurisdicción o potestad del Estado de administrar justicia en el orden penal. Pero esta facultad del Organo Jurisdiccional sufre limitaciones, entre las que se tiene el fenómeno de la prescripción, la cual inhibe al juzgador para continuar el trámite del proceso, salvo que el sindicado, como antes se anotó, renuncie a élla (art. 112 del C. Penal).

Refiriéndose EUGENIO CUELLO CALON a esta causa de extinción de la acción penal, dice que "cuando ha tenido lugar esta prescripción que el Código llama impropia-

mente prescripción del delito, se extingue la acción que tiene el Estado...para perseguir al delincuente y comprobar y determinar su participación en el hecho punible" ("Derecho penal", Editorial "Bosch", Barcelona, 1956, t. II, p. 721). Vale decir, anota la Corte, que el transcurso del tiempo señalado en la ley, según el caso, pone fin a la competencia del magistrado o juez para administrar justicia en el respectivo asunto, no correspondiéndole más facultad que la de declarar la ocurrencia de la prescripción de la acción penal.

Si habiéndose presentado dicha prescripción pudiera aún el juez oficiosamente y sólo por serle más favorable al acusado, proferir sentencia absolutoria, estaría sobrando la facultad consagrada en la ley al sindicado para que renuncie a tal prescripción de la acción penal a fin de obtener una decisión de fondo. En este último supuesto y solamente en él, revive para el juzgador la competencia que se había extinguido.

Corresponde, en consecuencia, revocar el fallo absolutorio de que se ha hecho mérito, así como la orden de averiguar el posible delito de calumnia, por ser esto último consecuencia de aquella determinación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -SALA PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público, REVOCA la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en favor del abogado, doctor ALEXANDER SALCEDO CABRALES, a quien se hicieron cargos por supuestas faltas contra la ética en el ejercicio de su profesión, y, en su lugar, DECLARA que la acción penal se encuentra prescrita y ORDENA la cesación del procedimiento por este asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DEFENSOR DE OFICIO

La Corte cambia su doctrina, en el sentido de que este puede sustentar el recurso extraordinario de casación, sin poder especial, por ser el sumario, juicio y recurso de casación, fases en la evolución formativa del proceso. El artículo 108 del C. de P. P., es norma prevalente y normativa de los deberes del defensor y el derecho de defensa no es ajeno al recurso de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.

Bogotá, veintisiete de febrero de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José María Velasco Guerrero).

Aprobado: Acta Número 7 de 1970.

V i s t o s :

Mediante providencia de fecha 3 de octubre de 1969 la Sala admitió el recurso de casación interpuesto por el procesado Jairo Mejía López contra la sentencia calendada el 12 de julio del mismo año, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, e igualmente se ordenó correr traslado al recurrente por el término de treinta días para que por medio de abogado inscrito en la Corte y con poder suficiente para intervenir ante ella, formulara la correspondiente demanda de casación.

Surtido el traslado de regla, el doctor Juvenal González Moreno, obrando como defensor de oficio del procesado, presentó la correspondiente demanda de casación en tiempo oportuno y la Sala, reiterando providencias sobre casos similares, expuso:

"2º) Aunque, de manera general, el artículo 108 del C. de P. P. dice que 'el apoderado o defensor...' '...asistirá al procesado en las diligencias en que la presencia de éste sea prescrita por la ley, y lo representará en todos los demás actos procesales', frente al mandato especial del art. 432 de la misma obra, debe entenderse la asistencia del defensor limitada al juicio. Y si se dice que el artículo 108 es norma general, ello se debe a que está colocada precisamente en el Libro I del Código, cuyo rubro es 'Disposiciones Generales'. El artículo 432 se encuentra incluído dentro de las disposiciones especiales que regulan el sumario.

" '3º) Si el recurso de casación puede 'ser interpuesto por el Agente del Ministerio Público y por el procesado, personalmente, o por su representante o defensor', y en algunos casos por la parte civil, ello se debe a expresas disposiciones legales (artículos 558 y 559 del C. de P. P.). Sin que se quiera decir con lo anterior que la capacidad jurídica de este defensor se extienda hasta la representación en casación, ya que ello, como se ha dicho, equivaldría a sostener que, en el juicio penal, se surten tres instancias -ante el juez la primera, ante el Tribunal la segunda y la tercera ante la Corte- y que la persona designada expresamente para representar al procesado en el juicio, lo es también para adelantar el juicio de nulidad de la sentencia de segunda instancia, que implica la demanda de casación.

" '. . . . . .

" 'Si el poder que confiere el sindicado a su representante judicial tiene limitación, el Juez ha de estar a élla. Si nada se dice al respecto, ha de estarse al mandamiento legal. De donde se desprende que el de-

fensor se debe tener para el juicio, mientras que el mandante no haya dado potestad especial, al conferir el mandato'.

"En el evento de autos, si a él se aplican los anteriores principios jurisprudenciales, debe concluírse que las facultades del defensor designado por el procesado Mejía López quedaron circunscritas para que lo representara en la causa o juicio, con personería para interponer el recurso extraordinario de casación, pero no para presentar la demanda correspondiente". (fs. 15 y 16 C. Nº 2º).

Con fundamento en lo anterior, la Sala declaró desierto el recurso de casación, interpuesto y sustentado por el defensor de oficio del procesado, y contra esta providencia de la Sala, de la cual salvó su voto el Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez, interpuso el recurso de reposición el Procurador Primero Delegado en lo Penal, en la siguiente forma:

"Las razones en las que fundamento la reposición solicitada son las mismas que expuse a esa H. Sala en petición de mayo 30 de 1969 y que reproduzco así en la presente solicitud de reposición:

" 'Primera. - El Magistrado Luis Eduardo Mesa Velásquez al disentir de la providencia acogida por el resto de los H. Magistrados, consignó en su salvamento de voto un razonamiento de suyo altamente calificado por cuanto es la traducción que, a sentir de esta Procuraduría Delegada, es la más ajustada a las normas científicas procesales razón por la cual se acogen como pensamiento oficial de este Despacho y en tal calidad se formulan como primera argumentación de alimento al recurso interpuesto, por lo cual se insertan dentro de éste pedimento". (fs. 23 y 24 ib.).

".....

" 'Segunda. - En oportundades anteriores los Magistrados Eduardo Fernández Botero y Efrén Oseja Peña ante idénticas decisiones de la H. Sala de Casación Penal optaron por separarse del pensamiento unificado del resto de sus colegas presentando tesis que, aunque revestidas de manifestaciones idiomáticas diferentes, se identifican en el fondo ya que su contenido es el mismo análisis de las normas que gobiernan, no sólo los deberes, sino mayormente las obligaciones de apoderados y defensores del ciudadano incriminado, como también las de observancia obligatoria para quien analiza el alcance del proceso penal proyectado hacia el agotamiento total del ciclo que contiene no sólo los llamados grados de jurisdicción o instancia sino también la parte de él que estando por fuera de esto último es materia del recurso extraordinario de casación.

" 'Ambos Magistrados -Fernández Botero y Osejo Peña- predicaron en su oportunidad, y hoy lo reitera el Magistrado Luis Eduardo Mesa Velásquez y esta Procuraduría Delegada, que el defensor, fuera de las facultades inherentes a su cargo para actuar en el juicio, puede sin necesidad de nuevo poder interponer el recurso de casación y formular la demanda de rigor que lo ha de sustentar.

" 'La esencia o idea predominante en el salvamento de voto del Dr. Fernández Botero, es la de que como 'la acción penal, facultad del Estado nacida u originada de la infracción de la ley penal y aún de la simple posibilidad de tal quebrantamiento, se dirige a una declaración positiva de certeza de las condiciones por las cuales una persona puede considerarse jurídicamente culpable y también, correlativamente, a la declaración negativa de certeza de la ausencia de esas mismas condiciones, o también a la simple falta de una u otra certeza como en el caso de la insuficiencia de las pruebas'. Y afirma el ex-Magistrado Fernández Botero con impresionante lógica que 'la certeza jurídica sólo se alcanza cuando la decisión se haya ejecutoriado, cuando puede hablarse de cosa juzgada y por tanto de la inmutabilidad, es decir cuando el juicio no puede ser modificado -escribe Carnelutti- faltaría a su finalidad, que es la de establecer la certeza'.

"La acción del Estado -se continúa leyendo en el salvamento de voto- está obligada a obtener su realización por medio del pro-

ceso penal con el objeto único de conseguir esa certeza jurídica, todo lo cual está diciendo que el dicho proceso penal se agota en forma definitiva 'cuando se expide una providencia no susceptible de recurso alguno, vale decir con la firmeza de la ejecutoria, que es cuando existe la certeza legal, afirmación que se hace por causa de lo estatuído en el art. 196 del C. P. P.

"Se afirma en el salvamento de voto que se comenta que es autorizado sostener que el proceso penal, fuera de aquellas etapas identificadas como sumario y juicio, tiene una tercera, que no es de ineludible formación, por cuanto ella nace de la discrecionalidad o voluntad de quien interpone el recurso de casación contra el fallo que agota la segunda instancia." (fs. 30 a 32 ib.).

".....

" 'Cuarta. - Reflejando en el marco de la concreción lo proyectado a través de la teoría predicada, tenemos:

" 'a) El proceso es un todo integrado por el sumario que inicia su marcha al expedirse el 'auto cabeza de proceso' (Art. 284 del C. de P. P.) y por el juicio que tiene como gestación la ejecutoria del auto de proceder (art. 439 del C. de P. P.), terminando con la sentencia cuando ésta es revestida de la fuerza de cosa juzgada.

" 'b) Al interponer contra la sentencia el recurso de apelación para surtirse en la respectiva instancia o también el extraordinario de casación, no se puede defender su ejecutoria y sus efectos son de incumplimiento jurídico (art. 195 y 196 del C. de P. P.).

" 'c) No estando la sentencia debidamente ejecutoriada la relación procesal goza de la dinámica propia, vale decir no ha terminado el proceso porque falta la decisión de quien revestido de competencia propia, pone solución final y definitiva al mismo.

" 'd) Si el recurso de casación se ha creado para acusar la sentencia que violenta a la ley, la acción que desarrolla a la acusación tiene que ser agotada por quien interpone el recurso, es decir Ministerio Público, procesado o su defensor y parte civil (art. 57 Decreto 528 de 1964).

" 'e) El apoderado o defensor está constreñido por ministerio de la ley a representar a su patrocinado en todos los actos del proceso (art. 108 del C. de P. P.) y aunque ésto no se entienda que es de cumplimiento inexcusable para llevar el fallo a juicio mediante el recurso de casación por ser potestativo el goce de él, si lo hace es con la legalidad y facultad que recibió al momento de tomar posesión de su cargo bajo la directriz del juramento prestado y que no tiene por qué ser ratificado posteriormente en nuevo poder.

" 'f) De impedírsele agotar totalmente el mandato recibido y que es, se repite, para todo el proceso, es desconocimiento al justo y equitativo contenido del derecho de defensa y, más aún, desfigurar los principios jurídicos y morales que son el alma deontológica de la profesión de la abogacía, pues ejerciendo las funciones de colaborador en la administración de la justicia y cumplidor de la normación constitucional y legal, es impelido a buscar el control de legalidad del fallo colocado bajo su censura'." (fs. 42 a 44 ib.).

Con las anotaciones marginales que se hacen al finalizar esta providencia, la Sala acoge en lo fundamental el pensamiento expuesto en los salvamentos de voto que en su hora suscribieron los Magistrados Efrén Osejo Peña, Eduardo Fernández Botero y que el Magistrado Luis Eduardo Mesa Velásquez sustenta en la siguiente forma:

" 'I - El proceso penal, constituído por el conjunto de actividades que despliegan los distintos sujetos procesales, tiene por fin convertir en derecho subjetivo del Estado la pretensión punitiva que surge de la comisión del delito. Para que lo que en el decurso del proceso es una mera pretensión sancionadora se transforme en realidad, en derecho estatal a imponer la sanción al culpable, es necesario que el proceso culmine con sentencia condenatoria definitiva, vale decir, con fallo ejecutoriado.

" 'II - La ejecutoria de la sentencia de condena, como la de toda providencia judicial, se opera, al tenor del artículo 196 del C. de P. P., 'cuando no se ha interpuesto contra ella recurso alguno dentro del término legal, y no debe ser consultada'.

" 'III - La sentencia, entendida como la resolución que decide definitivamente sobre lo principal del juicio, cuando se profiere en primera instancia, es pasible del recurso ordinario de apelación; y cuando se pronuncia en segunda instancia, por un Tribunal Superior de Distrito Judicial, es susceptible, en algunos casos, del recurso extraordinario de casación. Mientras el fallo pueda ser impugnado, bien por el recurso ordinario de apelación o por el extraordinario de casación, no es definitivo, no está ejecutoriado, ni puede por tanto ejecutarse o cumplirse (artículo 195 del C. de P. P.). Ello significa que en esas circunstancias el juicio penal, que se inicia con la ejecutoria del auto de proceder (artículo 439 ibídem), no ha terminado; que las relaciones jurídicas que son materia del proceso subsisten, y que la acción penal que nace del delito no se ha consumido.

" 'IV - El proceso de juzgamiento perdura mientras la acción que origina la infracción de la ley penal y que constituye, como dice Florián, la energía del proceso, la que domina y le da carácter, no se haya extinguido por agotamiento de su ejercicio u otro cualquiera de los medios extintivos señalados por la ley. Y el agotamiento del ejercicio de la acción represiva solo puede afirmarse cuando exista cosa juzgada, esto es, cuando haya sentencia ejecutoriada o en firme, como que solo en ese momento se puede aplicar la pena, si la sentencia ha sido de condena, y exigir el pago de los perjuicios que hubiere causado el delito.

" 'V - El artículo 103 del C. de P. P., al consagrar la cosa juzgada, establece que 'El procesado condenado o absuelto, mediante sentencia ejecutoriada de juez colombiano, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, aun cuando a éste se le de una denominación distinta'. De esta norma se colige que el proceso penal termina con la sentencia 'ejecutoriada', fenómeno éste que, como antes se anotó, únicamente se produce cuando el fallo no sea susceptible de recurso alguno.

" 'El resultado del proceso penal es la cosa juzgada (res iudicata), o sea la resolución definitiva del objeto procesal, y su finalidad práctica de sometimiento del delincuente a la pena solo se obtiene con la decisión jurisdiccional que ponga fin al juicio y cause los efectos denominados de la preclusión y ejecución, que no pueden producirse mientras sea posible o se haya interpuesto un recurso contra el fallo.

" 'VI - La casación, en el derecho nacional, aunque no constituye una instancia, por razones bien conocidas que la Corte ha repetido en innumerables ocasiones, sí es -como dice Manzini- un grado o una fase especial del proceso, no necesaria sino facultativa de las partes, y tiene un efecto suspensivo con respecto a la sentencia que le sirve de objeto, en el sentido de que el pronunciamiento de absolución o de condena no se puede cumplir estando pendiente la resolución o definición de aquélla. Ello explica que en el trámite de aquel recurso se pueda declarar extinguida la acción penal por prescripción, muerte del procesado, etc., evento en el cual las relaciones jurídicas quedan sin solución (no se restringen los derechos individuales ni políticos del procesado; no hay base legal de reincidencia, no se puede demandar ejecutivamente el pago de perjuicios, etc.). Por eso dice el autor citado que la impugnación 'produce el efecto de mantener la vida de acción penal'.

" 'VII - El artículo 65 del Decreto 528 de 1964, al disponer que de la demanda de casación se corra traslado a quienes no sean recurrentes, da base para sostener que las partes de las instancias conservan las facultades, siguen teniendo ese carácter con respecto al asunto del juicio, lo que equivale a decir que la relación jurídica procesal subsiste en casación.

" 'VIII - Admitido el recurso de casación se debe dar traslado al recurrente o recurrentes por treinta días, a cada uno, para que dentro de este término presenten las

demandas de casación (artículo 64 del mismo Decreto). Aplicando esta disposición, cuando el recurrente sea el defensor, a él debe corrérsele dicho traslado, no solo porque así lo dice la norma, sino porque no es concebible que se tenga facultad para interponer un recurso y que se carezca de la misma para sustentarlo y conducirlo hasta que produzca sus consecuencias.

" 'IX - La manera de proceder de la Corte, cuando encuentra justificada una causal de casación alegada, conforme al artículo 58 del Decreto 528 de 1964, indica que la sentencia acusada no puede ser definitiva ni con ella se puede tener agotada la acción penal. Si la Corte, vr., acepta una de las causales primera o segunda de las previstas en el artículo 56 del mismo estatuto, 'dictará el fallo que deba reemplazarlo' (al fallo impugnado), convirtiéndose de este modo en tribunal de instancia, como observa el doctor Hernando Morales en su Curso de Derecho Procesal Civil (pgs. 441 y 442). De ahí que el artículo 156 del estatuto procesal penal, al definir las sentencias, expresa que son resoluciones que deciden definitivamente sobre lo principal del juicio, 'sea que se pronuncie en primera o en segunda instancia o a virtud de recurso extraordinario', como es el de casación. Y si la Corte encuentra probada la causal tercera o la cuarta, la declaración que debe hacer retrotrae el proceso, para su reposición en la forma indicada en los ordinales 2º y 3º del artículo 58 antes citado, lo que demuestra claramente que en dichas situaciones el juicio no terminó con el pronunciamiento de la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior.

" 'X - El carácter de inmutable del objeto procesal conlleva la subsistencia de ésta hasta la decisión jurisdiccional definitiva que concluya la acción penal. Mientras la acción persista, por falta de ejecutoria de la providencia que estime o desestime la acusación, como sucede en el caso de que la sentencia sea recurrida en casación, no se puede afirmar que el objeto jurídico del proceso ha sido definitivo y que el procedimiento ha finalizado.

" 'XI - El doctor Flavio Cabrera Dussán, ilustre Magistrado de esta Corporación, en su documentada obra Principios de Casación en Asuntos Civiles, diserta así respecto de la capacidad del apoderado judicial para actuar en casación:

" 'Por lo que respecta a la personería adjetiva o derecho de representación en juicio, ocurre preguntar: Necesita el apoderado facultad expresa para la casación, o le basta simplemente el poder que se le haya otorgado para representar al poderdante en las instancias? Algunos creen lo primero. Otros consideran -y esta es la tesis de la Corte, Gaceta Judicial tomo XLVI Pág. 16- que basta el poder dado para el juicio, pues no es posible desconocer, de un lado, que obra dentro del juicio aquél que, por no estar ejecutoriada la sentencia de segunda instancia, interpone contra ella el único recurso extraordinario, no deja de formar parte, sin embargo, del juicio respectivo".

" 'En consecuencia, con todo lo dicho, considera el suscrito Magistrado que obra dentro del juicio y para los efectos propios del mismo, con suficiente personería jurídica, el defensor del procesado que recurre en casación y busca a través de este medio el único remedio posible contra la sentencia, pues no obstante la naturaleza especial y extraordinaria del referido recurso, la actuación propia de la impugnación forma parte del respectivo juicio'." (fs. 18 a 22 ib.).

El proceso ciertamente es el conjunto de actividades que el Juez y las partes realizan para convertir la pretensión punitiva del Estado en un derecho subjetivo concreto que se origina en la violación penal y culmina en la declaración de certeza jurisdiccional inamovible, contra la cual no cabe interponer recurso alguno, cuando adquiere el imperativo de la cosa juzgada. El proceso penal admite diversas etapas de procedimiento: la de primer grado, la de apelación o consulta y el recurso extraordinario de casación. Pero cada una de estas fases procesales no es un esquema rígido, clausurado en sí mismo. Son estructuras dinámicas, progresivas, diversos momentos de la actuación, vinculados entre sí, y configurantes de una totalidad -una y divisible-

pero armónica y conclusa, de carácter inmutable. Quizás por ello no resulte plenamente afortunado afirmar que "obra dentro del juicio y para los efectos del juicio aquel que, precisamente por no estar ejecutoriada la sentencia de segunda instancia, interpone contra ella el único recurso posible que es el de casación y, de otro lado, que tal recurso aun cuando tenga ese carácter extraordinario y su géneris de que hablan los memorialistas, no deja de formar parte del juicio respectivo, sobre todo en la legislación colombiana conforme a la cual si se encuentra fundada por la Corte alguna de las causales alegadas, aquella no puede limitarse a infirmar el fallo acusado sino que tiene que dictar en su lugar la resolución que corresponda", como lo afirma el Procurador Primero Delegado Penal, haciendo cita de una jurisprudencia dictada por nuestra Sala de Casación Civil, pues en esta órbita de la jurisdicción juicio y proceso tienen significación idéntica.

Sumario, juicio y recurso extraordinario de casación, son, en materia penal, fases o grados en la evolución formativa del proceso. El recurso extraordinario de casación se origina en el juicio, pero no es parte integrante suya, ni lo es inherente con fuerza obligatoria. Interponerlo es facultad discrecional de las partes. Este recurso -dice Carnelutti. "es fase muy importante del proceso" vinculado al juicio, pero de naturaleza diferente. Obedece a una normación precisa y se regla por una técnica específica propia del fenómeno jurídico de la casación. Y no porque tenga origen en el juicio, antes que la sentencia cause ejecutoria, y de él emerja con fuerza trascendente, participa de su naturaleza, pues no siempre ésta depende del acto jurídico que la origina. El recurso de casación, sin embargo de ser extraordinario, es acto procesal como otro cualquiera, pero facultativo de las partes. Por ello y porque el art. 108 del C. de P. P. norma los deberes del "defensor", éste, el sindicado, el ministerio público y la parte civil, pueden, en sus casos pertinentes, interponerlo si lo quieren, antes, como ya se dijo, que la sentencia de segunda instancia quede ejecutoriada.

Ejercitarlo es derecho incuestionable del defensor de oficio o designado por el sindicado, pues tiene el deber consecuente con aquella norma imperativa de asistirlo en las diligencias en que su presencia sea prescrita por la ley y representarlo en todos los demás actos del proceso. Se ha querido entrever incongruencia en los ordenamientos de los arts. 108 y 432 del estatuto procedimental, el último de los cuales manda advertir al procesado el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo asista en el juicio, cuando se le notifica el auto de proceder. Se olvida por este modo que las actuaciones del apoderado o defensor son actuaciones procesales e igualmente obligatorias, y que el art. 108 es norma prevalente por ser normativa de los deberes del defensor. Por este orden de ideas, la aparente incongruencia entre las disposiciones preanotadas se resuelve con meridiana claridad y favorablemente al derecho de defensa, que no es ajeno al recurso extraordinario de casación, cuyos fines selectivos se condensan en el control jurisdiccional de la legalidad de la sentencia, la unificación de la jurisprudencia y el desagravio que la sentencia recurrida pueda haber inferido a las partes en el proceso. Entendido éste como una función integradora, más que como simple suma de agregados inconexos -como totalidad dinámica-, plena de significación y sentido, culmina finalmente cuando la declaración de certeza jurisdiccional inamovible se concreta en la cosa juzgada.

Como consecuencia de lo hasta aquí expresado, considera la Sala que obra dentro del proceso y para los efectos propios del mismo, con suficiente personería jurídica, el defensor del procesado que recurre en casación y busca a través de este medio la única vía posible contra la sentencia, pues no obstante la naturaleza especial y extraordinaria del referido recurso la actuación propia de la impugnación forma parte del proceso.

Del estudio anterior se concluye que debe reponerse la providencia protestada por el señor Agente del Ministerio Público, con las modificaciones anotadas y procederse al

defensor de oficio, con el objeto de precisar si reune los requisitos exigidos en el art. 63 análisis de la demanda formulada por el del Decreto 528 de 1964 y, en consecuencia, ordenar el traslado de rigor a la parte no recurrente, si fuere del caso.

De la simple lectura de la demanda sustentada por el defensor de oficio resulta ostensible su ineptitud formal, ya que no cumple con el primero de los requisitos exigidos por el artículo citado, o sea que "La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio..."

Como consecuencia de lo cual, la Sala declara que el defensor de oficio sí tiene personería para sustentar con la respectiva demanda el recurso de casación.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. - REPONER su providencia de fecha 12 de diciembre de 1969 puesto que el defensor de oficio sí tiene personería para sustentar con la respectiva demanda el recurso de casación, y

Segundo. - DECLARAR DESIERTO el recurso interpuesto por el defensor de oficio del procesado Jairo Mejía López, por ineptitud formal de la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase a la oficina de origen.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ESTUPRO

Causal 1ª de Casación. Para que el error sirva de base a la casación, ha de ser manifiesto, es la reiterada doctrina de la Corte. La promesa formal de matrimonio debe apreciarse con la objetividad del medio en que actúan los protagonistas y la fe que la víctima haya depositado en el promitente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, febrero veintisiete de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta Nº 7 de febrero 27 de 1970.

V i s t o s :

Procede la Sala, una vez agotado el trámite de la casación, a resolver la interpuesta contra la sentencia pronunciada, con fecha veintidós de mayo del año pasado, por el H. Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el proceso que por el delito de ESTUPRO se adelanta contra ANGEL MARIA PACHECO ROSAS y en el que aparece como ofendida la menor María del Carmen Ramírez, hecho ocurrido en los primeros meses del año de 1963 en la vereda de Vargas, comprensión municipal de Paipa, del mencionado Distrito Judicial.

La sentencia en cuestión condena al mencionado PACHECO ROSAS a la pena de quince (15) meses de prisión, más las sanciones accesorias correspondientes.

El recurso de casación fue oportunamente interpuesto por el defensor del procesado y concedido por el Tribunal. La Corte entra a resolverlo, teniendo en cuenta, en primer término, los siguientes

Hechos:

Desde principios de 1962 Angel María Pacheco y María del Carmen Ramírez tenían relaciones amorosas y como la madre de la muchacha, o sea la denunciante, María Engracia Ramírez Vásquez, tenía una tienda en cuyo patio estacionaba Pacheco Rosas el camión que manejaba, eran frecuentes las entrevistas de los dos enamorados.

Todo esto culminó cuando, una noche de los primeros días del mes de febrero de 1963, Pacheco Rosas accedió carnalmente a la menor María del Carmen Ramírez en un balcon de la casa de ésta, a consecuencia de lo cual quedo la muchacha embarazada. Pese a su estado, lo ocurrido solo se vino a saber cuando, hallándose embriagado Pacheco le dio, en presencia de la madre, una bofetada a María del Carmen, por lo que aquella protestó a lo que replico el procesado diciendo que lo que él quería de la muchacha ya lo había obtenido y que, por lo tanto, nada le importaba lo que después sucediera, oído lo cual por la denunciante fue causa de que llevara a su hija a donde el médico quien, no solo confirmó sus sospechas sino que le dijo que la muchacha presentaba un embarazo que evolucionaba en el tercer mes. Sin esperar más, doña María Engracia puso la denuncia que dio origen al presente proceso.

Actuación Procesal:

El Juzgado de primera instancia, que lo fue el Penal Municipal de Paipa, profirió, con fecha 27 de febrero de 1968, sobreseimiento definitivo en favor del denunciado Pacheco Rosas. Pero el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, al resolver sobre la consulta de ese sobreseimiento, lo revocó y llamó a juicio al sindicado, abrien-

do contra él causa por el delito de ESTUPRO. No obstante eso, el Juzgado en mención, en sentencia de 27 de septiembre de 1968, absolvió al procesado. Al consultarse esta sentencia, el Tribunal la revocó pronunciando en su lugar, tal como se deja dicho, sentencia condenatoria contra el procesado.

Demanda de Casación:

El doctor César Cabana Cabana, defensor del procesado al sustentar el recurso, ataca la sentencia invocando la causal consagrada en el numeral 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, esto es, por considerar dicha sentencia violatoria de la ley sustantiva por "apreciación errónea de determinadas pruebas, habiéndose incurrido en error de derecho en parte y en error de hecho también que aparecen de modo manifiesto" a consecuencia de lo cual hay infracción indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida y por aplicación errónea.

Hace consistir la errónea interpretación de las pruebas en que el Tribunal aceptó el dicho de la ofendida de haber quedado embarazada cuando ejecutó, por primera vez, el acto carnal con el procesado, lo que no es posible porque, según lo manifestó ella misma, se encontraba ese día con su estado catamenial y es bien sabido, arguye el recurrente, que en dicha situación no es posible que una mujer conciba. No obsta al error del Tribunal, continúa diciendo la demanda de casación, que la ofendida hubiera manifestado, en posterior intervención, que los coitos se habían repetido con frecuencia porque, como esta reiteración del acto carnal no fue puesta de presente por la muchacha desde su primera declaración, es de tenerse por sospechoso su testimonio.

De otro lado, no existe coincidencia entre el dicho de la ofendida y el resultado del examen ginecológico, según aparece del informe forense visible a fs. 11 y en el cual no se afirma, con certeza, la existencia del embarazo.

Hay también errónea apreciación de la prueba últimamente mencionada, es decir, del examen practicado por los Médicos Legistas, precisamente porque, pese a que en él no se afirma, como se deja visto, la certidumbre del embarazo, el Tribunal lo da por existente siendo así que la simple ausencia de las menstruaciones es un indicio muy inseguro de la existencia de la concepción.

Por otra parte y en lo que respecta a la responsabilidad del procesado, el Tribunal tuvo como prueba para establecerla la confesión extrajudicial de Pacheco Rosas cuando, ante un reproche que le fue dirigido por la madre de la ofendida, aquél le replicó: "Vea Engracia, tras de lo que yo iba, ya se cumplió. Y punto. Y hagan lo que quieran" frase que fue interpretada por el adquem como una clara referencia del procesado al hecho de que ya había ejecutado el acto carnal con María del Carmen Ramírez.

Considera el recurrente que tal frase no es ni siquiera un indicio leve de la ocurrencia de ese hecho y mucho menos constituye una confesión extra-judicial porque, en primer término, cuando el procesado pronunció esas palabras, se hallaba, según asevera un testigo, en estado de embriaguez lo que le quita credibilidad y porque, en segundo lugar, para que un hecho pueda ser considerado como indicio, es necesario que solo permita una explicación y la frase mencionada da lugar a varias.

Ataca, además, la sentencia porque ésta considera plenamente probado uno de los elementos constitutivos del delito de estupro, la promesa formal de matrimonio, conclusión a la cual llegó el Tribunal, interpretando erróneamente, a juicio del apoderado, las pruebas que obran en el proceso pues dio a éstas un valor probatorio que no tienen.

Se refiere a la apreciación que el ad-quem hiciera de las cartas que obran en el expediente, dirigidas por el procesado a la ofendida y que figuran en los folios 5 a 10 del cuaderno principal. Esas cartas, según el recurrente, no contienen más que manifestaciones ordinarias que se hacen comunmente los enamorados cuando están ausen-

tes, pero en ningún caso una promesa formal de matrimonio.

Senala también que la denunciante para nada se refirio a que el sindicado hubiera prometido matrimonio a la hija de aquella y a que, de las intervenciones de la propia ofendida tampoco se desprende que tal cosa hubiera existido. Refiriéndose a las expresiones de María Engracia Ramírez, subraya las de ésta cuando dice que "Todas las veces (en que el procesado manifestó ante ella la intención de contraer matrimonio con María del Carmen) le había manifestado que se buscara otra novia y que dejara a su hija quieta" o bien "que no molestara a su hija porque sabía (la denunciante) que él no se casaba con ella y le decía que buscara una persona que le sirviera para esposa porque nosotros éramos pobres". Y que la misma ofendida le había replicado a su novio, ante propuesta semejante, "que no se sentía capacitada para formar un hogar porque tenía quince años". Finalmente hace hincapié en la manifestación de esta última de que el motivo de la entrega a su novio fue el de que ella lo quería, se sentía atada a él y pretendía, atrayéndolo físicamente, que él cumpliera su palabra de matrimonio.

Por todo ello concluye que no hubo promesa formal de matrimonio y que el Tribunal, al considerar lo contrario, cometió un error de derecho por violación del artículo 253 del C. de P. P. e indirectamente del art. 319 del C. P. por lo que pide que se invalide el fallo recurrido y que, en su lugar, se absuelva al procesado de los cargos consignados en el auto de vocación a juicio.

Concepto del Ministerio Público:

Sobre la base de que, en casación, solo compete examinar si los elementos de juicio que el sentenciador de instancias tuvo a su disposición respaldan sus apreciaciones, caso en el cual la valoración que de las pruebas se ha hecho es inmodificable y no es posible un nuevo planteamiento valorativo de las mismas, salvo el caso de error manifiesto en la apreciación de ellas, la Procuraduría afirma que no existe tal clase de error y que, por el contrario, el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo hizo un juicioso examen del material probatorio para llegar a la conclusión de que el procesado es responsable del delito de estupro.

En efecto, la declaración de la ofendida se encuentra corroborada por el dictamen médico legal mediante el cual se estableció que aquella presenta una desfloración antigua y con las declaraciones de los testigos María Eugenia Ramírez y Rafael Rosas Camargo quienes dan cuenta de las manifestaciones del procesado de las cuales, a juicio de la Procuraduría, se desprende inequívocamente que aquél quiso referirse al acceso carnal.

También son atendibles, en concepto del Ministerio Público, los indicios que contiene el expediente y que permiten establecer la oportunidad de delinquir ya que el procesado era asiduo visitante de la casa de la ofendida lo que facilitaba que aprovechara la ausencia de la denunciante para la ejecución del acto carnal.

Y por lo que hace a la promesa formal de matrimonio, considera la Procuraduría que también es acertada su aceptación por parte del Tribunal ya que de las seis cartas reconocidas por Pacheco Rosas como escritas por él se desprende, de manera clara e inequívoca, su intención de casarse con ella, lo que también aparece corroborado con las declaraciones de la misma menor María del Carmen Ramírez, de su madre y del testigo Rosas Camargo.

Anota por último el mismo concepto fiscal, que el recurrente atribuye al término "formal" que emplea el Código Penal en su artículo 319, el significado de "solemne" que le dan las legislaciones civil y canónica, lo que no es exacto ya que la ley penal sustantiva lo único que requiere es que la promesa sea seria esto es "idónea a suscitar en una mujer de las mismas condiciones personal, social, intelectual etc. de la que figura en este proceso, el convencimiento de que la entrega sexual tiene como única causa dicha promesa y no otra".

En conclusión, conceptúa la Procuraduría que se debe desechar el recurso de casación interpuesto.

Consideraciones de la Corte:

Alega el demandante que ha habido violacion de la ley sustancial por apreciacion erronea de las pruebas y que tal error ha conducido a la indebida aplicación de las normas legales.

Hace consistir esa apreciación errónea, en que se les ha dado a las pruebas, por parte del Tribunal, un valor probatorio que no tienen lo que ha llevado al sentenciador a considerar que están demostrados plenamente los elementos del delito de estupro, cuando no es esto así. Por lo tanto se ha dado, en su concepto, indebida aplicación al artículo 319 del Código Penal.

En reiteradas oportunidades ha recalcado la Corte sobre el texto del numeral 1º del art. 56 del Decreto 528 de 1964 (in fine) que dice que el error, de hecho, para que sirva de base a la casación tiene que ser manifiesto, es decir, que haya, por parte del juzgador una protuberante inexactitud en la apreciación de las pruebas que lo haya conducido a una conclusión absolutamente reñida con la realidad procesal. Tal cosa no sucede cuando el juzgador de instancia ha hecho una valoración total de los elementos de prueba, armonizando los unos con los otros, en forma que lo que pudiera no decir cada uno de ellos por separado, aparece razonablemente de su conjunto por haberse acumulado todos ellos en orden a buscar una demostración de los hechos, que provenga no del fraccionamiento de tales elementos, sino, por el contrario, de su íntima correlación.

Es eso lo que ha sucedido en el caso de autos por cuanto el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, no se limitó a tomar las pruebas por separado sino que las unió y no quiso buscar la verdad de los hechos a través del examen parcial del acervo probatorio sino que lo valoró en su totalidad.

Por eso no es exacto decir, como lo hace el recurrente, que el Tribunal le dió el valor de plena prueba de la responsabilidad a la manifestación del procesado de que ya había obtenido de la ofendida lo que quería, sino que esta expresión la tomó el sentenciador de instancia como un dato que corroboraba lo dicho por la propia ofendida y por el examen médico legal, a saber, que entre procesado y ofendida se había ejecutado el acto carnal.

Otro tanto ocurre con el mencionado examen del cual el recurrente solo ha subrayado la manifestacion de la posibilidad de embarazo, pasando por alto el hecho de que allí también se habla de una desfloracion antigua, esto es, de la ejecución de un acceso carnal.

No menciona empero (como tampoco lo hace el Ministerio Publico) una importante manifestacion del procesado quien, al interrogársele durante la audiencia pública (fs. 105 vto. del cdno. principal) sobre si la ofendida había opuesto resistencia al acto carnal, contestó que no la había opuesto, lo que indica que sí aceptó haber ejecutado tal hecho.

De ese conjunto de pruebas resulta una razonable convicción de que sí hubo, entre procesado y ofendida, relaciones carnales. Y siendo esto así, no puede objetarse la sentencia por error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas.

Tampoco lo hay, a juicio de la Corte, en la aseveración que hace la sentencia acusada de que hubo por parte de Angel María Pacheco Rosas promesa formal de matrimonio. Los mismos argumentos que aduce el recurrente sirven para demostrar este aserto. En efecto, de las transcripciones que en su demanda hace tanto de lo manifestado por la ofendida como por la madre de ésta a tal respecto, se aduce claramente de que el procesado no solo expresó repetidas veces su intención de casarse con la primera sino de que insistió en tal manifestación ante la resistencia de una y otra a ese matrimonio basada la de la madre en la diferencia de condición social entre los presuntos contrayentes y la de la hija en su poca edad.

Teniendo esto en cuenta, no se puede negar que las cartas dirigidas por el procesado a su novia constituyen una reiteración de ese propósito y que, si tomadas ais-

ladamente, darían pié para interpretarlas del modo como se ha hecho en la demanda, eso no es posible si se las relaciona con el resto de las pruebas que obran en el expediente.

Y, finalmente, no cree la Corte que el Tribunal haya errado de modo manifiesto al considerar demostrada en los autos la promesa formal de matrimonio. Es esta una situación que tanto tiene de objetivo como de subjetivo. La formalidad de la promesa debe apreciarse, en primer término, de acuerdo con la objetividad del medio en que actúan los protagonistas en el sentido de que debe tenerse en cuenta lo acostumbrado, para tales casos, en su nivel social. Pero también debe tomarse en consideración la fe que la víctima haya podido depositar en el promitente en cuanto a la seriedad de la promesa y que mana de las condiciones sicológicas de aquella, su grado de ilustración etc.

En el caso de autos, la posición social de los protagonistas no pedía, como en otro de más alto nivel preparativos materiales de la boda. Bastaba con que se tuvieran por serias las intenciones del novio, a virtud de lo manifestado por él y que, por tal motivo pudiera nacer en la ofendida una justificable confianza en la próxima realización del matrimonio.

No se necesita, a juicio de la Corte que la promesa formal de matrimonio haya sido hecha "ab initio" con el fin de engañar, como sí sucede con las maniobras engañosas y las supercherías en las cuales la intención fraudulenta de obtener el acceso carnal. debe ser previa a los actos de engaño. La promesa formal puede haber sido hecha con buenas intenciones, seriamente, pero cambiar luego el ánimo del culpable y decidir aprovecharse de la confianza que esa promesa ha despertado en la víctima para obtener el acceso carnal y luego no cumplir lo prometido. Si tal cosa sucede, se está frente a un estupro, ya que, de todos modos, la promesa fué usada como medio de engaño y puede hablarse perfectamente de seducción.

En el caso de autos cree la Sala que hay en ellos elementos suficientes para que el Tribunal hubiera considerado demostrada la promesa formal de matrimonio y que por lo tanto, no ha habido apreciación errónea de las pruebas por parte de esa entidad ni en consecuencia violación de la ley por indebida aplicación de la misma, por todo lo cual no prospera el recurso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con él. NO CASA la sentencia del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo de fecha veintitrés de mayo de mil novecientos sesenta y nueve.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDADES CONSTITUCIONALES

El artículo 26 de la Constitución señala cuatro garantías, con naturaleza, objeto y consecuencias propias. Alegada en casación una nulidad constitucional o supralegal, ha de señalarse cual de las garantías del art. 26 de la Carta fue pretermitida. Prueba pericial. La ley señala las oportunidades para atacar el dictamen pericial, y si las partes las dejan pasar, precluye para ellas la oportunidad para hacerlo en la instancia superior o en casación. Causal 1ª de casación. Cuando se alega error de hecho o de derecho, éste ha de aparecer de modo manifiesto en los autos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, febrero veintisiete de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez).

Aprobado: Acta Nº 7 de 27 de febrero de 1970.

V i s t o s :

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Aduanas el 4 de julio de 1968, en la cual, además de otros pronunciamientos, impuso penas de prisión y las accesorias correspondientes a Juan Gallego Carvajal, Luis Eduardo Guarnizo, Carlos Gallego Carvajal y Luis Francisco González, como responsables de fraude a la Renta Nacional de Aduanas, descubierto el 18 de noviembre de 1964, cuando el camión marca 'Ford', modelo 1956, de placas W-2712, del Departamento del Meta y de servicio público, con capacidad para cinco toneladas, transportaba un cargamento de mercancías extranieras sin haber cumplido las exigencias legales de importación, ni pagado los tributos del fisco.

El vehículo fue aprehendido por funcionarios aduaneros cerca de Cáqueza, población situada entre Villavicencio y la Capital de la República, y estaba piloteado por Luis Eduardo Guarnizo, a quien acompañaba Juan Gallego Carvajal "en calidad de pasajero", según algunas versiones que luego resultaron en pugna con la verdad sustancial del proceso.

Minutos después fue detenido también por los mismos funcionarios el Jeep campero marca 'GAZ', modelo 1963, con placas ES-6840, que venía detrás del camión, ocupado por su conductor Luis Francisco González Rey y por Carlos Gallego Carvajal.

Culminó así una pesquisa de la Dirección General de Aduanas, adelantada en cuanto recibió noticia del arribo a los Llanos Orientales de transportes aéreos con mercancías no nacionalizadas, ni siquiera con documentos para autorizar su ingreso al país. Según los datos, eran utilizados para el aterrizaje de los aviones una pista preparada en la finca 'La Bole' perteneciente a Carlos Gallego Carvajal y otro campo del fundo 'El Cairo', poseído por Francisco González, a quien se le daba el nombre de 'Pachito'.

Las mercancías fueron depositadas inmediatamente en el Almacén de Remates de la Aduana de Bogotá, sin que persona alguna reclamara su entrega ni justificara la legalidad de la importación. Allí permanecieron hasta que se levantó el acta de entrega, fechada el 28 de junio de 1965 (folios 367 y

s. s. del C. Nº 2) y se hizo el avalúo por los peritos Guillermo Fontalvo Torregoza y Fernando Soler Gómez, de la División de Arancel, diligencia suscrita en la misma fecha (folios 129 y s. s. del mismo Cuaderno 2º), y que señaló el monto en la suma de once millones seiscientos treinta y dos mil cuatrocientos cuarenta y seis pesos ($ 11.632.446.00).

La primera instancia había terminado con sentencia dictada por el Juzgado Primero Superior de Aduanas de Bogotá el 7 de octubre de 1965, mediante la cual absolvió a los procesados Guarnizo, Gallego Carvajal y González Rey, por no encontrar la prueba requerida por el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal; y, en cambio, condenó a Samuel Torres a la pena principal de cinco años de prisión, por estimar que éste era el único que aparecía como responsable del fraude, en su calidad de importador de la mercancía. El Tribunal, en la segunda instancia, después de amplias consideraciones, declaró que Samuel Torres era una persona fingida y que los autores eran los otros ya mencionados, respecto de los cuales revocó la absolución.

II

Las Demandas de Casación.

Ante la Corte se han presentado tres demandas, en este orden:

a) Por el doctor Rito Antonio Galvis C., a nombre de Luis Eduardo Guarnizo, en la cual acusa el fallo fundándose en la causal 4ª de casación prevista en el artículo 56 del decreto 528 de 1964, pues "no fueron observadas las formalidades propias del juicio, y que, por esta razón, han sido violadas las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional";

b) Por el doctor Eduardo León Orjuela, como mandatario de Juan María Gallego Carvajal, en la cual formula el cargo de "evidente error de hecho conforme a lo previsto por el artículo 56, ordinal 1º del decreto 528 de 1964, toda vez que omitió la consideración de las pruebas que determinan la forma de plena inocencia de mi defendido"; y

c) Por el doctor Guillermo Calderón Vanegas en representación de Francisco González. Solicita en élla "que sea casada la sentencia que acusó conforme a lo prescrito por el ordinal 4º del artículo 56 del decreto 528 de 1964. La nulidad insubsanable que invoco se origina en el hecho plenamente demostrado de que no fueron observadas las formalidades propias del juicio, toda vez que tanto en la primera instancia, como en desarrollo de toda la investigación y del recurso de alzada se violaron las normas expresas contenidas en la ley procedimental aduanera".

Las demandas primera y tercera contienen análogamente un mismo cargo, con alguna variante en lo que se refiere a la última, como se puntualizará en su lugar.

Por auto de 31 de octubre de 1969 se declararon estas demandas ajustadas a las exigencias del art. 63 del Decreto 528 de 1964, y, aunque el recurso extraordinario había sido concedido igualmente a Carlos Gallego Carvajal, la Sala hubo de declararlo desierto para él, pues transcurrió el término de traslado sin que lo sustentara, todo en virtud de lo dispuesto por el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal y 65 del citado Decreto.

Por razones de técnica se examinarán en primer lugar las demandas de los apoderados de Guarnizo y González, dado que apoyan los motivos que alegan en vicios de procedimiento por violación de normaciones constitucionales.

III

Concepto de la Procuraduría.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal estudia detenidamente cada uno de los cargos hechos al fallo condenatorio en las tres demandas y concluye rechazándolos, para pedir a la Corte desechar el recurso y ordenar la devolución del expediente al Tribunal de origen.

Al revisar las alegaciones de los recurrentes se hará referencia a algunos de los aportes de la Procuraduría en la solución del recurso.

III

La Primera Demanda.

El cargo único que en ella se propone contra el fallo se descompone en dos tiempos: uno, que el demandante califica de defectuoso, y otro que tacha como pecaminoso. A su vez, el aspecto primero se plantea en relación con tres materias, así:

a) La actuación se adelantó de acuerdo con el Decreto 3134 de 1952, cuyos artículos 16 y 18 fijan el término improrrogable de diez días para pedir las pruebas y practicarlas, pero el Juez ordenó, en auto del folio 226 del C. 2º, diligencias pedidas por el Agente del Ministerio Público fuera de tiempo: "Este ordenamiento de pruebas en forma extralegal lesiona el derecho de defensa y contraviene expresamente el artículo 26 de la Constitución Nacional";

b) No está determinada la fecha en que Juan Gallego Carvajal se notificó del auto de apertura a pruebas en las condiciones del artículo 6º del Decreto 2187 de 1953 y complementario del 3134 de 1952, grave falla que impide determinar la ejecutoria de dicho proveído y las etapas subsiguientes;

c) La audiencia "quedaba delimitada a la forma suscinta" contenida en el inciso 2º del artículo 18 del Decreto 3134 de 1952, formalidad no cumplida porque ese acto procesal fue objeto de varios aplazamientos y porque antes de él se prorrogó indebidamente el período durante el cual debían aportarse las pruebas.

Pide, en consecuencia, la nulidad del proceso a partir del auto de apertura a pruebas.

Considera la Corte:

El artículo 26 de la Constitución Nacional consagra un complejo doctrinario integrado por distintas previsiones que no siempre tuvieron igual desenvolvimiento histórico, si bien se presentan ahora en estrecha unión para instituir las llamadas garantías procesales, que, completadas con las garantías penales del artículo 28, preservan situaciones absolutamente necesarias para la seguridad de la persona humana. Pero el hecho de que se les incorpore en una misma norma, no significa su fusión en un principio único, de manera que sea suficiente invocar el artículo para que el complejo se movilice hacia la protección jurídica adecuada.

Es preciso distinguir los derechos amparados en la norma, a fin de saber exactamente las limitaciones del poder político y la forma como los ciudadanos deben defenderse de los excesos o de las omisiones en la Rama Judicial. Plantear en bloque esas garantías, es error que induce a confusiones para apreciar la actividad de los funcionarios, que debe especificarse para saber si aplicaron una ley inexistente, o carecieron de competencia, o siguieron un procedimiento arbitrario, o negaron la favorabilidad en el concurso de leyes para el caso sub-judice.

El artículo 26 de la Carta determina cuatro garantías, cada una de las cuales tiene naturaleza, objeto y consecuencias propias, y cuyo desconocimiento acarrea sanciones de distintas clases, salvo en los casos excepcionales que describe el artículo 27, así:

a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento;

b) Legalidad de la jurisdicción;

c) Observancia plena de las formas del juicio, y

d) Aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado.

De todas estas maneras se ejerce el derecho de defensa, bajo la tutela constitucional. Trátase, como puede verse al tomarlas aisladamente para su análisis y comprensión, de situaciones distintas, pues no es lo mismo decidir basándose en una disposición derogada, o en una posterior al acto, que hacerlo sin facultad legal, o salirse del procedimiento prescrito, o no acoger lo permisivo cuando corresponde. Si en el ámbito de las declaraciones pueden permanecer unidas estas garantías, no sucede igual en

el momento de impugnar un fallo en casación, recurso que obliga a precisar las violaciones que tienen como consecuencia la negación del derecho. Decir que en un proceso, o en cualquiera de los actos que lo componen, se "contraviene expresamente el artículo 26 de la Constitución Nacional", sin demostrar de qué clase es la contravención, es adoptar una peligrosa generalidad, dejando de lado las precisiones obligatorias en esta etapa culminatoria del proceso.

La Corte carece de elementos demostrativos que le permitan conocer el vicio observado y hasta donde van su profundidad y extensión. La demanda debe indicar cuál o cuáles de las cuatro garantías procesales fueron vulneradas por el juzgador y exponer el concepto de la violación, a fin de que en la casación se haga los reconocimientos pertinentes. Lo que no puede es, supliendo los vacíos del libelo, efectuar diversidad de apreciaciones excluyentes, buscando con éllo desentrañar no solo el fundamento del cargo, sino el cargo mismo.

Una sanción de nulidad supralegal por violación del derecho de defensa no puede decretarse sin concretar la índole de esa violación, y sin demostrarla. Una subversión normativa de tal gravedad deja al procesado como víctima a quien es ineludible reintegrar su capacidad para la libertad y la vida honrada. Por lo mismo su aceptación sólo procede cuando se han puesto en peligro atributos básicos de la persona y partes fundamentales del ordenamiento jurídico.

Bastaría tener en cuenta las omisiones en que sobre el particular incurre la demanda para rechazar el cargo, pues en élla no se analiza el aspecto o los aspectos constitucionales desconocidos, sino que, como está visto, se afirma que se ha contravenido el artículo 26 de la Carta, sin demostrar el concepto de la contravención.

Sin embargo, conviene advertir que la prórroga de un término probatorio, máxime cuando en él han intervenido activamente el procesado y su representante, no vicia sustancialmente el procedimiento para anularlo en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución. También es necesario anotar que la falta de determinación del día en que se hace al procesado detenido la notificación del auto de apertura a pruebas, tampoco desquicia el régimen jurídico ni amengua el derecho de defensa, si efectivamente la actuación se cumplió con su presencia y su intervención constantes. Finalmente, la audiencia que se lleva a cabo, no en "la forma suscinta" prevista en alguna disposición, sino con todas las ampliaciones de que trata el Código de Procedimiento Penal, garantiza mejor el derecho de defensa, y que, lejos de convertirse en un defecto, es un hecho indicador de la forma como se adecuaron las garantías constitucionales. Como anota el Procurador, la práctica de pruebas vencido el término a lo sumo representa una irregularidad que no alcanza a invalidar la actuación, pues no está expresamente contemplada en la Ley con tales efectos ni podría decirse que el funcionario había perdido jurisdicción.

La sumisión tradicional al procedimiento escrito ha demeritado los alcances de la audiencia en toda clase de procesos, y es así como raras veces se satisfacen las autorizaciones contenidas en el artículo 472 del Código, modificado hoy por el artículo 14 del Decreto 1358 de 1964, según el cual el Juez dirige ese acto procesal y en el curso de él tiene facultades amplias para suscitar careos, exigir a los testigos o peritos relaciones o dictámenes y llevar a cabo cuantas diligencias estimare convenientes para esclarecer los hechos y aceptar o rechazar las peticiones propuestas por las partes. Es éste un momento decisivo porque en él pueden rectificarse, reducirse o desvirtuarse los cargos formulados, o porque hay oportunidad de aclarar posiciones muy convenientes para la decisión final.

En el caso de autos aparece sobradamente demostrada la intervención de los defensores en la audiencia, que se adelantó ejerciendo algunas de las atribuciones judiciales relacionadas en la norma procesal citada. De manera que no puede admitirse el cargo de ilegalidad hecho a esta diligencia.

Lo que el actor llama "pecados de forma imputables al Tribunal Superior de Aduanas" y que constituyen el otro aspecto del

cargo único formulado contra la sentencia, se sintetizan así:

En la segunda instancia se recibió el proceso el 3 de febrero de 1966 cuando el Decreto 1821 de 1964, que es el nuevo estatuto aduanero, se encontraba en vigencia. La defensa pidió que se aplicara éste por estimar que era más favorable, pero, a pesar del mandato del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, se desatendió la petición, fundándose el Tribunal en que no fue hecha por todas las partes: "la ley no autoriza al juzgador para desconocer la mayor favorabilidad invocada por el procesado, porque si ésto ocurriera equivaldría a la anulación de tan claro derecho...En resumen: el Tribunal impuso un procedimiento inexistente ignorando la vigencia del Decreto 1.821 de 1964. Como la segunda instancia debía regularse por la norma antes citada, se violentó la norma procesal propia del juicio y se agravió la garantía consagrada en el artículo 26 de la Constitución Nacional".

Dedúcese de lo anterior que el cargo se concreta al hecho de que el juzgador de segunda instancia no aplicó el nuevo estatuto, sino las normas anteriores a 1964.

Considera la Corte:

El Tribunal, en el momento oportuno, hizo amplio análisis respecto de las normas que deberían disciplinar la instancia y optó por la que contiene la Legislación anterior al estatuto hoy vigente, con la demostración completa de que tales disposiciones son más favorables al procesado, porque, entre otras garantías, le concede un término probatorio durante la segunda instancia, suprimido por el Decreto 1.821 de 1964. Además, el actor no indica ni mucho menos demuestra en qué forma pudo haber quebranto de la norma constitucional que considera violada.

En consecuencia, no prospera el cargo por ninguno de los dos aspectos indicados.

IV

Tercera Demanda.

A diferencia de la primera, que pide invalidar el proceso a partir del auto de apertura a prueba, en ésta se sostiene la nulidad de todo lo actuado, es decir, desde la providencia que dispuso investigar la denuncia. Funda la causal en no haberse adoptado las formas propias del juicio, pues en vez de seguir los Decretos 188 de 1958 y 2435 de 1953, reglamentario del 3134 de 1952, que determinan la designación de los peritos avaluadores de la mercancía, dispuso el justiprecio por funcionarios nombrados por el Director General de Aduanas. Dice el libelo:

"Los peritos no fueron nombrados, ni por el Juez conforme a las regulaciones del Código de Procedimiento Penal, ni por el Administrador de Aduana correspondiente de acuerdo con el Decreto 2435 de 1953 en los artículos respectivos, sino que estos señores fueron nombrados por el Director General de Aduanas, persona y funcionario que era parte interesada en esta clase de investigaciones durante el régimen consignado en el Decreto 3134 de 1952 y 188 de 1958. El hecho de que se hubiera permitido la designación de los peritos en forma irregular por una de las partes interesadas vicia de nulidad insubsanable la diligencia de inventario y avalúo. Afecta igualmente la determinación de la competencia para el fallamiento (sic) del proceso.

"Reviste mayor gravedad esta anomalía si se tiene en cuenta que el Decreto 188 de 1958, ordena en su artículo 18 lo siguiente: 'La pena se graduará teniendo en cuenta el valor de las mercancías, el de los derechos que debían pagar éstas, los antecedentes penales del sindicado especialmente los de carácter aduanero y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad establecidas en el Código Penal'.

"El imperativo ordenamiento explica las especiales garantías que el legislador impuso en el Decreto 2435 de 1953 al determinar que la diligencia debía practicarla el Administrador de la respectiva Aduana, tomando los peritos de dos listas, por sorteos de la nómina de aforadores de la Aduana y de una lista de comerciantes honorables, que anualmente debía solicitarse a la respectiva Cámara de Comercio".

Agrega la demanda que se han violado las garantías propias del juicio porque se ha impuesto una pena basándose en un avalúo irregular.

Considera la Corte:

Efectivamente, los artículo 7º a 10º del Decreto 2435 de 1953, dictado por el Ejecutivo para reglamentar el Decreto 3134 de 1952, contiene algunas previsiones sobre la forma como debe practicarse el avalúo de los objetos decomisados por estimárseles de contrabando. Es así como dispone el artículo 8º: "El avalúo de la mercancía se practicará según su valor comercial, al por mayor, en el momento de la diligencia"; y el artículo 9º: 'El avalúo será practicado dentro del término que el Administrador de la Aduana señale, por dos peritos que dicho funcionario escogerá, por sorteo, así: uno de la lista de comerciantes honorables de la localidad que cada año deberá pedirle a la correspondiente Cámara de Comercio, y el otro, de una lista integrada por los aforadores de la Aduana. En la diligencia de avalúo tales peritos deberán dejar constancia, en columnas separadas, del peso, cantidad, valor, naturaleza de la mercancía y determinará si son nacionales o extranjeras. En columna especial de la misma acta de la diligencia, el aforador que haya intervenido dejará constancia de la posición arancelaria de la mercancía y del gravamen correspondiente".

El trámite seguido en el proceso para avaluar las mercancías no negó las formas propias del juicio toda vez que siguió preferentemente al reglamento contenido en el artículo 2435 de 1953, las normas del Código de Procedimiento Penal. Además, aún en el caso de que estas normas no fueran las aplicables, el hecho no está sancionado con nulidad por la legislación especial aduanera ni por el estatuto procesal. Fuera de ésto la demanda no puntualiza ni mucho menos analiza cuáles fueron las consecuencias que contra el derecho de defensa resultaron de esa actuación.

Por el contrario, en lugar del término tan corto que trae el artículo 11 del reglamento ejecutivo citado, que es de 48 horas para poner en conocimiento de las partes el dictamen, y de otras 48 para aclararlo, ampliarlo o explicarlo, el Código de Procedimiento Penal encierra una serie de garantías respecto de la producción y apreciación de este medio de prueba, así: capacidad del Juez para designar simultánea o sucesivamente más de un perito (artículo 258); idoneidad, moralidad, autonomía y demás condiciones requeridas por el artículo 259 de la misma obra; cooperación para el estudio de los problemas propuestos (artículo 260); prevenciones sobre la responsabilidad de perjuros y prevaricadores (artículo 261); facultad para recusar cuando concurra cualquiera de las circunstancias descritas en el artículo 73, que son las mismas que obligan a los Jueces a declararse impedidos para conocer de determinados procesos criminales (art. 262); autorización para que el procesado y los demás interventores presenten cuestionarios que complementen los del Juez (artículo 263); presencia de las mismas personas durante las inspecciones, exámenes y diligencias que sirvan para fundar el dictamen (artículo 264); traslado por cinco días (artículo 266); derecho para objetarlo por error grave, fuerza, cohecho o seducción (artículo 267), y sistema de valoración conforme al arbitrio del artículo 268, garantías todas que no concede el decreto reglamentario alegado como más favorable para la defensa.

El Decreto 3134 de 1952, en su artículo 22, dispone aplicar a los procesos por fraude a la renta nacional de aduanas "las normas del Código de Procedimiento Penal que no sean incompatibles con la naturaleza especial" de aquéllos, lo cual significa que hay referencia expresa para que los funcionarios instructores y juzgadores dispongan la práctica de pruebas, y de manera especial las peritaciones, de acuerdo con dicho estatuto.

Pero hay otras cuestiones de fondo. Entre los principios elaborados por las ciencias procesales está, como cuestión central, el de la contradicción de la prueba, requi-

sito básico para admitirla y reconocerle poder de convicción. Las personas contra quienes milita un elemento probatorio de cualquier naturaleza que sea, máxime el pericial, deben enterarse de la forma como se produce y como se vincula al proceso, a fin de que tengan oportunidad de analizarla y aun de presentar demostraciones opuestas. Principio que niega la reserva propia de otras épocas y que contribuye a garantizar eficazmente el derecho de defensa.

De ahí el que la legislación procesal establezca las exigencias de que se ha hecho mérito, muchas de las cuales son comunes al procedimiento civil; y, en lo que concierne a la pericia, haga énfasis en el traslado, pues de él depende su aceptación y reconocimiento. Si las partes se enteraron del auto que la ordena y se notificaron a tiempo de él; si no recusaron a los peritos, y, haciendo fe en sus condiciones de todo orden, no intervinieron en las inspecciones y reconocimientos; si recibieron el traslado del dictamen y no lo objetaron; y si renunciaron al derecho de acusarlo antes de entrar el expediente al despacho del Juez para sentencia, es lógica la conclusión de que implícitamente le otorgaron validez y admitieron su sujeción a las formalidades legales, quedando inhibidas para revivir ataques o reservas no planteados en el momento procesal oportuno. Las partes se cierran así el camino para que en la instancia superior, o en el recurso extraordinario de casación, pueda examinarse la procedencia del peritazgo, la calidad de sus autores, la legalidad de su designación, el tiempo durante el cual haya permanecido el cuestionario en estudio y las demás circunstancias que integran lo que se llama la historia del dictamen, porque no hayan querido, teniendo derecho para éllo, presenciar las diligencias tendientes a fundarlo. Precluye para ellas, por la irregularidad de su acción, una actividad que el procedimiento autoriza adelantar en un tiempo determinado, mejor aún, en una etapa determinada, ya que ésta se compone de una serie de actos propios para reclamar la seriedad, eficacia e imparcialidad de la prueba.

No significa ésto que la valoración del dictamen no pueda ser objetada ulteriormente, por errores del juzgador que se expresan en desviadas, maliciosas o irreales apreciaciones, o simplemente en descuidos sobre el significado de este aporte. Una es la incapacidad de las partes para alegar contra un dictamen consentido por ellas, más allá del momento en que va a ser analizado por el Juez, y otra la facultad de éste para las calificaciones aconsejables según su entendimiento de las disciplinas probatorias y sus concreciones en la dogmática nacional. La libre apreciación, que ceñida a la sana crítica, consagra y defiende el artículo 268 del estatuto procesal es una conquista del derecho colombiano, que no puede ponerse en duda ya que, además de su claridad normativa, es indispensable para armonizar las distintas vías transitables hacia la certeza.

Ahora bien, el expediente informa que hubo cambios en los peritos avaluadores debido a inconvenientes muy comunes para esta clase de prueba. Pero también da cuenta de que los peritos que rindieron el dictamen, Guillermo Arturo Fontalvo Torregosa y Fernando Soler Gómez, fueron nombrados por el Juez y posesionados por él de su cargo, tal como puede apreciarse en la diligencia del folio 263 del cuaderno 1º, llevada a cabo como lo dispuso el auto de 4 de febrero de 1 965. Esos peritos, dice la diligencia, debían reemplazar a los anteriormente nombrados, Gustavo Perdomo Andrade y Carlos Darío Hernández.

La actuación de Fontalvo Torregoza y Soler Gómez continuó en los días 10, 11 y 16 de febrero de 1965, según puede verse en el folio 329, y prosiguió, sin oposición ninguna, el 5 de marzo (folio 380), el 11 y el 16 del mismo mes (folios 396 y 407), el 6 y el 7 de mayo (folios 595 y 598), fecha en que termina la diligencia, para producir el informe, el 28 de junio de 1965 (folios 129 y s. s. del cuaderno Nº 2).

Del dictamen se dió traslado en auto debidamente notificado (folios 136 y 137 del cuaderno Nº 2), sin que hubiera habido observación alguna, ni en la audiencia, ni en ninguno de los momentos anteriores al fallo. Por lo tanto ya esa pieza probatoria, en su formación no puede ser objeto de repa-

ros en casación, por las razones ya expuestas. Tanto la forma como se produjo el dictamen, como el dictamen mismo, esto es la historia de esa diligencia y su texto y conclusiones, quedaron en firme y ningún argumento es idóneo para poner en duda su carácter preclusivo.

No prospera el cargo.

V

Segunda Demanda.

La segunda de las demandas presentadas, esto es, la que suscribe el apoderado de Juan Gallego Carvajal, alega como única causal de casación "un evidente error de hecho" que consiste en que el fallo recurrido no da valor o no toma en cuenta pruebas favorables al procesado, y, por el contrario, admite como válidas las tendientes a demostrar su responsabilidad. Dice:

"En lo tocante a Juan María Gallego Carvajal se fundamenta el proveído en las siguiente razones:

"1. En que Juan Gallego acompañaba al conductor del camión de placas W-2712 por la carretera que de Cáqueza conduce a Bogotá, en la noche de noviembre de 1964;

"2. Que al acompañarlo montó celosa y armada vigilancia del cargamento que era transportado en el camión de su propia esposa y que al agregar al expediente una factura de fecha 6 de noviembre de 1964 conformó una impostura que paradójicamente viene a configurar un indicio de culpabilidad;

"3. Que como el contrabando no fue transportado por vía fluvial es forzoso concluír que fue descargado en una vasta llanura de la hacienda de El Cairo de propiedad de Luis Francisco González, o en una posible pista de aterrizaje existente en la finca La Bole de propiedad de los hermanos Gallego Carvajal;

"4. Que la tentativa de soborno por parte de Gallego a los funcionarios aduaneros constituye otro grave indicio de responsabilidad;

"Dando a estos hechos el carácter de indicios y desconociendo situaciones y circunstancias suficientemente acreditadas por el expediente concluye condenando a mi defendido a la pena anotada inicialmente".

La admisión de estos hechos constituye violacion de las normas contenidas en los artículos 216, 222 y 223 del Codigo de Procedimiento Penal, a juicio del recurrente.

En cambio, sostiene el actor, que la sentencia omitio dar el verdadero valor probatorio al documento que obra en el folio 405, un informe del Jefe de la Seccion del Departamento Administrativo de Seguridad en los Llanos Orientales, que determina la propiedad de las mercancias que enviaba Samuel Torres a Isaac Pinsky, mercancias que se encontraban en Puerto López a bordo de la chalana Bolívar, el 16 de noviembre de 1964, documento público que tiene la plenitud otorgada en el artículo 251 del estatuto procesal.

De otra parte, agrega, el Tribunal desecha la version del detective 1229 y del chofer que lo acompañaba, perteneciente también al Departamento Administrativo de Seguridad, Italo Ospina Estrada, quienes afirman haber visto el manifiesto de aduana número 8, expedido en Arauca, que amparaba la mercancía reputada de contrabando.

La demanda enumera otras pruebas estimadas sin valor, o mal estimadas por el juzgador, así: la confesión de los sindicados Juan María Gallego Carvajal y Luis Eduardo Guarnizo; el informe de la Registraduría Nacional del Estado Civil (folio 438 del C. 1º) sobre los numerosos anónimos (sic), -debe ser homónimos- de Samuel Torres; el oficio de 3 de abril (folio 500 del C. 1º) remitido por el Juzgado Auxiliar de Instrucción Penal Aduanera de Medellín, en que señala que Samuel Torres está sindicado en ese Despacho por fraude a la Renta Nacional de Aduanas, y una factura que fue enseñada por esta persona al Detective 1229 (folios 405 C. 1º y 108 a 116 del C. 2º). En seguida de estas enumeraciones dice textualmente la demanda:

"Como el Tribunal omitió considerar las

pruebas que determinan en forma plena la inocencia de Juan María Gallego Carvajal; y como dió el carácter de indicios de culpabilidad a simples hechos y sospechas, incurrió en notable violación de la ley sustantiva por evidente error de hecho.

"El Tribunal al condenar a Gallego lesionó los arts. 116, 222, 223, 224, 251, 252 y 255 del C. de P. P. y a través de ésto aplicó defectuosamente el art. 3º del decreto 1432 de 1940 y el decreto 1821 de 1964.

"Por las buenas razones anteriormente expuestas solicito a la H. Corte Suprema de Justicia que invalide la sentencia y que en su lugar absuelva a mi defendido Juan María Gallego Carvajal".

Considera la Corte:

Cuando la violación de la ley sustancial, no "sustantiva" como dice el recurrente, lo cual entraña una calificación nueva que deliberadamente introdujo el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 en su numeral 1º, ocurre por error de hecho, es obligatorio no solo enumerar las pruebas que consideró erróneamente el juzgador, sino expresar la razón del error, y, más aún, demostrar que ese error es manifiesto y que él condujo a la infracción de la norma. Las normas no se redactan con voces sin significado y el intérprete tiene el deber de reconocerlo de acuerdo con los sistemas establecidos, incluyendo, como es obvio, los gramaticales. Error manifiesto es el que aparece claro, evidente, el que se patentiza comparando el medio de prueba con el mérito otorgado en el fallo. Debe ocurrir, por consiguiente, una contrariedad notoria entre la verdad puntualizada en los autos y el acogimiento que el fallo les dé. La ley impone la necesidad de alegar la equivocación y alegar es operación que entraña raciocinio o reflexión que favorezca conclusiones lógicas. Más aún, la ley obliga a demostrar la apreciación errónea o la falta de apreciación, y ello significa que el recurrente debe probar sus puntos de vista, es decir, dirigir contra el fallo elementos de certeza más sólidos y convincentes.

La demanda se limita a relacionar las pruebas que tuvo en cuenta el fallo y hacer la misma operación respecto de las que omitió o de las que no apreció debidamente, pero sin cumplir ninguna tarea demostrativa de la contrariedad entre los hechos y el valor concedido judicialmente a los mismos. Por ejemplo, no dice en qué forma se apreciaron mal las confesiones de los sindicados, ni indica cómo debieron entenderse; tampoco puntualiza el valor de las declaraciones de los agentes del Das y cuál el que a su juicio es el verdaderamente jurídico. Así ocurre con las demás diligencias mencionadas de modo que resulta imposible oponer una valoración distinta, de donde surja patente o abiertamente el error. Se está en presencia de una absoluta falta de demostración, de modo que cualquier estudio sobre el particular invadiría el campo de las conjeturas, posición que no es la del recurso que se ventila.

Limitarse a decir que fueron lesionados los artículos 216, 222, 223, 224, 251, 252 y 255 del Código de Procedimiento Penal, sin demostrar la causa de la violación, es una simple enunciación que paraliza cualquier tendencia de buena voluntad hacia el análisis del cargo. Por ejemplo, el artículo 216 del estatuto procesal define el indicio, pero la demanda no trae argumento alguno de cómo el fallo violó la definición. El artículo 217 niega a un solo indicio el carácter de plena prueba, y tampoco se vé cómo el fallo condenatorio violó este mandamiento. El artículo 223 dice que el hecho indiciario debe estar probado con plenitud, y la demanda no puntualiza cuál fue el indicio y cómo carece de respaldo probatorio. Así sucesivamente.

Enúnciase además que a través de las violaciones de estas normas, el fallo recurrido "aplicó defectuosamente el artículo 3º del Decreto 1.432 de 1940 y el decreto 1.821 de 1964". La causal 1ª de casación concede prosperidad al recurso cuando la sentencia viola la ley sustancial por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea, y agrega que si la violación proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba debe demostrarse el error manifiesto. En ninguna parte habla de "apli-

cación defectuosa", pero aún en el caso de que se admitiera la expresión, habría que entender que la demanda ya no alega el error de hecho sino una aplicación indebida, cosa que se dejó sin plantear y menos aún sin demostrar.

No prospera el cargo.

VI

Fallo

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del colaborador Fiscal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior de Aduanas a que expresamente se alude en la motivación de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

José Evencio Posada V., Secretario.

DEFENSOR DE OFICIO

La Corte no puede nombrarle defensor de oficio, al recurrente en casación, por tratarse de un recurso extraordinario, especial, facultativo de las partes, que no constituye una tercera instancia y la institución de la defensa de oficio, se halla contemplada sólo para las instancias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, febrero veintisiete de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

(Aprobado: Acta Nº 7 de febrero 27 de 1970).

V i s t o s :

La Corte, mediante providencia de 12 de diciembre de 1969, declaró admisible el recurso de casación interpuesto por el procesado TEODULO ROMERO contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, proferida el primero de octubre del mismo año.

Al corrérsele traslado al recurrente para que mediante abogado presente la correspondiente demanda de casación, pide que se le nombre por la Corte defensor de oficio, a fin de que lo asista dentro del referido recurso de casación.

Esta petición no puede atenderla favorablemente la Corte por las siguientes razones:

1ª 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.

"......"

Se indican en este precepto, entre otras garantías, la de que el juzgamiento se lleve a cabo "observando la plenitud de las formas propias de cada juicio", entre las que son de particular importancia las que atañen al ejercicio efectivo del derecho de defensa, cuyas manifestaciones primordiales consisten en la producción de pruebas y en los alegatos orales o escritos.

Anota la Corte que "la sentencia que condena a un reo sin que los jueces hayan oído su defensa, o sin que se le hayan dado los medios de aducir pruebas, es violataria no sólo de la ley de procedimiento, sino también de la Constitución Nacional", (G. J. t. LXXVI, Nº 2134, pgs. 434 y sgs).

Y esto resulta evidente, pues la búsqueda de la verdad y la aplicación justa de la sanción, como objetivos principales del proceso penal, únicamente resultan legítimos si se asegura al sindicado una defensa efectiva, la cual se concreta en las diferentes facultades que la norma de procedimiento le confiere al acusado para ejercitarla.

Como dice VINCENZO MANZINI, consiste aquel derecho en una "actividad procesal dirigida a hacer valer ante el juez los intereses jurídicos del imputado". Vale decir, que no es dable restringir al sindicado la facultad de alegar y de probar su inocencia o cualquiera circunstancia que modifique el grado de la responsabilidad, en igual forma que no se puede dejar en desamparo absoluto los intereses de la sociedad puestos en juego en el negocio penal.

Ahora bien:

La defensa formal, esto es, la que se cumple mediante alegatos y observaciones que exigen apoyo en preceptos de derecho sustantivo o procesal, requiere conocimientos jurídicos de los cuales carece generalmente el acusado. Sin esta preparación en la ciencia del Derecho, no puede éste defenderse ciertamente.

Es natural, entonces, que el sindicado cuente con la asistencia jurídica de quien puede, por su calidad de abogado, realizar su defensa.

2ª Este derecho de defensa, como forma propia del juicio, no sólo representa una facultad que se confiere al procesado, sino que constituye un deber del juez hacerlo pertinente. Ello explica la institución de la defensa de oficio, prevista en las instancias para el reo declarado ausente o para el sindicado que no quiere o no puede nombrar defensor.

Se tiene, en efecto:

a) Que "el procesado, desde el momento en que sea aprehendido o llamado a rendir indagatoria, tiene derecho a nombrar un apoderado que le asista en todas las diligencias del sumario. El funcionario de instrucción le hará conocer este derecho. Si el procesado no quiere o no puede nombrar apoderado, el funcionario de instrucción se lo nombrará de oficio". (Art. 104 del Código de Procedimiento Penal).

b) Que "al notificarse el auto de proceder, se hará saber al procesado el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo represente en el juicio; si no lo nombrare, lo designará el Juez. El defensor nombrado será reconocido por el Juez si reuniere las condiciones para desempeñar el cargo" (artículo 432 del mismo Código).

c) Que "dictado el auto de proceder, el Juez ordenará citar al procesado por medio de empleados de su dependencia o de la Policía, si fuere necesario, para que se le notifique personalmente. Cuando no fuere posible hallar al procesado para hacerle dicha notificación, se emplazará por edicto que permanecerá fijado durante veinte días en la Secretaría del Juzgado y se publicará en carteles fijados en lugares públicos de la localidad. Si transcurrido este plazo, no compareciere, se le declarará reo ausente, se le nombrará defensor de oficio y con este se seguirá el juicio hasta su terminación. Si el procesado estuviere excarcelado con fianza, se dará cumplimiento a las disposiciones sobre el particular y a lo dispuesto en el inciso anterior", (art. 433 de la misma obra).

d) Que "la indagatoria del procesado que no fuere posible encontrar, después de practicadas las mismas diligencias a que hace referencia el artículo 433, no es necesaria para continuar el sumario ni para calificar el mérito de este", (art. 365 Ibidem).

3ª Este carácter obligatorio de la defensa del acusado, el cual lleva a que el juez debe propiciarla oficiosamente en las oportunidades de que se ha hecho referencia, no se dá en el recurso de casación, pues en éste no se señala la defensa de oficio como forma propia del procedimiento. Esa obligatoriedad de la defensa del sindicado está reservada a las instancias.

Bien sabido es que el recurso de casación tiene un carácter extraordinario y trámite especial; que no es una etapa necesaria en el desarrollo del proceso, como que es facultativo del sindicado o su defensor, del Ministerio Público y de la parte civil acudir, en los casos señalados en la ley, a este medio de impugnación de las sentencias de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, y que, en consecuencia, no constituye dicho recurso una tercera instancia, como reiteradamente lo ha expresado la Corte.

Esos caracteres de extraordinario, de especial y de facultativo del recurso de casación, explican las limitaciones dentro de las cuales resuelve la Corte, como que oficiosamente no puede tomar en cuenta causales de impugnación no aducidas en la demanda, ni cargos que no haya propuesto el actor; y, también, las condiciones técnicas y de oportunidad a que está sometido el demandante, bajo sanción de declaratoria de

desierto del recurso y de condenación en costas. Y ésto, porque en la legislación colombiana la casación constituye, antes que todo, un enjuiciamiento de los fallos de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por motivos taxativamente previstos.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -SALA PENAL- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA la solicitud hecha por el procesado TEODULO ROMERO para que se le designe personero de oficio dentro del recurso de casación por él interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de la cual se hizo mérito.

Hágasele saber lo resuelto al recurrente, quien se encuentra detenido en la Penitenciaría Nacional de Ibagué, para lo cual habrá de librarse despacho comisorio al señor Juez 2º Penal Municipal de dicha ciudad, con los insertos del caso.

Cópiese y Notifíquese.

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

Evencio Posada, Secretario.

CUESTIONARIOS PARA EL JURADO

Se ratifica la doctrina de la Corte, sobre la inexistencia de nulidad, cuando en una misma pregunta se interroga al jurado, sobre varios delitos cometidos en el mismo lugar, con circunstancias, modalidades y móviles idénticos. Tratándose de concurso material de delitos, la imprecisión gramatical, al redactar los cuestionarios para el jurado, no constituye nulidad supralegal, cuando no existe duda acerca de que los delitos imputados se cometieron en concurso real o material.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintisiete de febrero de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 7 de febrero 27 de 1970.

V i s t o s :

En sentencia de 12 de marzo de 1969 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó a Adalberto García Ibagué (alias Pipí o Cariño) y a otros a la pena principal de veinticuatro años de presidio y a las accesorias correspondientes, "como coautores de los delitos de Homicidio agravado y Robo también agravado, múltiples ambos, e Incendio".

Contra este fallo interpuso recurso de casación Adalberto García Ibagué. Se recibió el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, y como se hallan cumplidos los requisitos legales, se procede al estudio de la demanda.

H e c h o s :

Los que dieron origen a este proceso fueron relacionados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en auto de 16 de marzo de 1967, así:

"El Juez Promiscuo Municipal de Santa Isabel al tener conocimiento de una masacre ocurrida en Totarito, se trasladó a dicho lugar el 21 de septiembre de 1963 a practicar el levantamiento de los cadáveres, así: En finca de Tulia viuda de Espitia, a 100 metros de la casa se halló el cadáver de Rigoberto Espitia, decapitado, presentando además catorce puñaladas en diferentes partes; a dos metros de éste, maniatado se encontró el cadáver de Virgilio Hernández Reyes, decapitado; en la finca Paraguay, misma región de Totarito, se localizaron los cadáveres de las siguientes personas: Guillermo Betancourt, amarrado por la cintura y los brazos, con siete heridas causados con diferentes armas (de fuego y corto-punzantes); cerca a éste el de un desconocido (después se supo que se llamó Humberto N.), con once puñaladas sobre el pecho, la espalda y las piernas; Samuel Ríos, apegado a un botalón con varias heridas en distintas partes del cuerpo hechas con arma corto-punzante; a pocos centímetros del anterior también apegado al mismo botalón Benjamín N. (Cervera Calderón), de 14 años de edad, con siete heridas en la cabeza y abdomen causadas con arma cortante y punzante. Dentro de la casa de habitación fueron localizados los cadáveres de Reinerio Ríos, Lubiel Ríos, Samuel Ríos, Rubiel Parra y Lilia Pinilla, todos menores a excepción de la última: El primero con diez puñaladas y dos tiros al parecer de fusil; el segundo tenía cuatro tiros al parecer de carabina y dos machetazos sobre la cabeza; el tercero con ocho

machetazos sobre el cráneo y los brazos; el cuarto con dos puñaladas y dos machetazos, y la quinta o sea Lilia que había dado a luz a una criatura días antes, fue hallada sobre una tapia de la cocina, con señales de haber sido violada carnalmente, después de muerta, y exhibiendo varias heridas con arma de fuego y corto-punzante. Luego en el predio 'La Hermita' fue encontrado en el solar de la casa el cadáver de Pedro Nel Betancourt, con un impacto de arma de fuego -carabina- sobre la boca; dentro de la casa, sobre el fogón de la cocina con graves quemaduras se halló el cadáver de Joel Ríos, de cuatro años de edad; sobre la tapia de la misma cocina, el cadáver de la niña Inés Arévalo, de siete años, con ocho puñaladas en distintas partes del cuerpo; cerca a la anterior, el cadáver de Ana Ríos, también de siete años, con doce heridas en diferentes partes del cuerpo causadas con arma blanca; sobre los dos cadáveres anteriores se encontró el de Eduardo Arévalo, de seis años de edad, con tres puñaladas y un tiro sobre el pecho; en el suelo de la misma cocina, el cadáver de Argelia Ríos, de 8 años con dos impactos de tiro de carabina sobre la cara y una puñalada sobre la pierna izquierda; luego el cadáver de Jorge Luis Gómez, de 18 años con señales de haber sido amarrado y degollado casi totalmente; cerca al anterior, el cadáver de Anada Judith Osorio de Ríos, de 25 años, con varias puñaladas sobre el abdomen, en total 19.

"En la misma diligencia se constató que a doscientos metros más o menos del camino de herradura que conduce al páramo, fue incendiada y consumida por el fuego, totalmente, la casa de habitación de la citada finca "Paraguay" de construcción de bahareque y techo de paja; a trescientos metros de distancia de aquel lugar se observó la destrucción por el fuego de tres casas de habitación, sin especificar quiénes fueron los dueños o quiénes las habitaban; a veinte metros más adelante se constató la destrucción por el fuego de otra casa de habitación, sin saberse tampoco quién era el propietario o quién o quiénes la habitaban, dejando constancia el instructor que esas residencias pertenecían al predio 'La Hermita'. Se comprobó así mismo que frente al predio antes citado, en la finca 'Betania' a cuatrocientos metros del último sitio antes relacionado, fueron incendiadas y reducidas a cenizas cuatro casas de habitación más, separadas entre sí por una distancia de 100 a 150 metros. Se observó al mismo tiempo, que a una distancia de 400 metros del predio de 'La Hermita' fue incendiada otra casa de habitación construída en ladrillo, techadas con astilla y de pisos de cemento, que por fortuna no fue destruido por el fuego, pero comprobándose que allí fueron destrozadas a golpes de machete tres camas, 10 ollas de aluminio y barro y quemadas unas cobijas de lana y un colchón, y además se constató que dos casas de las fincas 'El Paraguay' y 'La Hermita' fueron saqueadas, sin saberse qué objetos. El Instructor dejó constancia que durante el acto del levantamiento de los cadáveres, le fué hallada a una de las víctimas un anónimo que decía: 'No crea que se ha acabado la chusma aquí estuvo Pájaro Azul y Venganza con los siguientes sujetos o compañeros: seguía una lista de más de diez, anónimo que fue remitido al Batallón Colombia para tomar foto-copias. Según el señor Laureano Ríos, la banda de forajidos que ejecutó estos crímenes apareció por un desecho que viene del paraje 'La Estrella' y luego se retiró al punto 'El Placer', hacia los lados de los nevados del Tolima y Santa Isabel (fls. 2 a 4).

"Al día siguiente o sea el domingo 22 de septiembre, el Inspector Departamental de Policía del Bosque (Líbano) en asocio de peritos se trasladó al sitio denominado "Canaán' ubicado dentro de su jurisdicción con el fin de practicar el levantamiento de otros cadáveres, con el siguiente resultado: En la finca 'Canaán' del Dr. Alfaro en el camino que conduce a Las Lagunas en un monte se halló el cadáver de Heriberto Gallego Ardila, 25 años, con once heridas sobre la columna vertebral, causadas con arma corto-punzante una más sobre el costado derecho y otra sobre el costado izquierdo; recostado sobre las piernas del anterior, se halló el cadáver de Gilberto Herrera, 28 años, con 30 heridas en diferentes partes del cuerpo, causadas por arma corto-punzante. Luego en la vereda 'Las Damas' lado izquierdo del camino que de Santa Isabel conduce a Las Lagunas, fue localizado el cadáver de Eu-

frasio Reyes, 47 años, con 25 heridas en diversas partes del cuerpo, causadas con arma corto-punzante y con machete la mayoría de ellas; a 50 metros del anterior se encontró el cadáver de Efraín Rodríguez Zapata, 36 años, exhibiendo once heridas con arma corto-punzante y decapitado totalmente y localizada su cabeza a 320 metros de distancia del tronco; atado al anterior, el cadáver de Olivo Cuéllar, de 18 años, con seis heridas de arma corto-punzante e igualmente decapitado en su integridad, sin hallarse la cabeza. En el sitio 'La Campana' jurisdicción de Santa Isabel dentro de un pozo de agua de una quebrada, se encontró el cadáver de José Daniel Zapata, 18 años, con una herida en la nuca, producida con arma cortante, otra sobre el cuello, de igual naturaleza, la mano derecha mutilada, un machetazo sobre el hombro izquierdo y lesionados los dedos de la mano izquierda; en el mismo pozo el cadáver de Silvano Rodríguez, 23 años, con heridas en la nuca y el cuello y el hombro derecho, la mano izquierda mutilada; a veinte metros de éste, se halló el cadáver de José María Castro, 22 años, con una puñalada sobre el pecho, al rededor de ésta, ocho más causadas al parecer con arma corto-punzante, un orificio de la misma naturaleza sobre el costado izquierdo y sobre la cabeza varios golpes; a 50 metros de este último, apareció el cadáver de José Rodríguez Rodríguez, 21 años, con dos machetazos en el brazo izquierdo, en el pecho cinco puñaladas, dos sobre el costado izquierdo y dos también sobre el costado derecho. En la misma diligencia se dice que las varias casas de la región fueron saqueadas por los maleantes, sin haberse podido establecer la clase y monto de las pérdidas (fls. 31-32, Cuad. Nº 1)".

Actuación Procesal

La investigación la inició el Juez Promiscuo de Santa Isabel (Tolima), y la continuó el Juez 338 de Instrucción Criminal, quien, una vez terminada su comisión, remitió el proceso al Juez Segundo Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Clausurada la investigación y oído el concepto del Ministerio Público, el juez del conocimiento llamó "a responder en juicio criminal, por los trámites en que interviene el Jurado de Conciencia, a ... ADALBERTO GARCIA IBAGUE (alias pipí o cariño), de veinte años de edad...", lo mismo que a otros sujetos, "por los delitos de homicidio...", incendio y robo" (fl 134, 232). El auto de vocación a juicio, al ser revisado por el H. Tribunal, fue confirmado con alguna modificación referente a ordenar la cesación de todo procedimiento contra algunos de los encausados que habían fallecido.

Convocado el Tribunal popular, fue interrogado, en lo que respecta al recurrente Adalberto García Ibagué, así:

"El acusado ADALBERTO GARCIA IBAGUE (alias pipí o cariño), es responsable de haber causado la muerte, con el propósito de matar y en asocio de otras personas, a **Rigoberto Espitia García, Virgilio Hernández Reyes, Guillermo Betancourt, Humberto N., José Manuel Ríos Villegas, Benjamín Cervera Calderón, Reinerio Ríos Osorio, Lubier Ríos Osorio, José Samuel Ríos Osorio, Rubiel Parra Pinillo, Lilia o Lila Pinillo de Parra, Pedro Nel Betancourt, Joel Ríos Osorio, Inés Arévalo o Blanca Inés Agudelo, Ana Ríos Osorio, Educardo Arévalo Agudelo, Argelia o Angélica Ríos, Jorge Luis Gómez y Ana Judith Osorio**, mediante las heridas descritas en las correspondientes diligencias de autopsia, hecho cometido por el acusado con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos; colocando a las víctimas en condiciones de total indefensión e inferioridad y con sevicia, dada la crueldad excesiva empleada en la ejecución de los hechos, los que tuvieron ocurrencia en las horas de la mañana del día viernes 20 de septiembre de 1963, en la región de "Totarito", Municipio de Santa Isabel, dentro de la comprensión del Distrito Judicial de Ibagué?".

"El acusado ADALBERTO GARCIA IBAGUE (a. Pipí o Cariño), es responsable de haber causado, la muerte con el propósito de matar y en asocio de otras personas, a **Heriberto Gallego Ardila, Gilberto Sierra Ardila, Eufrasio Reyes Chacón, Efraín Rodríguez Zapatá, Silvano Rodríguez Rodríguez, José Mario o Josenario Castro y José Pascual Rodríguez**, mediante las heridas

descritas en las correspondientes diligencias de autopsia, hecho cometido por el acusado con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos; colocando a las víctimas en condiciones de total indefensión e inferioridad y con sevicia, dada la crueldad excesiva empleada en la ejecución de los hechos, los que tuvieron ocurrencia en las primeras horas de la mañana del día sábado 21 de septiembre de 1963 en el paraje denominado "Las Damas", límite de los Municipios de Santa Isabel y Líbano, dentro de la comprensión de los Distritos Judiciales de Ibagué y Honda, respectivamente?". (fl. 378).

"El acusado ADALBERTO GARCIA IBAGUE (a. pipí o cariño), es responsable de haber prendido fuego e incendiado, intencionalmente y en asocio de otras personas, a diez casas destinadas para habitación y ubicadas en las fincas denominadas "La Hermita" "Betania" y "Paraguay" de la región de "Totarito", Municipio de Santa Isabel y que eran habitadas por Pedro Antonio Parra Marín, Virgilio Hernández Reyes, José Samuel Ríos Villegas y Arquimedes Osorio las unas, y las otras de propiedad de Marcelo Salinas y Mercedes Beltrán vda. de Arango, hecho que tuvo ocurrencia en las horas de la mañana del día viernes 20 de septiembre de 1963, dentro del Distrito Judicial de Ibagué?" (fl. 387).

"El acusado ADALBERTO GARCIA IBAGUE, (a. pipi o cariño) es responsable de haberse apropiado, con ánimo de aprovechamiento, en despoblado y con armas, en asocio de otras personas en cantidad superior a quince organizadas en cuadrilla permanente y colocando a las víctimas en imposibilidad de obrar, de varios objetos de uso personal y doméstico de propiedad de Pedro Antonio Parra Marín y su familia, hecho que tuvo ocurrencia el día viernes 20 de septiembre de 1963, en la región de "Totarito" Municipio de Santa Isabel, dentro de la comprensión del Distrito Judicial de Ibagué?". (fl. 396).

"El acusado ADALBERTO GARCIA IBAGUE (a. pipi o cariño), es responsable de haberse apropiado, con ánimo de aprovechamiento, en despoblado y con armas, en asocio de otras personas en cantidad superior a quince organizadas en cuadrilla permanente y colocando a las víctimas en imposibilidad de obrar, de dinero y varios objetos de propiedad de Alaís Rodríguez vda. de Rodríguez en cuantía de cuatro mil pesos, hecho que tuvo ocurrencia el día sábado 21 de septiembre de 1963, en la región de "Las Damas", límite de los Municipios de Santa Isabel y Líbano, dentro de la comprensión de los Distritos Judiciales de Ibagué y Honda, respectivamente?. (fl. 405)".

A cada uno de los cuestionarios transcritos, el Jurado de Conciencia respondió: "Sí es responsable".

Con fundamento en las respuestas afirmativas de responsabilidad se profirieron las sentencias de primera y segunda instancias, a las que se hizo referencia.

La Demanda

El señor apoderado del recurrente, ciñéndose a las prescripciones legales, en cuanto a la técnica y forma de la demanda de casación, formula ésta con base en "la causal cuarta establecida en el art. 56 del Decreto 528 de 1964", luego de historiar los hechos que dieron motivo a la investigación y el curso sufrido por el proceso en sus etapas de sumario y juicio.

Causal 4ª. - Para sustentar que la sententencia recayó en un juicio viciado de nulidad, descompone la acusación en dos cargos, a saber:

a) Que hubo violación del artículo 502 del C. de P. P. En efecto, dice el demandante que "en la parte resolutiva del auto de proceder (fs. 230, 31 y 32, cdno. 4), se llama a responder en juicio criminal a mi mandante por los delitos de Homicidio 'agotado en las personas de Rigoberto Espitia, Virgilio Hernández, ..." y otros, por los delitos de Homicidio agotado en las personas de Heliberto Gallego, Gilberto Sierra y otros, y por 'delitos de incendio en diez casas de habitación', lo que significa que el llamamiento se hizo por varios delitos de homicidio y varios delitos de incendio, lo que es apenas lógico, ya que la conducta criminal agota-

da en cada una de los occisos constituye por sí un delito de homicidio independiente de los demas, así sean conexos, y lo mismo acontece con el incendio de cada una de las casas que integra por sí solo un delito de incendio independiente, de los demás, y por eso es por lo que el Juzgado emplea el término plural al referirse a los delitos de homicio e incendio, y el H. Tribunal en la parte considerativa transcrita en el capítulo primero de este escrito aclara que existió concurso material de delitos, que se refiere 'a la acción que, mediante diversos hechos (actos) en sí mismos delitos independientes, lesiona derechos o bienes o intereses jurídicamente diversos, en oposición al delito simple que comprende una sola acción (Acto) y que, a diferencia del concurso, lesiona un solo bien, derecho e interés jurídico, así los actos (delitos) que integran el concurso (acción) son delitos per sé, autónomos, independientes, y no forman o constituyen un delito solo aunque se sancione conjuntamente con una sola especie de pena (la del delito más grave) (Sent. 25 de marzo de 1947. LXII, 809).

"Así pues, cada una de las muertes de que trata este proceso, es el resultado de diversas actividades físicas de los enjuiciados, y por tanto constituyen diversos delitos de homicidio, como lo pregona el auto de proceder del Juzgado y del Tribunal, y cada una de las casas incendiadas es el resultado de diversas actividades físicas de los procesados y constituyen asimismo diversos e independientes delitos de incendio, por lo que el Juez al redactar los cuestionarios ha debido ceñirse a lo dispuesto en el Artículo 502 del C. de P. Penal y formular un cuestionario por cada uno de los delitos, para cada acusado, y no como lo hizo acumulando en un solo cuestionario diez y nueve delitos de homicidio, en otro nueve delitos de homicidio y en otro diez delitos de incendio, cuando el proceso nos habla de veintiocho delitos de homicidio y diez de incendio, que a pesar de su conexidad, y de haberse cometido en concurso material, no han perdido su independencia y autonomía como delitos per sé.

Agrega el apoderado del recurrente que "al interrogarse en esa forma al jurado, se le limito su libertad de decision, puesto que se le obligó a definir la responsabilidad de cada acusado, no por cada delito, sino por grupos de delitos, eliminándose a la vez la posibilidad de que absolviera por unos y condenara por otros delitos de los incorporados en el mismo cuestionario, con lo que se lesionó el derecho de defensa del acusado recurrente en casación". Con lo cual se violó la norma contenida en el artículo 502 del C. de P. P., que establece que "cuando sean varios los delitos por los cuales se hubiere llamado a juicio a un mismo procesado, se formularán separadamente los cuestionarios sobre cada uno de aquellos, como si se tratare de acusados distintos..." Es decir, que debieron redactarse y someterse a la consideración del Jurado tantos cuestionarios, cuantos delitos se cometieron, vale decir, treinta y ocho cuestionarios.

En conclusión, habiéndose violado el artículo 502 del C. de P. P., que establece "una forma propia del juicio con intervención del jurado", se vició de nulidad el proceso por transgresión de la norma contenida en el artículo 26 de la Carta Fundamental.

b) El otro cargo consiste en la violación del artículo 28 de la ley 4ª de 1943. Dice el demandante en efecto, que el artículo citado "ordena claramente que el cuestionario se redacte conforme a los hechos de que trata el auto de proceder, y en este sentido es reiterada la doctrina de la H. Corte, ya que debe existir total armonía entre esta providencia, el cuestionario y la sentencia, por constituír 'tres actuaciones procesales de la mayor importancia, en que cada una de ellas sirve de base y sostén a la siguiente, guardando entre sí una íntima relación de dependencia', de tal manera que si se rompe esa concatenación se desintegra la ritualidad procesal, y entonces una de ellas, la que no guarde dependencia directa y armónica con el anterior, no sirve como fundamento legal del siguiente y su invocación como tal vicia de ilegalidad el procedimiento y consecuencialmente de nulidad por desconocimiento de las formas propias prees-

tablecidas y específicas del juicio penal. Para el caso que nos ocupa, al no redactarse los cuestionarios de conformidad con el auto de proceder, la sentencia fundamentada en los veredictos pronunciados sobre ellos es invalidable por haberse desintegrado la armonía requerida por la ley y la doctrina entre estos tres actos procesales".

Aduce el apoderado del recurrente que en el auto de proceder se le formulan a su mandante cargos "como coautor de varios delitos de homicidio y de incendio, cometidos en concurso material, figura jurídica que el Juzgador confundió con el concurso formal al formular los cuestionarios sometidos a la consideracion del juri".

Luego de discurrir acerca de lo que es el concurso material y el formal, se dice en la demanda que "se trata de dos figuras distintas, contempladas ambas en nuestro estatuto penal y sancionadas de manera diversa, por lo que, si en el auto de proceder se habla de concurso material de delitos, en el cuestionario se pregunta por concurso formal y en la sentencia se condena por concurso material, se presenta un vicio de ilegalidad, puesto que se interroga al juri, por una figura no contemplada en el auto de proceder, y se condena por una sobre la cual no se le interrogó, y se rompe la armonía, dependencia y relación que debe existir entre estos actos procesales que constituyen la columna vertebral del juzgamiento, provocando con ello la nulidad del juicio".

Para fundamentar tales aserciones, después de transcribir parcialmente los cuestionarios pertinentes, se dice en la demanda que "el primer cuestionario interroga al jurado, sobre la responsabilidad del acusado por un solo hecho mediante el cual le dio muerte a diez y nueve personas, concurso formal, el segundo sobre un solo hecho, mediante el cual el acusado dió muerte a nueve personas (concurso formal) y el tercero acerca de un solo hecho, mediante el cual incendió diez casas de habitación, también concurso formal".

En conclusión, según la demanda, los cuestionarios no se redactaron conforme a lo ordenado en el artículo 28 de la ley 4ª de 1943, por lo que se generó una nulidad constitucional en el proceso proveniente de la transgresión del artículo 26 de la Carta Fundamental.

Solicita, en consecuencia, el apoderado del recurrente que la Corte invalide la sentencia recurrida "y ordene reponer el procedimiento a partir del auto que ordena el sorteo de jurados, acorde con lo establecido en el numeral 3º del art. 58 del decreto 528 de 1964".

Concepto de la Procuraduría

El Sr. Procurador Primero Delegado en lo Penal hace un detenido y completo estudio de todos y cada uno de los argumentos en que basa el apoderado del recurrente su impugnación, deteniéndose con elevado sentido jurídico en los diversos problemas que plantea la demanda en su plausible esfuerzo por conseguir las modificaciones que pretende en favor del procesado. Ese concepto, de innegable valor, lo tendrá en cuenta la Sala para la solución del caso.

El Sr. Procurador termina su vista solicitando a la Corte "se declaren infundados los cargos y desechada la demanda y se ordene la devolución del proceso al Tribunal de origen".

Considera la Corte:

Primer cargo de la acusación (violación del artículo 502 del C. de P. P.).

A la verdad, como observa el Sr. Procurador Primero Delegado en lo Penal, el Juez Segundo Superior de Ibagué, al redactar los cuestionarios con los que se interrogó al Tribunal popular sobre la responsabilidad de Adalberto García Ibagué frente a la muerte de múltiples ciudadanos y a los incendios de varias propiedades particulares, no observó estrictamente lo prescrito en el artículo 502 del C. de P. P., por cuanto tales cuestionarios no se elaboraron en forma separada en relación con cada uno de los sujetos pasivos de los homicidios y en la misma forma sobre los incendios y por cuanto los actos ilícitos materia del proce-

so fueron de ejecución separada.

Mas, como dice el Sr. Procurador, "el problema hay que plantearlo con mayor profundidad para ver si tal informalidad o irregularidad procesal alcanza a tener consistencia tal que pueda llevarla al campo de nulidad constitucional por quebranto de lo dispuesto en el art. 26 de la Constitución Nacional".

Como lo ha dicho la Corte en reiteradas ocasiones, las nulidades supralegales tienen su origen en la violación de una norma superior a la ley, bien sea por no haberse juzgado al acusado conforme a las leyes preexistentes al hecho imputado, ante el Tribunal competente, o bien por haberse omitido la plenitud de las formas propias del juicio.

Como bien apunta el Sr. Procurador, dentro de los procesos penales en que interviene el Jurado de Conciencia, uno de los momentos que bien pudieran denominarse estelares dentro de la garantía que da la ley de leyes, es el de la formulación del cuestionario o interrogatorio al Tribunal popular, pues éste es quien tiene la competencia única para calificar, frente a la normación legal, el hecho incriminatorio y al emitir su veredicto, sienta las bases para que se profiera la sentencia. Para que el cuestionario que adolezca de algunas irregularidades -como en el caso sub judice- no este viciado de nulidad supralegal o constitucional, debe no "dejar por fuera los elementos constitutivos del delito, o los de la responsabilidad, o los concernientes a las modalidades específicas de la infracción objeto del proceso" y que sean 'la enunciación o síntesis fiel de todos los hechos y circunstancias que estructuraron el proceso, y formulados en forma tal que no altere sustancialmente los cargos hechos al incriminado al momento de llamarlo a responder en juicio, máxime si se tiene en cuenta que los jueces de conciencia deciden sobre planteamientos fácticos, y no sobre cuestiones jurídicas".

"Cuando se trata de varios delitos -ha dicho esta Corporación-, la ley quiere que se formulen diversas preguntas para que los miembros del Jurado puedan pronunciar su veredicto con mayor amplitud sobre el problema de la responsabilidad, pero cuando el cuestionario único contempla minuciosamente el problema sobre el cual tiene que decidir, ya en relacion con los cargos formulados en el auto de proceder, ya también frente a las pruebas aducidas en el juicio, la omisión de varias preguntas en un cuestionario no es constitutiva de nulidad.

"Pero cuando en un solo cuestionario se interroga a los miembros del Jurado sobre hechos de igual naturaleza, que se realizaron al tiempo, en el mismo lugar, con circunstancias, modalidades y móviles idénticos, el veredicto del Jurado afirmativo o negativo de la responsabilidad no puede servir de fundamento para alegar una nulidad constitucional, porque no suscita incertidumbre alguna en cuanto al contenido de lo que en él se quiso expresar; habría en ese caso, una omisión por la pretermisión de formalidades externas o escritas, pero no una nulidad" (Sent., 7 de febrero de 1948, LXV, 75).

Como apunta el Sr. Procurador, en los cuestionarios elaborados para indagar sobre la responsabilidad del enjuiciado García Ibagué, se incluyeron todos los presupuestos que se han reseñado, lo que permitió al jurado dar una respuesta justa, equitativa e inequívoca. "Con ellos no se desfiguró ni se contradijo en forma sustancial el auto de proceder o de cargos, ni se preguntó por hechos no narrados y demostrados plenamente en el debate, por lo cual hay que concluír que los cargos formulados en la demanda, por el aspecto de desconocimiento a formalidades propias del juicio, teniendo como causa la redacción de los cuestionarios, no pueden ser aceptados".

Por otra parte, si el pensamiento de los miembros del Jurado -en el caso sub-judice- hubiera sido el de no aceptar la responsabilidad de García Ibagué en relación con ciertos hechos incriminados, fácilmente lo hubiera reconocido dentro de las respuestas de los cuestionarios.

Por este primer cargo de la acusación la causal alegada no prospera.

Segundo cargo de la acusación (violación del art. 28 de la ley 4ª de 1943).

Alega el demandante que en el pliego de cargos contenido en el auto de proceder "se habló" de concurso material de delitos, en tanto que la redacción de los cuestionarios propuestos a la consideración del Jurado comporta claramente la estructuración de un concurso formal, con lo cual se violó el art. 28 de la ley 4ª de 1943, dando así lugar a una nulidad supralegal por quebrantamiento del artículo 26 de la Carta Fundamental, pues se menoscabaron de tal modo los derechos básicos de defensa del acusado.

Alega el demandante que en cada uno de los dos primeros cuestionarios se interrogó al Jurado así: "El acusado Adalberto García Ibagué es responsable de haber causado la muerte... (aquí la enumeración de todas las personas sujetos pasivos de las infracciones), HECHO COMETIDO POR EL ACUSADO...".

Y en el tercer cuestionario se le interrogó así: "El acusado Adalberto García Ibagué es responsable de haber prendido fuego e incendiado...a diez casas destinadas para habitación y ubicadas en las fincas denominadas..., de la región de 'Totarito', municipio de Santa Isabel y que eran habitadas por ..., las unas, y las otras de propiedad de ..., HECHO QUE TUVO OCURRENCIA...".

Lo que significa lisa y llanamente que el demandante fundamenta su argumento en el uso del singular HECHO, en lugar del plural HECHOS, en los cuestionarios. Y así asevera que en éstos el Juez estructuró un concurso formal, en vez del material de que hablan los cargos del auto de vocación a juicio.

En el concurso ideal -como lo ha dicho la Corte en reiteradas ocasiones- en el mismo evento o en la misma situación de hecho se dan varias infracciones penales, una de las cuales tiene su materialidad visible, en tanto que la otra es de una formación simplemente ideal o abstracta. "Al referirse el art. 31 de la Ley 95 de 1936 a la violación de varias disposiciones de la ley penal por un solo hecho solo está hablando de aquellas infracciones que no es posible separar, porque, aun siendo varias, su pluralidad no es efectiva, sino ideal, o más propiamente, ficticia. En todos esos supuestos uno solo es el hecho y dos o más las disposiciones violadas, pero no por ello puede afirmarse que existan dos infracciones separadas. En cambio, hay casos en que la pluralidad de lesiones no es simplemente ideal sino efectiva, pues todas las infracciones (lesiones de derecho) tienen vida por sé" (Sent., 16 de octubre de 1944, LVIII, 257).

El concurso real o material de delitos consiste "en una pluralidad de hechos criminosos, autónomos en su objetividad material y jurídica, cometidos simultánea o sucesivamente, con una o varias acciones, por una misma persona o por varias en complicidad". (Luis Eduardo Mesa Velásquez, "Lecciones de Derecho Penal", Parte general, pág. 211). De suerte que en este concurso hay pluralidad de resultados o efectos materiales, individualizados no sólo objetiva sino también jurídicamente.

En el caso sub judice, es indubitable que hay un concurso material de delitos, pues hay tantos hechos cuantos efectos nocivos, cada uno de los cuales con materialidad y objetividad jurídica independientes. Es decir, que hay tantos hechos cuantos incendios y muertes, cada uno de los cuales constitutivo de un delito autónomo, independiente.

Y realmente los cuestionarios sometidos a la consideración del Jurado fueron redactados en una forma tal, que su contenido no deja lugar a dudas acerca de que los delitos imputados se cometieron en concurso real o material.

Particularmente los cuestionarios relativos al homicidio son de una claridad irrefragable, pues en ellos se consigna "la crueldad excesiva empleada en la ejecución de los hechos, los que tuvieron ocurrencia...".

Hay, sí, tanto en los cuestionarios refe-

rentes a los homicidios como el relativo a los incendios, una imprecisión gramatical cuando se habla del "hecho cometido por el acusado" en los primeros, y del "hecho que tuvo ocurrencia" en el segundo. Mas esta imprecisión gramatical no menoscabó o quebrantó en modo alguno el derecho básico de defensa, porque en tales cuestionarios se incluyeron "todas las modalidades o presupuestos que integran los delitos", "la intención que tuvo el encausado al ejecutar los hechos", "las circunstancias que agravan la responsabilidad" "y aquéllas otras que hacen relación a circunstancias de tiempo y lugar, como también las que hacen relación a la autoría del inculpado, presentadas en forma clara y precisa que permitió a los jueces de hecho dar un veredicto justo, sin peligro alguno de caer en confusiones".

No hubo, por tanto, violación del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943. Como dice el señor Procurador, el ejercicio efectivo del derecho de defensa no fue conculcado en forma alguna y todas las prerrogativas de matrícula en la normación procedimental que benefician al acusado, fueron usadas por éste en su juzgamiento. Fue oído, se abogó ampliamente por su exculpación y, al decir de Manzini, toda "la actividad procesal dirigida a hacer valer ante el Juez los derechos subjetivos y los intereses jurídicos del imputado" recibió dinámica sin óbice alguno.

En consecuencia, no ha habido transgresión de la norma contenida en el art. 26 de la Constitución.

Por tanto, tampoco prospera la causal alegada en el segundo cargo de la acusación.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Sr. Procurador Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, NO INVALIDA la sentencia de 12 de marzo de 1969 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

PREVARICATO

La interpretación errónea que el funcionario haga de una norma, no significa que haya procedido con conocimiento ilícito, y aceptar lo contrario, sería proclamar la infabilidad del funcionario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, seis de marzo de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 8 - marzo 6 de 1970.

V i s t o s :

Mediante proveído de 9 de mayo de 1968 el extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de Honda dispuso abrir causa criminal contra Luis E. Torregroza Rozo, como presunto responsable del delito de prevaricato, cometido en el ejercicio de sus funciones como Juez Primero Penal Municipal de Honda.

Contra tal providencia el defensor del procesado interpuso reposición y, en forma subsidiaria, recurso de apelación. Negada la reposición por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, se concedió, en efecto suspensivo, el recurso de apelación, que la Corte entra a resolver.

Hechos y Actuación:

Los relata el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Honda, en providencia de 10 de agosto de 1967, dictada en el juicio de sanciones disciplinarias que fue seguido y que culminó contra el Dr. Luis E. Torregroza Rozo:

"1º Dando cuenta de 'posibles irregularidades' cometidas por el Juez Primero Penal Municipal de esta ciudad, y en escrito fechado el 21 de junio último, el señor Jefe del IV Distrito de Policía Judicial con sede en esta localidad, Capitán Luis Roberto Orozco Sierra, informó a la Procuraduría de este Distrito Judicial que, a raíz de una llamada telefónica del Alcalde Municipal de Mariquita para que se diera captura a los ocupantes del "jeep" Willis de placas A 2-32-14, el día catorce del mismo mes uno de los agentes de vigilancia había aprehendido a los sujetos Jesús Acosta, Abel Sánchez Conde y Jacinto Abad Sánchez quienes, al parecer, habían cometido una estafa en perjuicio de los "Almacenes Rubio" en Mariquita, y otra en esta ciudad al propietario del "Almacén Agrícola", el cual los reconoció una vez capturados; por tal motivo, y en vista de que ya existía "un negocio pendiente por estafa" contra tales individuos en uno de los Juzgados de la localidad, y por cuanto además se tenía la información de que los mismos sujetos habían tratado de sobornar al personal de la patrulla que los capturó, fueron remitidos al Juzgado Segundo Penal Municipal junto con los elementos entregados por el "Almacén Agrícola, mientras los demás objetos vendidos en Mariquita y el referido vehículo permanecían en los patios del cuartel".

"Habiendo correspondido por reparto el conocimiento del asunto al Juez Primero Penal Municipal, y al tenerse conocimiento de que dos de tales sujetos habían sido puestos en libertad y de que tal funcionario había estado visitando a los detenidos en la Cárcel Municipal junto con algunas mujeres concubinas de éstos, el citado Capitán Orozco Sierra procedió a enterar de ello al señor Presidente del Tribunal, quien le insinuó entonces que pasara la información al señor Procurador del Distrito".

"2º Así, y actuando en desarrollo de sus funciones para la vigilancia judicial, éste dispuso de inmediato la práctica de las diligencias tendientes a establecer lo ocurrido y, luego de realizar una atenta revisión del expediente respectivo, formuló al Juez acusado las siguientes observaciones:

"Primera. - El Sr. Juez 1º Penal dispuso la libertad de Jesús Acosta y Jacinto Abad, inmediatamente después de oirlos en indagatoria, sin antes haber consultado con las autoridades del municipio de Mariquita ya que en el respectivo informe policivo con el cual fueron puestos a su disposición por la policía de Honda, se dice que 'los citados sujetos fueron capturados por haber tenido informaciones que en las horas de la tarde de hoy (junio 15) en la localidad de Mariquita habían cometido varias estafas".

"Segunda. - El Sr. Juez 1º Penal dispuso la libertad de los sujetos anteriormente expresados una vez los oyó en indagatoria, sin preocuparse como investigador de verificar en lo más mínimo los cargos que les aparecían en el informe policivo o de comprobar las mismas explicaciones suministradas por los mismos indiciados en sus respectivas indagatorias, siendo que de acuerdo con los arts. 43 y 47 del Decreto 1358 de 1954, disponía de diez (10) días para resolver sobre la situación de tales personas. Solamente, con posterioridad a la fecha en que estos quedaron en libertad, o sea en la misma fecha de la visita, 21 de junio, libró telegráficos a algunas autoridades del país preguntando por antecedentes penales o policivos de los mismos libertados".

"Tercera. - Habiendo sido capturados en conjunto tres sujetos, los mismos cuyos nombres aparecen en el expediente revisado, y apareciendo contra éstos además el indicio de portar en el vehículo conducido por uno de ellos, cuya propiedad no demostró, objetos materia de la investigación, el señor Juez al otorgarles la libertad ni siquiera consideró del caso dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 43 del Decreto 1358 de 1964 imponiéndoles la orden de presentarse periódicamente a su despacho so pena de multa por quinientos pesos".

"Cuarta. - El capturado Jesús Acosta, manifestó ser propietario del vehículo (Jeep Willys) en que transportaban los elementos, materia de la investigación, y sin embargo solamente presentó, tarjeta de propiedad de dicho vehículo a nombre de otra persona distinta. Se le dejó en libertad y nada se hizo antes para averiguar sobre la procedencia de dicho vehículo y la legitimidad de su tenencia por parte de Jesús Acosta.

"Quinta. - Al señor Juez se le puso a su disposición dos relojes y la suma de ciento nueve pesos, advirtiéndosele en el parte policivo que eran el producto de un soborno por parte de los individuos capturados, y ninguna averiguación se hizo al respecto, ni siquiera llamando a la policía para interrogarla sobre el particular".

"Sexta. - El vehículo... decomisado a Jesús Acosta, se encontraba en los cuarteles de la Policía de la localidad, pues su Comandante no lo había puesto aún a órdenes del Juzgado, haciendo algunas averiguaciones policivas previas, y el señor Juez, sin embargo, retiró dicho vehículo de la policía, sin orden previa escrita...".

La vocación a juicio contra el sindicado Dr. Torregrosa Rozo se fundamenta así en el auto recurrido:

"Los funcionarios públicos son responsables, como es bien sabido, por infracción de la Constitución o de las leyes, ya sea por extralimitación de funciones o por omisión en su ejercicio. Dentro de los varios supuestos que constituyen infracciones a la ley, y que específicamente eleva nuestro Código Penal a la categoría de delitos, se encuentra el denominado prevaricato por omisión que el artículo 168 de tal codificación sancionaba con pena de prisión de seis meses a cinco años, y en el cual se incurría por cualquier funcionario o empleado público que, a sabiendas, hubiere rehusado, negado o retardado un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia unos interesados o por animadversión hacia otros.

"Igualmente, de modo también específico el artículo 175 del citado Código tipificó co-

mo uno de los casos de abuso de autoridad el simple hecho de que un funcionario o empleado público tenga conocimiento de la comisión de un delito y no cumpla con el deber de iniciar la investigación que le corresponde de oficio, sancionándolo con pérdida del empleo y multa de diez a mil pesos.

"Así, pues, mientras en el prevaricato por omisión se necesita la concurrencia de un factor especial, caracterizado por el móvil de simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, en el abuso de autoridad anteriormente aludido, como ocurre por regla general en todos los eventos contemplados en el Capítulo VI del Título III del Libro II del C. Penal, sólo es indispensable el dolo general de todo delito, con prescindencia absoluta del factor simpatía o animadversión y del dolo específico constituído por el elemento "a sabiendas".

"Es decir: que bastaría el hecho de que un funcionario o empleado público se abstenga de iniciar una investigación estando obligado a ello, para que incurra en responsabilidad penal conforme al citado artículo 175 y merezca, por tanto, la sanción de destitución y de multa que esta disposición señala. Mas, si a esa circunstancia se agrega la de que esa omisión fue ocasionada en la simpatía o la animadversión del funcionario hacia algunos de los interesados o afectados en la investigación, el acto deja de ser un simple abuso de autoridad y se convierte en un prevaricato, no ya conforme al art. 168 del C. Penal, como también es sabido, sino al art. 2º del Decreto 2525 de 1963 y , para el caso concreto de la omisión de que se habla, el inciso tercero de esta última disposición, que ya no exige como la norma aquella que vino a derogar, el elemento "a sabiendas".

"En efecto, tal disposición modificó sustancialmente el art. 168 del C. Penal al elevar a un año de prisión la pena mínima que éste señalaba, y al disponer, en su inciso tercero, que "A la misma pena señalada en el inciso primero de este artículo quedará sometido el funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que omita, rehuse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones, por simpatía o animadversión a cualquier interesado".

"Plenamente se ha establecido, como ya hubo de concluírse por la Sala Disciplinaria del Tribunal, que el ex-Juez Luis E. Torregroza Rozo omitió iniciar y adelantar la investigación que por el delito de cohecho ya aludido debió disponer al tener la información policiva sobre la comisión de hechos constitutivos de tal ilicitud por parte de los referidos Jesús Acosta y Jacinto Abad; además, y en atención al comportamiento que tuvo para con éstos, existen sobrados elementos de juicio para concluir que esa omisión no fue una simple actitud pasiva sino que se debió al manifiesto interés demostrado por el ex-juez en la libertad de tales individuos, en la simpatía que tenía para con ellos o, cuando menos, a la sospechosa camaradería que reveló en todo momento, ya que ello se infiere de sus actividades notoriamente desusadas e irresponsables, como se dijo en el fallo disciplinario, al intervenir para que personas allegadas a los detenidos se comunicaran con éstos, valiéndose de su investidura de Juez y violando las reglas procedimentales que ha debido guardar, al revisar abusivamente la investigación que se les adelantaba en Mariquita, con innegable interés hacia quienes iba a dejar en libertad y pasando por alto otras formalidades, y al compartir finalmente indebido trato con uno de los sindicados, todo lo cual no puede menos que interpretarse como un evidente ánimo de parcializarse en favor de los referidos sujetos y de prestarle su apoyo, en forma persistente.

"El art. 10 del C. de P. P. previene que "el funcionario o empleado público que de cualquier manera tenga conocimiento de una infracción penal cuya investigación deba iniciarse de oficio, debe inmediatamente poner ese hecho en conocimiento de la autoridad competente, haciendo una relación suscinta del suceso con todos los pormenores que interesen a la justicia, los elementos probatorios recogidos, y cuando fuere posible, indicando las generalidades del presunto sindicado, de la persona ofendida, de los testigos, y de todo lo que sea conducente a su identificación".

"Si al funcionario o empleado público a que se refiere el inciso anterior corresponde la investigación del hecho, deberá iniciarla sin dilación".

"El inciso segundo del art. 1º del Decreto 528 de 1964 dispuso, a su turno, que "corresponde 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, finalmente, el art. 2º del Decreto 1358 de ese mismo año dispuso también que "el Juez o funcionario instructor se abstendrá de abrir investigación cuando aparezca que el hecho denunciado no ha existido o cuando la ley no lo considera como infracción penal. Tal decisión se tomará por medio de auto debidamente motivado, contra el cual pueden interponerse los recursos ordinarios por parte del denunciante o del querellante y del Ministerio Público".

"Tanto en las copias de la investigación disciplinaria que motivó este proceso, como en las tomadas del sumario adelantado contra Sánchez Conde, Jesús Acosta y Jacinto Abad Sánchez y que se agregaron a este proceso, obra el informe enviado al Comandante de la Estación de Policía de esta ciudad por el agente Alcides Manuel Olivares Díaz para dar cuenta de la captura de aquéllos y del "soborno" que intentaron al ofrecerle dinero y otros objetos de valor para que los dejara en libertad.

"A pesar de las exculpaciones que hace el ex-Juez Torregroza Rozo para justificar su renuncia a abrir la correspondiente investigación por tal sindicación, era obvio que, a la luz de las normas trascritas, no podía abstenerse de iniciarla en la forma en que lo hizo con la simple consideración de no estar ratificada bajo juramento, pues aun cuando fuese indispensable tal formalidad, mal podía hacer caso omiso de tal denuncia y mucho menos prescindir de toda actuación, como investigador que era, para decidir si era del caso darle o no el curso legal, sin preocuparse por dictar siquiera el correspondiente auto interlocutorio ordenado por la ley. Simplemente y en forma caprichosa, decidió no investigar ese otro hecho, sin cuidarse tampoco de tomar las medidas conducentes para subsanar aquella informalidad que había advertido, asumiendo así una actitud que, analizándola junto con sus acuciosas gestiones en favor de los mismos incriminados, no puede interpretarse sino como un favorecimiento para éstos; él mismo no pudo negar, como se vió, que estuvo en la cárcel de esta localidad, en día feriado, a solicitud de las mujeres a quienes hizo introducir allí para que se comunicaran con los capturados, rompiendo así la incomunicación en que ha debido mantenerlos a raíz de la encarcelación que ordenó como funcionario a cargo ya de la investigación. Ni desconoció tampoco el hecho de haber acudido afanosamente a la Alcaldía de Mariquita para informarse del estado de la investigación que ese despacho seguía contra los mismos sujetos.

"Así, pues, y sin necesidad de analizar el fundamento que pudo tener para desvincular a Acosta y a Abad Sánchez de las estafas denunciadas, es lo cierto que el ex-Juez Torregroza Rozo omitió deliberadamente un deber legal ineludible, por notoria simpatía hacia quienes podían resultar afectados procesalmente en caso de que se hubiese dado cumplimiento a las normas aplicables en casos semejantes, y que, en consecuencia, debe responder en juicio ante este Tribunal por la imputación que cabe deducir en su contra en razón de tal conducta, conforme al Capítulo V del Libro II del C. Penal, en su Título III".

Y el Tribunal Superior de Ibagué, en el auto en que negó la reposición interpuesta por el defensor del procesado contra el de proceder, razonó así en sus considerandos:

"En la modalidad comisiva del último inciso del artículo 2º del Decreto-Ley 2525 de 1963, el delito de prevaricato presupone los siguientes elementos:

"a) Que el sujeto activo del delito tenga la categoría de funcionario o empleado público, o que transitoriamente desempeñe funciones públicas, y que la infracción se cometa en el desempeño de sus funciones.

"b) Que omita, rehuse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones.

"c) Que esa conducta negativa haya sido determinada por simpatía o animadversión a cualquier interesado.

"Es natural, en relación con el primer elemento, que la conducta negativa del agente se cumpla dolosamente, entendiendo por ello la omisión consciente y voluntaria del acto que está obligado a cumplir. De ahí que la supresión, en la Norma, del elemento a sabiendas no signifique, en el sentir de la Sala, que el hecho pueda ser reprochable a título de simple culpa; pues siempre habrá de exigirse la intervención de la conciencia de la ilicitud del acto, que sólo se destruirá con la demostración de que el sujeto activo ha obrado por error esencial excusable por no provenir de negligencia, o por otro de los motivos de inculpabilidad previstos en la ley.

"De ahí que la H. Corte. haya expresado sobre el elemento a sabiendas, que exigía el art. 168 del C. P., tanto para el prevaricato por actos positivos como para el ejecutado con actos omisivos, que "se produce cuando el funcionario resuelve arbitrariamente, sin tomar para nada en cuenta la ley, o cuando la aplicación en sentido notoriamente contrario a lo que ella expresa, lesiona manifiestamente, sin razón ni justicia, los derechos de las personas o la seguridad social (...). -Subraya la Sala-. (Auto de 2 de mayo de 1942, G. J. T. LII, Pág. 697, citado por Ortega Torres). Ello viene a significar que el discutido elemento subjetivo del injusto que se menciona, en el fondo, se confunde con el dolo en su aplicación a cada delito, según lo entiende Jiménez de Asúa en sus justas críticas a la exigencia de tal factor para algunas infracciones en la legislación colombiana, y lo proclama el doctor Jesús Bernal Pinzón en su obra "Delitos contra la Administración Pública", al afirmar que el simple dolo basta para la configuración de la infracción, pues "si esa exigencia se ha puesto para descartar la posibilidad de una errada interpretación de la ley, o llevar por otras causas a la aplicación de una norma no pertinente en el caso sub judice, es claro que con el solo dolo bastaba, ya que, en hipótesis similares, faltando el dolo no habría tampoco delito. Si el dolo no es otra cosa que la voluntad de cometer un hecho previsto en la ley como delito, es decir, la voluntad de realizar un estado de hecho perfectamente correspondiente a la hipótesis abstracta formulada en el precepto legal, todas las veces que haya una discordancia entre esa voluntad criminosa y la hipótesis abstracta, no podría afirmarse que ha existido una conducta dolosa, y, en consecuencia, habrá que afirmar la inexistencia del delito". De donde concluye el autor citado que "Por consiguiente (...) sobra la exigencia del 'a sabiendas', ya que, repetimos, siendo el prevaricato un delito eminentemente doloso, el dolo debe comprender las calificaciones de injusticia y contrariedad a la ley, de las providencias que el funcionario dicte u omita en la ejecución del delito, sin que sea necesario exigir expresamente el 'a sabiendas'.

"Precisamente, en atención a las críticas enderezadas contra la redacción del precepto contenido en el artículo 168 del C. P., no solo por este autor sino por otros como Pacheco Osorio y Vásquez Abad, el artículo 2º del Decreto-Ley 2525 consagró en forma clara, la interpretación doctrinaria propuesta por el último citado, y eliminó la exigencia del factor a sabiendas de la estructura del delito de prevaricato por omisión, dejando subsistente nada más que el otro elemento subjetivo del injusto, a saber, el motivo determinante de la conducta formado por la simpatía o la animadversión hacia cualquier interesado.

"Ahora bien: según lo ha proclamado la H. Corte en varios fallos, el prevaricato no es más que un abuso de autoridad calificado por los dos elementos comentados, según el caso, valga decir, ya se trate del prevaricato activo, ora del que se comete con actos omisivos, en los que se exige para el primero el obrar a sabiendas, y para el segundo, la determinación del sujeto por el móvil expresado.

"Con fundamento en lo dicho, es apenas natural admitir que el procesado Torregroza Rozo, cuya condición de Juez Penal Mu-

nicipal de Honda, en ejercicio del cargo, se halla demostrada en el informativo, omitió voluntariamente y conscientemente un acto propio de sus funciones, como era la obligación imperativa que le imponía el artículo 10 del C. de P. P., en armonía con los artículos 1º y 2º del Decreto-Ley 528 de 1964, de abrir la investigación de los hechos delictivos que le denunciaba la policía en su informe.

"Y no prospera la disculpa invocada, en el sentido de que el Juez disponía de sesenta días para perfeccionar la investigación y en cualquiera de ellos podía decidir si era el caso de iniciarla o de abstenerse de hacerlo, pues una cosa es el término para perfeccionar el sumario -ya iniciado- y otra muy diversa la obligación que impone el precepto citado de iniciarla sin dilación, es decir, sin demora, inmediatamente, disposición ésta que saca la cuestión del mero ámbito del capricho o de la determinación discrecional del funcionario. Bien elemental es para quienes trasegan las disciplinas jurídicas que el ordenamiento jurídico-procesal patrio le exige perentoriamente al funcionario, dentro de la órbita de su competencia, iniciar la averiguación formal cuando tiene conocimiento, aún por noticias meramente confidenciales, de la comisión de un delito.

"También carece de fuerza justificante la disculpa propuesta por el procesado y su defensor, constituída por la falta de ratificación ante su superior del informe rendido por el policía que realizó la captura de los tres sujetos señalados como autores de delitos de estafa y como cohechadores; porque la misma norma invocada por ambos para fundamentarla es bien clara, no es oscura, ni se presta a interpretaciones difíciles. Estatuye, en efecto, el artículo 1º del Decreto 744 de 1967: "Para efectos de los procesos penales los detectives del Departamento Administrativo de Seguridad, los agentes de la Dirección General de Aduanas y los miembros del servicio de Inteligencia de las fuerzas militares y de la policía nacional, expresarán los hechos de los cuales hayan tenido conocimiento en razón de sus funciones, por medio de informes escritos que ratificarán bajo juramento ante el respectivo jefe o superior inmediato, sin otra identificación que su huella dactilar y el número que les corresponde'.

"Al peor lector no se le escapa que la norma se contrae expresamente a los miembros del servicio de Inteligencia de la policía nacional, cuando de esta institución se trata, y no al personal uniformado que cumple funciones de vigilancia y otras que no implican la necesidad de mantener en secreto su identidad. La disposición es expresa y clara sobre el particular. Pero es más: el artículo 3º del decreto que se cita se refiere al valor probatorio, a la estimación legal de esos informes ya dentro del proceso penal, y nada tiene que ver con la obligación del juez de iniciar la investigación de un hecho delictuoso que ha llegado a su conocimiento aun por informaciones confidenciales. A fortiori, cuando la información la ha recibido de un funcionario o empleado público, quien, además, ha puesto a su disposición elementos que tienen que ver con la infracción, en obedecimiento a lo mandado por la primera parte del artículo 10 del C. de P. P.

"Y ésto es más grave, el juez procesado se aferró tozudamente a la negativa de adelantar las averiguaciones pertinentes con respecto al posible delito de cohecho que le denunciaba la policía, pese a que el señor Procurador de Honda ya se lo había advertido en las conclusiones u observaciones elaboradas con base en el acta de visita que practicó al sumario por estafa contra Jesús Acosta, Abel Sánchez y Jacinto Abad Sánchez, según consta en la observación quinta del respectivo pliego, el cual fue conocido por el señor Torregroza, como quiera que el mismo Procurador puso a su disposición la actuación administrativa que le adelantaba para efecto de que presentara sus descargos. No obstante su conocimiento de su proceder desajustado, insistió consciente y voluntariamente, -más aún, deliberada y caprichosamente- en su omisión, rehusando llamar al policía del informe para que lo ratificara bajo juramento conforme se lo solicitó el mismo Procurador dentro del sumario que cursaba contra tales sujetos, según se puede observar en el auto que denegó la práctica de esa prueba.

"De donde se sigue que el Juez obró con conocimiento del hecho y no por ignorancia invencible. Y no se trata de escaso celo en el cumplimiento de los deberes del cargo, sino de actitud ostensiblemente maliciosa. De ahí que la jurisprudencia española citada por Eugenio Cuello Calón, Pág. 367 de la edición de 1957 de su obra 'Derecho Penal", con relación a esta especie de delito, que en la legislación española se tipifica expresando que "El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes", haya concluído que "comete este delito el alcalde que, noticioso de la ejecución de un hurto, devuelve por sí y ante sí a los dueños respectivos los efectos hurtados y no instruye atestado ni pone el hecho en conocimiento del Juez Municipal". Con mayor razón debe cometer este delito el juez municipal, a quien la ley le asigna la obligación de instruír los sumarios por todos los delitos cometidos en su jurisdicción, que, noticioso de la comisión de un cohecho, se abstiene de abrir el sumario respectivo, a fin de esclarecer los hechos, y procede más bien, en forma evidentemente insólita, a entregar a los presuntos cohechadores el dinero y los relojes con que, al tenor de la información policial, pretendieron o intentaron cohechar, como consta en la copia del proceso adelantado contra los sujetos nombrados, que se agregó a este negocio.

"De modo que, para la Sala no hay duda sobre que el procesado realizó el acto negativo, que le imputa el auto recurrido, dolosamente, esto es, con conciencia y voluntad de que su acto era contrario a la ley, en el conocimiento de que omitía el cumplimiento de un deber legal. Como no hay duda que tal conducta atentó gravemente contra la seguridad social y contra la administración pública, que es uno de los intereses tutelados por la norma".

".....

"Es cierto, como lo propone el señor defensor del procesado, que la prueba de la simpatía o la animadversión, como móvil eficiente de la conducta reprochable penalmente, ha sido considerada difícil por la doctrina; pero no imposible. Pues, a más de los documentos y de las manifestaciones orales a que se hace referencia en ella, también es de recibo la prueba indiciaria, quizás la más idónea y la que tiene mayor posibilidad de recaudo. Y justamente esa es la prueba que milita contra el procesado en este negocio, y la que ha dado fundamento al auto de proceder. En tal sentido, obran en los autos los siguientes hechos indiciarios:

"a) El señor Torregroza Rozo, cuando ejercía sus funciones de Juez Penal Municipal de Honda, acudió a la Cárcel del lugar, en compañía de unas mujeres vinculadas a los procesados Acosta, Sánchez y Abad, a exigirle a los guardianes que les permitiera entrevistarse con ellas, hecho que se cumplió en día feriado y cuando todavía no habían sido oídos en indagatoria, lo que indica un evidente interés por la causa de tales sindicados.

"Este hecho, además de haber sido informado por el director de la cárcel con base en lo que le noticiaron los guardianes, como consta en el informativo, fue aceptado por el mismo indiciado, según consta igualmente en las piezas del expediente.

"Y es obvio que, pese a no tratarse de una confesión obtenida en la indagatoria del procesado, no deja de ser, por ello, un elemento de prueba que a juicio de la Sala merece el crédito de una confesión, toda vez que no siempre la confesión, ha de constar en la comentada diligencia.

"b) En su afán de poner en libertad a dos de los nombrados procesados, a quienes no consideró vinculados al delito de estafa que investigaba, por razón de que uno de los tres resolvió asumir toda la responsabilidad del giro de los cheques sobre cuenta cancelada, acudió diligentemente, con acuciosidad impropia de sus funciones, a la Alcaldía de Mariquita a enterarse del estado de unas diligencias que allí cursaban por hechos similares, y de la que tenía conocimiento por información oficial arrimada al expediente. De esta actitud da cuenta el Alcalde de Mariquita, en documento oficial que obra también en los autos, y, además,

consta la admisión del hecho por el propio procesado Torregroza.

"El procedimiento establecido en normas positivas, para estos casos, exige que el funcionario que va a dejar en libertad a un procesado oficie a las autoridades en indagación de si lo requieren por razón de otros negocios. Y es lo que con una conducta normal y ajustada al cumplimiento de sus deberes ha debido acatar. Sin embargo, tal proceder contrario a la rectitud no se explica sino por móviles de simpatía, de inclinación al favorecimiento, de un afán desusado de liberar inmediatamente a tales sindicados.

"c) Como se expresa en la providencia recurrida, la conducta del ex-juez, con respecto a los sindicados nombrados, fue la siguiente: "El 17 de junio del año en curso (1967), y por corresponderle en reparto, asumió el conocimiento de tal investigación profiriendo el respectivo auto cabeza de proceso, teniendo ya bajo sus órdenes a los tres sujetos comprometidos en ella, así como los elementos hallados en su poder; el 18, día feriado, se presentó con 'tres señoras que lo acompañaban' y a las cuales identificó como 'esposas' de los detenidos, a la guardia de la cárcel distrital en solicitud de que se permitiera a éstas una entrevista con aquellos, lo cual fue autorizado en ausencia del director del establecimiento. El 19 procedió a recibir de cada uno de los sindicados la correspondiente declaración de indagatoria, para luego, al día siguiente, después de acudir personalmente a la Alcaldía Municipal de Mariquita para averiguar por el curso que hubiera tomado la investigación que allí había contra los mismos sujetos puestos a su disposición, decretar la libertad inmediata e incondicional de dos de ellos, uno de los cuales, el mencionado Jesús Acosta, estuvo después en su compañía, concretamente el día 23, tomando 'aguardiente' en uno de los lugares de recreo y diversión de ese municipio".

"Este último hecho, el de haberse entregado a la consumición de licores y a la diversión, en franca camaradería con uno de los sujetos que acababa de libertar de modo ostensiblemente irregular, constituye, a juicio de la Sala, circunstancia indicadora, de suyo grave, de una manifiesta simpatía del ex-juez procesado por el nombrado Jesus Acosta y los otros dos cosindicados. Y es este un indicio que la Sala considera plenamente demostrado con la confesion que el senor Torregroza hizo de su conducta censurable ante el Alcalde de Mariquita y que fue trasladada a este proceso, en tal modo que a juicio de la Sala no queda duda sobre la realidad de la ameritada confesion. La que, además, se refuerza con el informe rendido por el Comandante del grupo de Policía que dió cuenta del hecho comentado y, también, del comportamiento del Sr. Torregroza encaminado a impedir que el citado oficial capturara a Acosta en obedecimiento, según él, de una orden emanada de la Alcaldía de Mariquita, según oficio número 0802, que el mismo Capitán Roberto Luis Orozco Sierra cita en su informe.

Estos tres indicios que la Sala acaba de precisar, unidos a las demás circunstancias analizadas en el auto impugnado, concurren, en su gravedad, pluralidad, precisión y conexión, a demostrar el móvil de la simpatía -elemento subjetivo de la infracción- que determinó la conducta del procesado, que se examina. Si este sentimiento se traduce, como lo subraya el profesor Luis Carlos Pérez, creando en dos o más individuos disposiciones afectivas análogas, como en los casos en que se comunican el miedo, la indignación, la alegría, la tristeza; nada más elocuente para demostrar la presencia de tal sentimiento en el indiciado que la conducta suya asumida en la piscina denominada "El Virrey", en Mariquita, la noche del 23 de junio de 1967, tal como lo describe el capitán de la policía, señor Roberto Luis Orozco Sierra, en su informe, y la acepta Torregroza, recalcando que le manifestó su extrañeza al nombrado oficial, "ya que son sus palabras- días anteriores, yo mismo había puesto en libertad incondicional al sujeto Jesús Acosta y les indiqué a él y a la mujer que nos acompañaba que solicitaran del señor capitán información sobre el motivo de la apreensión (sic); cosa

que fue aceptada por parte de mis contertulios".

El sumario contra Abel Sánchez C., Jacinto Abad Sánchez y Jesús Acosta, por el delito de estafa, se inició a virtud de denuncia presentada por el Sr. Isidro Eliécer Rubio, ante el Juez Segundo Penal Municipal de Honda.

Sometido el negocio a las formalidades del reparto, correspondió al Juzgado Primero Penal Municipal de dicha ciudad. La investigación se inició el 17 de junio de 1967 mediante auto cabeza de proceso dictado por este Juzgado.

El Procurador del Distrito Judicial de Honda, constituído en representante del Ministerio Público en el proceso solicitó, en 22 de junio de 1967, entre otras pruebas, que se le recibiera "declaración juramentada al Agente de la Policía Olivares Díaz Alcides Manuel, para que se ratificara en los cargos sobre soborno a que se refiere el informe visto al folio 3". (fol. 67).

El informe a que alude el Procurador obra en las mentadas diligencias sumarias y está dirigido, en 15 de junio de 1967, por el Sr. Dagoberto Bedoya Gámez, Cabo 1º de la Policía, al Comandante de la Tercera Estación de Policía de Honda. En lo que concierne al presunto delito de soborno dice así el informe: "Su captura se llevó a cabo en la calle del Palomar de esta ciudad, los que trataron de sobornar a la Patrulla (se refiere a los sindicados Abel Sánchez Conde, Jacinto Abad Sánchez y Jesús Acosta) ofreciéndole la suma de $ 1.000.00 pero como no portaban sino la suma de $ 109.00 se despojaron de los relojes para completar el valor; asimismo rompieron chequera del Banco Cafetero sucursal de Fusagasugá-Cuenta Número 890681-7...Conoció el caso el Agente Olivares Díaz Alcides Manuel". (Fol. 52 V.).

El Juez Primero Penal Municipal de Honda resolvió la solicitud del Procurador mediante auto de 26 de junio de 1967, negando, entre otras diligencias, la recepción de la declaración juramentada del Agente de Policía Olivares Díaz Alcides Manuel, porque informes como el de este Agente "deben de (sic) ratificarse ante el respectivo jefe o superior inmediato", de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1º del decreto 744 de 1967.

Ya en el memorial de descargos presentado por el Dr. Torregroza Rozo en el juicio disciplinario que le siguió el Tribunal Superior de Honda por estos mismos hechos, explica así por qué no ordenó la recepción de la declaración juramentada del Agente de Policía Olivares Díaz Alcides Manuel:

"Es cierto que en el informe Policivo fechado el 15 de junio y suscrito por el Cabo Primero Dagoberto Bedoya Gámez se da conocimiento de un posible soborno por parte de los tres sujetos tantas veces citados y que se cita el nombre del Agente Olivares Díaz Guzmán Alcides Manuel, como el Agente que conoció del caso; pero de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 744 de 1967, Arts. 1º, 2º y 3º, el valor de estos informes es de libre apreciación de los jueces y como requisito indispensable deben ser ratificados bajo la gravedad del juramento ante el respectivo Jefe o Superior inmediato. Es el caso que el informe carece de este requisito y por lo tanto el Juzgado le negó el posible valor probatorio que pudiera tener. Este hecho aparece consignado el día de su recibo y de ello creo, ha debido darse cuenta el Procurador". (folio 17).

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, al descorrer el traslado ordenado por la Corte para que emitiera su concepto sobre el proveído materia de la alzada, se muestra acorde con el mismo, y, en consecuencia, solicita a esta Corporación su confirmación. El Agente del Ministerio Público concluye que "el ex-juez Torregroza Rozo, se rehusó a ejecutar un acto propio de sus funciones, con innegable quebranto de la norma legal, por lo cual debe responder a los cargos que el Estado le ha formulado al radicarlo en causa criminal".

La Corte Considera:

Cierto es, como apunta el Tribunal de ori-

gen, que en la modalidad delictiva del último inciso del artículo 2º del decreto-ley 2525 de 1963, el delito de prevaricato presupone los siguientes elementos: a) Que el sujeto activo del reato tenga la calidad de funcionario o empleado público, o que transitoriamente desempeñe funciones públicas y que la infracción se cometa en el ejercicio de sus funciones; b) que omita, rehuse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones; y c) que esa conducta negativa haya sido determinada por simpatía o animadversión a cualquier interesado.

Por modo que es preciso analizar, a la luz de esta disposición, la conducta que se le imputa al Dr. Luis E. Torregroza Rozo en el auto de proceder.

Es innegable que el hecho que se le atribuye al sindicado se cometió por éste en el ejercício de sus funciones como Juez Primero Penal Municipal de Honda, lo que está acreditado plenamente con la copia del acta de posesión (fol. 19) y con la copia del acuerdo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Honda (fol.. 27).

El sindicado rehuzó ciertamente practicar la diligencia solicitada por el Procurador, porque consideraba, con base en el artículo 1º del Decreto 744 de 1967, que el Agente de Policía debía ratificar su informe, bajo la gravedad del juramento, no ante el Juez que instruía las diligencias sumarias, sino "ante el respectivo jefe o superior inmediato".

Es indudable que el Juez acusado interpretó erróneamente el artículo 1º del decreto 744 de 1967, pues tal disposición -como apunta el Tribunal de Ibagué se contrae a los miembros del servicio de Inteligencia de la Policía Nacional, cuando de esta institución se trata, y no al personal uniformado que cumple funciones de vigilancia y otras que no implican la necesidad de mantener en secreto su identidad.

Es obvio que, en la modalidad del último inciso del artículo 2º del decreto-ley 2525 de 1963, como ya se ha visto, el prevaricato presupone, además de otros elementos, que el acto negativo, ya de omisión, ya de retardo o de abstención, verse sobre un deber legal originado en las funciones propias del funcionario inculpado y que exista en éste la conciencia de la ilicitud de tal omisión, retardo o abstención. Acorde con esto, es incuestionable que no puede haber prevaricato en el ejercicio de funciones cuando la abstención o rehusamiento es determinado por la labor interpretativa que compete a los funcionarios frente a las normas legales que les corresponde aplicar, pues, de lo contrario, sería proclamar la infalibilidad del funcionario, cuestión que es absolutamente inadmisible.

Por tal razón, en el caso sub judice no es dable imputarle prevaricato al sindicado Torregroza Rozo, porque no puede colegirse en modo alguno que al rehusar recibir la declaración juramentada del Agente de Policía hubiera procedido con conciencia de ilicitud, vale decir, con el conocimiento de que tal rehusamiento fuera contrario a la ley.

El no proceder el sindicado a abrir la investigación condigna por el delito de cohecho es una consecuencia inmediata del convencimiento que albergaba, fundamentado en la interpretación del artículo 1º del Decreto 744 de 1967.

Faltando uno de los elementos subjetivos del corpus delicti de prevaricato, cual es el conocimiento de la ilicitud en el funcionario acusado, huelga el análisis de los otros elementos que estructuran el referido delito.

En consecuencia, la Sala, de acuerdo con el ordinal 1º del artículo 437 del C. de P. P., revocará la providencia apelada y, en su lugar, sobreseerá definitivamente en favor del procesado.

Como en el auto apelado, se decreta su detención preventiva, sin que haya constancia procesal de que está privado de libertad, la Sala revocará asimismo el decreto de detención.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal-, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la Repúbli-

ca y por autoridad de la ley, REVOCA el auto de proceder apelado y, en su lugar, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del sindicado Dr. Luis E. Torregroza Rozo por el delito de prevaricato, imputado. SE REVOCA asimismo el decreto de detención preventiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

COMPETENCIA

A partir de la vigencia del Decreto 1896 de 1969, que organizó la Empresa Industrial y Comercial del Estado, denominada Industria Militar, el empleado civil al servicio de esta Empresa, no está al servicio de las Fuerzas Armadas y por tanto, no puede cometer el delito de "peculado militar", debiendo ser juzgado por la justicia ordinaria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, marzo seis de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta Nº 7 de febrero 27 de 1970

V i s t o s :

Corresponde a esta Sala de la Corte proceder a dirimir la colisión negativa de competencias que ha surgido entre el Comando de la Novena Brigada, con sede en la ciudad de Neiva, en su calidad de Juzgado de Primera Instancia y el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esa misma ciudad, en relación con el conocimiento de este proceso seguido contra el Sargento retirado del Ejército Anselmo García Rodríguez por el delito de peculado que se le imputa cometió en su calidad de Almacenista de la Industria Militar para la citada ciudad de Neiva.

Por artículo 094 de la Orden del Día número 33 para el martes 3 de julio de 1962, del Departamento de Personal de la Gerencia de la Industria Militar (fl. 63), se dispuso: "1º Cámbiase la denominación del empleo asignado al señor Anselmo García Rodríguez, por la Orden del Día Nº 26, para el martes 22 de mayo del presente año, por la de Almacenista III Grado 5. "2º Nómbrase al señor Anselmo García Rodríguez, como Almacenista III Grado 5, de la Industria Militar, para la ciudad de Neiva" (fl. 63).

El 1º de julio de ese mismo año, el nombrado Anselmo García Rodríguez, ante el señor Ayudante de la Industria Militar, tomó posesión del cargo (fl. 64).

El señor Jefe del Departamento de Personal de la Industria Militar expide constancia de que "el señor Anselmo García Rodríguez prestó sus servicios en la Industria Militar desde el 16 de abril de 1962, al 1º de abril de 1969, como Almacenista en Neiva, fecha en la cual le fue aceptada la renuncia del cargo" (fl. 65).

La Gerencia General de la Industria Militar ordenó que se practicara una visita administrativa "al Almacén Nº 8 de la Industria Militar, adscrito al Comando de la Novena Brigada, en Neiva -Huila-", diligencia que se llevó a término entre los días 24 y 31 de marzo de 1969, la cual concluyó "dejando a cargo del Almacenista señor Anselmo García Rodríguez con cede (sic) en Neiva a (sic) Adscrito al Comando de la Novena Brigada, la suma de Cincuenta y cuatro mil setecientos noventa y ocho pesos con dieciocho centavos ($ 54.798.18) moneda corriente, para su inmediato reintegro, los cuales se discriminan así:

"V/r. Del Faltante en dinero por "omisión" de consignaciones	$ 46.858.25
"V/r. Del faltante en mercancías	$ 7.058.25
"V/r. De los recargos e impuestos Nacionales en	

las mercancías Faltantes	$	881.68
TOTAL	$	54.798.18"

(fls. 27 sgts.).

Debe advertirse que en esos mismos días el señor Anselmo García reintegró en su totalidad, según consta en el expediente (fls. 32, 111, 112), la suma que en su contra había sido deducida.

Con fundamento en esta Acta de Visita, por Resolucion Nº 34 de 1969 (17 septiembre), la División de Visitadores e Investigacion de la Contraloría General de la República avocó, "como funcionario de instruccion penal la investigacion de los hechos en referencia" (fl. 1) y dictó el correspondiente auto cabeza de proceso (fls. 3 y ss.).

Una vez agotada la investigación y proferida la providencia de detencion precautelativa, el senor Visitador Fiscal Instructor de la Contraloría General de la Republica, el 9 de octubre de 1969, envió las diligencias al señor Comandante de la Novena Brigada "y con el fin de que en su calidad de Juez de Primera Instancia ordene lo consiguiente" (fl. 75).

Por auto de esa misma fecha el Comando de la Novena Brigada -Juzgado de Instancia- "dispuso: "De conformidad con los Artículos 330 y 244 del Código de Justicia Penal Militar, avócase el conocimiento de la presente investigación adelantada contra Anselmo García Rodríguez, ex-Almacenista de la Industria Militar de Neiva, y sindicado del delito de "Peculado" " (fl. 76).

Se designó Funcionario de Instrucción Penal Militar para que avocara y perfeccionara la investigación (fls. 77 s.). Cumplido lo anterior, el Funcionario de Instrucción Penal Militar, el 18 de novimiebre de 1969, dispuso enviar las diligencias al señor Comandante de la Novena Brigada, Juez de Primera Instancia (fl. 122), entidad ésta que, a continuación, declaró cerrada la investigación y dispuso pasar los autos "por el término legal al señor Fiscal Permanente de la Brigada, para que emita concepto de fondo" (fl. 122 vto.).

De pronto y con fecha 25 de noviembre siguiente, aparece una nota de la Ayudantía, que dice: "Me permito informar a ese Comando que el señor Procurador Delegado de las Fuerzas Militares, ordenó el envío del presente negocio a la justicia ordinaria" (fl. 123).

A continuación el Comando de la Novena Brigada, como Juez de Primera Instancia, invocando el artículo 34 del Decreto 1896 de 1969, ordenó enviar las diligencias al Juez Penal (reparto) de Neiva (fl. 123) y, habiéndolas recibido el Primero Penal Municipal, éste las envió de inmediato al Penal del Circuito (reparto) por ser de su competencia (fl. 124).

El Juzgado 4º Penal del Circuito, al cual en reparto correspondió su conocimiento, por medio de auto de 28 de noviembre, luego de exponer las razones que a éllo le movían, ordenó devolverlas al Comando de la Novena Brigada y le provocó "colisión de competencia negativa si llegare a estar en desacuerdo" (fls. 126 ss.).

Por su parte el Comando de la Novena Brigada -Juzgado de Primera Instancia-, en laconico auto ordenó: 'Teniendo en cuenta que el Juzgado 4º Penal del Circuito de esta ciudad, provocó colisión de competencias negativa, ante este Comando, en el negocio adelantado contra el Sargento Vice-Primero (R) Anselmo García Rodríguez, sindicado del delito de Peculado, remítanse los autos a la Honorable Corte Suprema de Justicia, para que sea esta Corporación la que dirima de plano la controversia planteada" (fl. 129).

Ante todo debe observarse que por parte del funcionario de primera instancia de la justicia castrense y en cuanto hace relación a la colisión de competencia, hubo fallas de orden técnico, puesto que habiéndole promovido la colisión el Juez de la ordinaria de manera razonada y fundamentada, él también ha debido dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal, "dando la razón jurídica de su renuencia", razonamiento éste que se echa de menos.

La Sala considera:

1º: Ha de dirimirse la colisión negativa de competencias planteada en el sentido de declarar que el conocimiento de este negocio corresponde a la Justicia Castrense.

El Almacén de la Industria Militar de la ciudad de Neiva, pertenece a la Empresa Industrial y Comercial del Estado denominada Industria Militar, empresa con "personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente".

La organización de esta Empresa en la forma anterior, la cual quedó refrendada por medio del Decreto 1896 de 1969, encuentra algunos de sus orígenes en los Decretos 1050 de 1968 "Por el cual se dictan normas generales para la reorganización y funcionamiento de la Administración Nacional" y en el 3130 de ese mismo año "por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional", siendo de tener en cuenta que el artículo 30 del Decreto 1050 estatuye: "Los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado se ceñirán, en el cumplimiento de sus funciones. a la ley o norma que los creó y a sus estatutos; y no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos de los allí previstos, ni destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en la ley o en sus estatutos".

De manera que al reorganizar el funcionamiento de la Administración Nacional, quiso el Gobierno que entidades como la Industria Militar fueran organizadas como Empresas Industriales y Comerciales del Estado. con las características propias e independientes señaladas en el artículo 2º de sus Estatutos. Y, si bien es cierto que dos de los miembros de su Junta Directiva deben pertenecer a las Fuerzas Militares: Comandante General de éllas y Jefe del Estado Mayor Conjunto, los otros dos son el Ministro de Defensa que puede serlo o no y el Presidente de Acerías de Paz del Río S. A. y, el Gerente "es Agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción" (Decreto 1896 de 1969, artículos 12 y 20).

De donde es preciso concluir que la Industria Militar 'es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, es decir, un organismo dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, encargada de desarrollar la política y planes generales que adopte el Gobierno Nacional en materia de importación, fabricación y comercio de armas, municiones, explosivos industriales y la explotación de los ramos industriales acordes con su especialidad" (Decreto 1896 de 1969, artículo 2º).

Y si lo anterior es así, como en realidad lo es, síguese que el empleado civil de la Industria Militar no está al servicio de las Fuerzas Armadas sino al servicio de una persona jurídica con autonomía administrativa y patrimonio independiente que constituye una Empresa Industrial y Comercial del Estado, denominada Industria Militar.

Luego en estas condiciones, a partir de la vigencia del Decreto 1896 de 1969, su juzgamiento corresponde a la Justicia Ordinaria y no a la castrense.

2º: Desde otro punto de vista si se considera que el delito investigado por medio de las presentes diligencias fue cometido con anterioridad a la vigencia del Decreto 1896 de 1969. la Corte ya tiene establecido sobre este particular:

"No debe olvidarse que el estado de legalidad marcial terminó por mandato del Decreto 3070 del 16 de diciembre de 1968, evento que tiene, desde luego proyecciones jurídicas sobre la colisión de competencias que aquí se desata. En efecto, nuestra organización judicial en materia penal consagra el principio de que **los delitos comunes son juzgables por la justicia ordinaria**, principio que el artículo 170 de la Constitución confirma cuando expresa que "De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar". Excepción a esa norma general es la contemplada en el ordinal 2º del artículo 308 del Código cas-

trense, según el cual la jurisdicción penal militar conoce "De los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que estén al servicio de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra, turbación del orden público y conmoción interior".

"Ahora bien; restablecido el orden público, es evidente que desaparece una de las condiciones indispensables para que la jurisdicción castrense conozca de los delitos comunes "cometidos por militares en servicios activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas ...", recobrando de inmediato su imperio las normas generales sobre competencia".

En estas circunstancias, se repite, es a la justicia ordinaria a la que corresponde conocer de peculados que se cometan por civiles dentro de la Industria Militar, con posterioridad a la vigencia del Decreto 1896 de 1969.

Pero, habiéndose cometido el que ahora ocupa a la Sala con anterioridad a la vigencia del decreto últimamente citado, cuando esa Industria Militar estaba adscrita a las Fuerzas Militares, es preciso concluir que se está frente a un peculado de carácter militar, porque el sujeto pasivo de él se encontraba, en ese entonces, al servicio de las Fuerzas Militares, porque violó la ley penal militar, pues con ocasión y por causa del servicio militar y en ejercicio de funciones propias de él, se cometió el ilícito, y porque en el lugar en donde fue cometido el delito se hallaban establecidas las Fuerzas Militares, elementos todos éstos que se dan en el caso de autos y que son los esenciales para la estructuración de un ilícito de tipo castrense. Tampoco debe olvidarse que al dirimirse la colisión de competencias en la forma ya dicha y en la cual se hará, la ley aplicable al procesado le es más favorable.

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 declarando que el conocimiento de este negocio corresponde al Comando de la Novena Brigada con sede en la ciudad de Neiva, en su calidad de Juzgado de Primera Instancia, a la cual será remitido, previo aviso de lo resuelto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Neiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

En el concurso de delitos, real o formal, no se pueden tomar en cuenta las disposiciones que reglamentan estas figuras, sino la respectiva norma, en forma independiente, como lo estatuye el artículo 105 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, seis de marzo de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 8 - marzo 6 de 1970.

V i s t o s :

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas, de 26 de julio de 1966, que reformó la del Juzgado Superior de Aduanas de Barranquilla, de 17 de marzo de 1965, en el proceso seguido contra Emilio Daguer V., Domitilo Contreras y otros por los delitos de contrabando, se interpuso el recurso extraordinario de casación por 14 de los procesados y sus apoderados, recurso que fue concedido.

En el término del traslado a las diversas partes recurrentes para que formularan la demanda de casación, el Dr. Rito Antonio Galvis, como defensor del procesado Jorge Enrique Mojica, y el Dr. Juan José Cuadros Buitrago, como apoderado del procesado Salvador Díaz Macías, solicitaron que se declarara la prescripción de la acción penal, "en razón de que han transcurrido más de ocho (8) años desde la comisión de los hechos; y este es el máximo de la sanción prevista por las leyes aduaneras".

La Corte, en providencia de 9 de diciembre último, ordenó que se diera traslado de las solicitudes sobre prescripción al Agente del Ministerio Público, para los fines indicados en el art. 153 del C. de P. P.

El Procurador Primero Delegado Penal, al conceptuar, "concluye que la acción penal no puede proseguir en este proceso por prescripción". Por ser la vista fiscal un cuidadoso estudio del fenómeno de la prescripción, la Sala se referirá a ella a medida que lo considere necesario.

Hechos que dieron origen al proceso:

Los relata así el Tribunal Superior de Aduanas, en la sentencia de 26 de julio de 1966:

"1º Cerca a las doce (12) de la noche del día martes siete (7) de noviembre de mil novecientos sesenta y uno (1961) el Mayor (r) Miguel Sandoval Solano recibió información a cerca de la presencia de una embarcación que rondaba por los lados de la Vía 40 y de la Unión Industrial de la ciudad de Barranquilla, respecto de la cual se presumía algo sospechoso por las vueltas que daba y porque viajaba con las luces apagadas. El citado Oficial, quien ejercía las funciones de Capitán de Puerto en la mencionada ciudad, solicitó colaboración a las unidades Militares de la Base Naval del mismo lugar y con varias de éstas, comandadas por el Teniente Raúl Alvarez Moros, emprendieron la búsqueda de la embarcación clandestina la cual fue hallada en el muelle particular de la fábrica Peldar e identificada con el nombre de la "GOLONDRINA". De tal embarcación se descargaba una apreciable cantidad de mercancías de procedencia foránea que desembarcaba un considerable número de personas en el sitio referido: en el mismo lugar, se descargaban de dos (2) camiones para su embarque en la nave Golondrina, un carga-

mento de trescientos sesenta y tres (363) bultos de café.

"En el teatro de los acontecimientos, las unidades militares y funcionarios del resguardo aduanero, aprehendieron: a) la nave "Golondrina" transportadora de matute; b) los camiones de placas números A-71971 y A-71481; c) una embarcación menor, sin nombre; d) un revólver Smiht & Weesson, calibre 38, hallado en el muelle; e) una caja con treinta proyectiles para el citado revólver, hallada dentro de la embarcación; f) las mercancías foráneas transportadas y las nacionales que se iban a transportar en la nave "Golondrina"; g) los escritos y documentos que corren a los folios 3 a 98 del cuaderno primero; y h) treinta y nueve (39) personas que junto con otras fueron vinculadas al informativo con la calidad de procesados.

"Al siguiente día ocho (8) de los citados mes y año, se halló en una de las bodegas de la fábrica Peldar, el camión marca White de placas número K-30033 de propiedad de la señora Minerva Llinás de Olaciregui, con un cargamento de sacos de café, que ciertamente era parte integrante del cargamento de este grano aprehendido la noche anterior en las instalaciones de la empresa citada, en los camiones de placas A-71971 y A-71481.

"Cuantía. - Las mercancías de procedencia foránea, fueron avaluadas en detalle, según el dictamen pericial que corre a los folios 408 a 413 del cuaderno segundo, en la suma de $ 699.490.60; y el cargamento de café en la suma de $ 90.750.00, lo que dá un gran total de $ 790.240.60, para efectos de la cuantía del ilícito.

"Respecto de los bienes foráneos aprehendidos, no se exhibieron los documentos aduaneros correspondientes, es a saber: manifiesto de aduanas; registro de importación; facturas Consular y comercial; conocimiento de embarque, que demostraran la importación lícita de tales bienes. Por el contrario, estos eran desembarcados de nave que procedía de travesía internacional, contra ley, en sitio no habitado y por consiguiente en forma clandestina; y no obstante el elevado valor comercial que representan, no han sido reclamadas con justo título por ninguna persona, de todo lo cual se pone en evidencia la existencia del ilícito de contrabando que la legislación preexistente contempla en las causales 3ª, 5ª, 6ª, 7ª y 17 del artículo 374 del Código de Aduanas; numerales a), d) y e) del artículo 3º del Decreto 1432 de 1940; y artículos 3º y 32 de la Ley 1ª de 1959; y que en la actualidad contemplan los numerales a), b), d), y m) del artículo 4º y ordinales 2º, 3º, 7º, 8º, 12 y 16 del artículo 5º del Decreto 1821 de 1964.

"En cuanto al cargamento de café no se acreditó la observancia de las normas preventivas o de policía que gobiernan el tráfico interno de dicho grano dentro del territorio nacional y que claramente señalan las disposiciones de los artículos 9º y siguientes del Decreto 1228 de 1959, ni se observó el conducto regular aduanero sobre registro de la exportación de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 23 de la Ley 1ª de 1959 y demás concordantes, ni se hizo la correspondiente declaración aduanera ni se obtuvo el imprescindible manifiesto de exportación. Esta omisión demuestra plenamente la movilización e intento de exportación clandestina del citado cargamento y configura en consecuencia la entidad delictual que preven las disposiciones penales aduaneras enumeradas en el párrafo precedente".

Considera la Corte:

a) Como acertadamente dice el Tribunal Superior de Aduanas, se configuran, en el caso materia de autos, los delitos de contrabando de que tratan las disposiciones legales por él citadas en la narración de los hechos ,en la modalidad de agotado o consumado, el de importación; y en la modalidad de tentado o imperfecto, el de exportación, "como quiera que se trajeron al país mercancías extranjeras en contravención a la ley y se intentó sacar de él mercancías nacionales sujetas al control aduanero y al pago de derechos de exportación, sin cumplir los requisitos que señala la ley".

b) La norma que sanciona los delitos in-

vestigados es la contenida en el artículo 18 del decreto 188 de 1958, conforme a la cual el contrabando se sancionará "de tres a ocho años de prisión, si la cuantía es de cinco mil pesos o más", norma vigente al tiempo de los hechos, actualmente derogada por el decreto 1.821 de 1964, "estatuto que sin embargo ratificó dicha penalidad al disponer que la sanción se señala" en "prisión de dos a ocho años si la cuantía es o excede de cincuenta mil pesos" (arts. 6º y 59), lo que significa obviamente que en lo que atañe al máximo de la pena imponible por contrabando no hubo modificación, "pues en ambas disposiciones es de ocho años, máximo que debe tenerse en cuenta para los efectos de la prescripción".

c) Como lo consideró con acierto el Tribunal de Aduanas, los hechos materia del proceso configuran un concurso material o real de delitos, punible conforme al artículo 33 del C. P., por cuanto hubo pluralidad de hechos criminosos, autónomos en su objetividad material y jurídica, cometidos simultáneamente.

d) Según el artículo 105 del C. P., la acción penal prescribirá: "... En un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad mayor de cinco años y menor de veinte".

Puntualizando el sentido y alcance de esta disposición, ha dicho esta Corporación:

"Para saber si una acción penal no puede ya proseguirse por haber transcurrido el tiempo en que se extingue, es preciso averiguar lo siguiente: 1º) qué pena máxima le corresponde al delito, y 2º cuándo se consumó -si es instantáneo-, o se verificó el último acto, si es continuo o permanente.

"La palabra respectiva, usada por el artículo 105 del C. P. que regula la prescripción de la acción penal, se deriva de respecto, que quiere decir relación de una cosa con otra. Luego, en buena lógica, hay que entender que en cada caso es preciso consultar el texto legal que determina la pena y cuando son ellas diversas por ser también varios los hechos delictuosos, hay que independizarlas". (Auto 3 de mayo de 1955, LXXX, 497).

e) En lo que respecta a la prescripción de la acción penal originada en un concurso real o formal de delitos, ha dicho esta misma Corporación que no debe tomarse en cuenta la norma del artículo 33 del C. P. Porque "este artículo se refiere a la pena imponible, a una posibilidad que toma forma o se evidencia solo en el fallo, mientras que la prescripción parte del supuesto de una pena ya acordada, que es la que contempla el respectivo artículo del Código" (Auto, 3 de mayo de 1955, LXXX, 497). Lo que significa que en caso de concurso los delitos prescriben separadamente.

f) Conforme a lo expuesto, como los hechos delictivos ocurrieron el 7 de noviembre de 1961 y hasta la fecha han transcurrido más de ocho años, lapso señalado para la prescripción del delito de contrabando, de acuerdo con las voces del artículo 105 del C. P. y las disposiciones citadas sobre aduanas (art. 18 del Decreto 188 de 1958 y el 6º del Decreto 1.821 de 1964), que fijan la pena imponible de un máximo de ocho años, la acción penal ha prescrito. Según apunta el Agente del Ministerio Público, como las infracciones referidas ocurrieron en la fecha expresada, sin que con posterioridad se produjeran nuevos hechos configurativos de contrabando, la prescripción o el término señalado para la misma, no se ha interrumpido en ninguna forma.

g) Finalmente es indispensable advertir -en consonancia con la observación del Agente del Ministerio Público- que en el procedimiento aduanero según el cual se tramitó el proceso, no existe auto de proceder, por lo que por este aspecto no se ha interrumpido la prescripción, sin que tampoco pudiera tener tal efecto la sentencia, pues no quedó en firme habiendo sido impugnada mediante la interposición del recurso de casación.

h) Interponiéndose, pues, el fenómeno prescriptivo, la Sala carece de facultad legal para resolver, en el fondo, la acusación formulada contra el fallo recurrido. Por

tanto, habrá de aplicar el precepto consagrado en el artículo 112 del C. P.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal-, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Declara Prescrita la acción penal a que se contrae este proceso y Dispone que cese todo procedimiento contra los procesados Emilio Daguer V.. y Domitilo Contreras y otros en razón de aquél.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DERECHO DE DEFENSA

En razón de que la Ley 74 de 1968, aprobó los pactos internacionales acogidos por Asamblea General de las Naciones Unidas, el "derecho de defensa" dejó de ser una creación doctrinaria de la Corte, con fundamento en el artículo 26 de la Carta. — Diferencias entre el delito de robo y el de extorsión. — No existe nulidad, por falta de defensa, cuando el defensor no asiste a la audiencia pública en los juicios en que no interviene el jurado, pero con antelación, ha hecho conocer los reparos a los cargos formulados al incriminado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, marzo nueve de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez).

Aprobado: Acta Nº 8 de 6 de marzo de 1970.

V i s t o s :

Se procede a decidir el recurso de casación interpuesto por Héctor Zuleta Zapata contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, fechado el 1º de julio de 1969, en el cual confirmó la sentencia del Juzgado 11 Penal Municipal, que el 20 de septiembre de 1968 condenó al recurrente a 8 años de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes, por el delito de robo.

El recurso fué admitido en la Corte por auto de 29 de octubre de 1969 y el 16 de diciembre del mismo año se reconoció personería al apoderado especialmente constituído para sustentarlo. En providencia de 23 de enero del año en curso se declaró la demanda ajustada a las exigencias del artículo 63 del Decreto 528 de 1964.

El apoderado se encuentra inscrito para actuar como abogado en la Corte.

I

Los Hechos Procesales.

Se inició el proceso por denuncia de Rodolfo Lopez Villegas, presentada ante el Inspector Permanente Central de Medellín, diciendo en élla que el 16 de diciembre de 1967, cuando se encontraba en un establecimiento de cantina ubicado en la Avenida del Río Medellín, frente a la Macarena, tomando cerveza con su amiga Amparo Jaramillo y con Ana Celina Jaramillo, a eso de las 10 de la noche fue invitado a salir por un sujeto que estaba sentado frente a otra mesa del mismo establecimiento, junto con otros dos, uno de los cuales era el administrador. El sujeto le manifestó que necesitaba hablar con el denunciante y efectivamente salieron ambos a la acera exterior y en élla —son palabras textuales— "el hombre sacó un revólver, me encañonó y disparó a quemarropa y me dijo: entregue ese reloj y ahí fue cuando disparó. Entonces me quité el reloj de pulso y se lo entregué; inmediatamente me volví a entrar y me senté en la mesa donde estaba. El tipo me siguió y me dijo allí estando yo sentado: el anillo también y se lo entregué. Yo dije hagan algo por mí y el administrador se hizo el de la oreja mocha. El hombre me dijo que qué más tenía. Yo tenía más pero dije que no".

Agrega que el sujeto salió muy pronto

con rumbo desconocido pero que como a los quince minutos llegó la Policía con uno de los que acompañaban al atracador a preguntar quién había sido la víctima. Destaca en la denuncia la identidad de los objetos que fueron materia de la apropiación y da las señales de los implicados, quienes fueron reconocidos después por el denunciante, por las mujeres que lo acompañaban y por otras personas, lo que contrajo la investigación a Héctor Zuleta Zapata, Enrique Guerra Mira y Ramón García Serna; éste en su calidad de administrador de la cantina.

Correspondió al Juzgado 11 Penal Municipal de Medellín el conocimiento del asunto, oficina que recaudó la prueba necesaria y calificó el sumario el 16 de mayo de 1968 (folio 72 y s. s.) en el sentido de enjuiciar a Zuleta Zapata por el delito de robo agravado y sobreseer en favor de los otros dos incriminados.

El mismo Juzgado dictó condena con fecha 20 de septiembre de 1968, confirmada por el Tribunal con la modificación de que Zuleta Zapata debía perder la patria potestad y no solo suspendérsela, como decretara el funcionario de primera instancia.

Las imputaciones que sustentaron el fallo se concretan en el siguiente párrafo del Juez, acogido por el Superior (folio 108): "Está comprobado plenamente que en perjuicio de Rodolfo López Villegas fue cometido un delito de robo; se constató la propiedad, pre-existencia y falta posterior del reloj y el anillo que fueron avaluados en la suma de ochocientos cincuenta pesos (folio 59); también se esclareció que para el apoderamiento de éllos se emplearon amenazas y violencias contra las personas; el ofendido fue encañonado con un revólver y por este medio se le exigió la entrega de sus alhajas. Existen elementos probatorios que señalan a Héctor Zuleta Zapata como responsable de este ilícito. Rodolfo López lo sindica directamente como el individuo que lo atracó; en rueda de presos lo reconoce y en diligencia de careo le sostiene los cargos. Los testigos Ana Celina Jaramillo y Jesús Ocampo son también claros y enfáticos al impetrar la autoría de este ilícito a Héctor Zuleta. Además otro hecho indicador de la responsabilidad de Zuleta es el de haber ofrecido dinero por su libertad a los agentes que lo capturaron. Estando en este Despacho Héctor Zulueta, le mandó decir al ofendido con la señora Edma Alvarado que él le pagaba las alhajas".

III

Demanda de Casación

Invoca el actor la causal 4ª de casación descrita en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, pero hace dos cargos, el primero de los cuales aparece planteado de este modo:

"La sentencia de fecha 16 de septiembre de 1969, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual se condeno a purgar la pena de ocho años de presidio al procesado recurrente Héctor Zuleta Zapata, por el delito de robo agravado, es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio de nulidad supralegal, por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, ya que el derecho de defensa a que tiene derecho el procesado recurrente..." (no concluye la frase pero hay que entender que plantea la inexistencia o incorrección del ejercicio de ese derecho).

Trata de demostrar el cargo diciendo que el defensor de oficio designado en las instancias no cumplió su misión, pues ni siquiera asistió a la audiencia pública, a pesar de habérsele notificado la fecha y hora de su celebración; y, aunque presentó el memorial que figura en el folio 88, no puede ameritarse esa actuación, pues se trata de un escrito que "no reune las exigencias del derecho de defensa". Observa igualmente que el defensor no apeló de la sentencia, recurso que hubo de interponer el propio condenado. A manera de resumen concluye:

"Impugno la sentencia objeto del recurso de casación, en razón de que dicho fallo se pronunció sobre un juicio viciado de nulidad por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, nulidad supralegal que

emana del contenido procesal del negocio donde aparece que el derecho de defensa a que tiene derecho todo procesado no tuvo cumplimiento".

Acogiéndose a la misma causal 4ª, hace este segundo cargo:

"La sentencia condenatoria objeto del presente recurso de casación se pronunció sobre un juicio viciado de nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción, ya que el delito procesalmente comprobado, no es el de robo agravado, sino el de extorsión y chantaje, previsto en el artículo 406 del Código Penal".

Trata de demostrar el cargo afirmando que el acto imputado fue apenas una especie de intimidación moral para que Rodolfo López Villegas entregara el anillo y el reloj, pero que "esta figura jurídica se acomoda más a la prevista en el artículo 406 del Código Penal en virtud de la favorabilidad de interpretación de la ley", y concluye:

"Impugno la sentencia del Honorable Tribunal Superior de Medellín por haberse incurrido desde el auto de proceder en error en la denominación jurídica de la infracción (artículo 37 del Decreto 1.358, ordinal 5º)".

En consecuencia, pide se decrete la nulidad del proceso para que se reponga el procedimiento, según el numeral 3º del artículo 58 del Decreto 528 de 1964.

III

Concepto del Procurador.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal rechaza el primer cargo "por no estar ajustado a la realidad jurídica y menos a la certeza que se forma del estudio de la norma constitucional (artículo 26) que es depositaria de los derechos y garantías del ciudadano para su juzgamiento". Agrega que la nulidad supralegal sólo es de aceptación cuando al procesado le fueron conculcados sus derechos al impedírsele los medios adecuados para explicar o justificar su conducta, con lo cual se viola la plenitud de las formas ordenadas para el juzgamiento. Manifiesta que no puede invocarse este principio en el caso de autos porque antes del fallo de primera instancia el defensor alegó debidamente y porque, aún con una asistencia mucho más esmerada, habría sido muy difícil obtener la absolución, ya que las pruebas que militan contra Zuleta Zapata son de fuerza innegable.

En lo que se relaciona con el segundo cargo, alega el Procurador que la errada calificación jurídica de la infracción es nulidad expresamente consagrada y que expresamente debe ser también alegada, sin involucrarla como nulidad constitucional. Más aún, la causal cuarta solo procede como consecuencia de la causal primera, pues no es posible jurídicamente errar en la calificación del delito sin violar básicamente la ley sustancial.

Finaliza la vista con la petición de desechar la demanda.

IV

Consideraciones de la Corte.

A diferencia de otros sistemas constitucionales, por ejemplo, el italiano actual y el argentino a partir de 1853, el colombiano no organiza específicamente el derecho de defensa en sus textos. La potestad de oponerse a la persecución judicial, en el período de la simple pesquisa y mayormente en la etapa de las acusaciones, que aparece consagrada ya como un derecho natural en algunos territorios de Europa antes de la Declaración de Virginia de 1.776 y de la Revolución Francesa, tiene en Colombia su base en el artículo 26 de la Carta, que acoge el principio más difundido entre todas las naciones civilizadas. Pero en esta norma no se dice, como en algunas de las foráneas, que 'la defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del procedimiento" sino que se declara a través de las cuatro garantías descritas en el citado artículo 26.

Por esto mismo es indispensable que el actor discrimine y explique cuál o cuáles de esas previsiones fueron violadas, a fin

de comparar la crítica con los datos del proceso y reconocer o nó la validez del alegato. No es este un alarde de técnica jurídica, lo cual sería ya una justificación suficiente, sino la urgencia de auscultar la génesis del atropello, identificarlo y calcularlo en sus proyecciones destructoras de la tranquilidad ciudadana.

Pero si el derecho de defensa no tiene una configuracion especial en la Carta, no por eso se amengua en ella su trascendencia, y de allí el que nuestro sistema armonice con los otros en permitir un cumulo de intervenciones al imputado, directamente o por medio de representante; intervenciones que no solo consisten en reclamar contra el arresto, sino que se extienden al conocimiento de todas las actividades públicas de investigación y acusación; a oponer desde un principio pruebas sobre la inocencia o la no participación en los actos; a recusar al funcionario sin competencia procesal; a pedir la imposición de ley favorable y a que se le aplique la vigente; a no formular acusaciones contra si mismo ni contra sus parientes en la escala prescrita; a proponer razones, acciones, excepciones y recursos contra los mandamientos del funcionario; a sustentarlos y a que se le dén motivos mejor fundados, en caso de que los suyos no sean atendibles. En fin, la garantía de defensa es objetiva porque exige el previo pronunciamiento legal sobre la ilicitud de la conducta y las circunstancias dentro de las cuales se desarrolla la acción; y subjetiva, en el sentido de que el imputado puede oponer hechos, ideas o interpretaciones distintas que destruyan su culpabilidad, o la disminuyan, o la sitúen en otra descripción normativa.

Pero no es esto sólo. El derecho de defensa se ha vinculado con ese nombre y esa categoría al ordenamiento jurídico nacional a través de la Ley 74 de 1968, promulgada el 31 de diciembre del mismo año, ley aprobatoria de los pactos internacionales aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York el 16 de diciembre de 1966. Uno de esos tratados, que, como lo tiene resuelto el sistema colombiano, tiene fuerza constitucional, se refiere a la protección de los derechos civiles y políticos que tienen por base el reconocimiento de la dignidad del hombre y de sus restantes atributos de libertad e igualdad. El artículo 14 del acto consagra expresamente el derecho de que toda persona sea oida publicamente y con las debidas garantías por funcionarios capaces, autónomos e imparciales, autorizados por la ley; de que todo acusado tiene derecho a que se presuma inicialmente su inocencia; a las garantías mínimas procesales de ser informado sin demora, en un idioma comprensible para él y en detalle, de la naturaleza y causas de la acusación que se le formula; a disponer de tiempo y medios adecuados para preparar su defensa y a comunicarse con su apoderado; a ser juzgado sin dilaciones indebidas; "a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo".

También puede, en virtud de las prerrogativas que se le reconocen para explicar su conducta, interrogar testigos, obtener la comparecencia de los que él llame, a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. Igualmente puede obtener la revisión de los fallos en una instancia superior, a ser indemnizada por los errores judiciales plenamente probados y que se respete la autoridad de la cosa juzgada.

De este modo, el derecho de defensa ya no constituye en Colombia una previsión constitucional, que hubo de ser interpretada por la jurisprudencia para que actuara realmente, sino que se concreta en principios que, de otra parte ya habían sido formulados en los artículos 10 y 11 de la Declaración de los Derechos Humanos, aprobada en 1948 por las Naciones Unidas y suscrita por Colombia; principios éstos que, de otra parte, vienen incorporados a nuestro ordenamiento procesal desde hace mucho tiempo. Razón de más para que el recurrente esté en el deber de precisar cuál o cuáles

garantías fueron vulneradas y en qué forma se produjo la violación.

Tórnase así más imperiosa la jurisprudencia de la Corte, en fallo de 27 de febrero de 1970, en el cual expresó que el artículo 26 de la Carta contiene cuatro garantías, cada una de las cuales posee naturaleza y ámbito específicos y que por ello debe precisarse cuál o cuáles fueron materia de la violación judicial. No es necesario transcribir lo expuesto entonces por esta Corporación. Pero sí debe repetirse que, habiendo textos legales expresos, imperativamente debe determinarse y demostrarse el aspecto procesal que negó cualquiera de las garantías descritas en éllos.

Ahora bien: lo deseable sería que, tratándose de persecución por infracciones, los defensores fueran especializados, ya que así se llegaría a la extrema previsión exigible por la libertad, la seguridad y la dignidad de la persona. Sin embargo, este desideratum es difícil, al menos ahora, por causas que se comprenden llanamente. También sería deseable que la defensa técnica pasara a ser ininterrumpida ,y que todo acto procesal, aún los de investigación previa, estuvieran bajo el control del especialista en ciencias jurídicas. Pero realidades superiores lo impiden, y es así como no es posible exigir gestión del abogado para toda suerte de comunicaciones entre el presunto responsable y el juez. De allí el que se le llame solo en ciertos momentos culminantes del proceso, como la indagatoria, la formulación del auto de proceder y el que antecede a la decisión definitiva. Este último momento puede ser el de la audiencia y el del alegato de conclusión. La inasistencia a la vista de la causa que ventila el juez de derecho no es obligatoria para el apoderado (artículo 466 del C. de P. P.) como sí lo es tratándose del debate oral ante jurados, en que hay una auténtica controversia para que éstos resuelvan, y la falta de defensor reduce nocivamente la garantía constitucional para el juzgamiento.

Si el abogado no concurrió a la audiencia que se verifica ante el Juez de Derecho, pero alegó en un momento distinto antes del fallo de primera instancia, de modo que el funcionario tuviera oportunidad de conocer apreciaciones distintas sobre los cargos deducidos con antelación, no puede decirse que haya desatendido el deber profesional ni que el procesado haya carecido del derecho de defensa en sus lineamientos básicos. La nulidad supralegal que se genera por el abandono del procesado al arbitrio exclusivo del funcionario, solo se produce cuando la indefensión ha sido total, cuando se han negado las oportunidades anteriormente mencionadas y cuando de manera ostensible se han desatendido las peticiones del interesado.

Como se ha visto, la demanda plantea la violacion del derecho de defensa así: el alegato de folios 85 y 88 vto., carece de consistencia técnica; el procesado fue quien apelo del fallo condenatorio de primera instancia; el defensor no concurrió a la audiencia. No demuestra como estos tres aspectos negaron los presupuestos básicos del derecho de defensa, lo cual sería suficiente para rechazar el cargo.

Pero, por vía de extensión, conviene repetir que la falta de asistencia del defensor a las audiencias ante el juez de derecho, no es motivo para anular el proceso, ni siquiera para restarle mérito a la diligencia correspondiente, siempre que haya cumplido de otra manera, que la ley autoriza expresamente al procesado para interponer recursos, de modo que no puede convertirse esta operación en un cargo efectivo; y que el alegato de conclusión presentado en tiempo por el apoderado si reune calidades defensivas dignas de estimación. El defensor objetó las versiones del ofendido, de Ana Celina Jaramillo París, de Enrique Guerra Mira y Ramón García Serna, y llamó la atención sobre los vacíos que, a su juicio, existen en éllas, lo mismo que la declaración de Jesús Ocampo Zuluaga y de los agentes de policía que capturaron a su defendido. Exactamente estos testimonios son los que fundan la imputación y los que tuvo en cuenta el juzgador para aceptarla y declararla comprobada con plenitud. Es verdad que el memorial no contiene un examen detenido de cada uno de los referidos

medios de prueba, pero ello no obedece a negligencia del autor, ni a desconocimiento de sus obligaciones, sino más bien al deseo de sintetizar, cuestión que facilita la verificación de las impugnaciones, en vez de hacer nugatorio el derecho de defensa.

Por otra parte, como observa el Procurador, son tan comprometedoras en contra del acusado las declaraciones de que se ha hecho mérito, que todo análisis de las mismas no conduce sino al afianzamiento de su responsabilidad.

Es inadmisible la nulidad supralegal invocada.

Con relación al segundo cargo, o sea la nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción, se observa:

1. La nulidad prevista en el numeral 5º del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964, ha sido planteada con autonomía, sin involucrarla en la del artículo 26 de la Constitución, lo cual rectifica una apreciación de la Procuraduría. Podría, pues entrarse al estudio de ella, tal como la describe el numeral 4º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, si el demandante hubiera demostrado su existencia, pero, lejos de hacerlo, se limita a afirmar que el delito cometido es el de extorsión, por cuanto la violencia del robo "es la que consiste en maniatar o amordazar a una persona, y que precisamente por medio de un reconocimiento médico se establezcan erociones (sic) o heridas, o que la acción ejercitada por el delincuente en contra del ofendido le haya colocado en imposibilidad de defenderse. En el caso de autos, el señor López Villegas no sufrió ninguna lesión física como consecuencia de la actividad delictuosa del procesado, ni el acervo probatorio nos demuestra que fue colocado en imposibilidad física de defenderse en virtud de haber sido maniatado o amordazado. El acto ejecutado por el procesado fue una especie de intimidación moral que lo obligó a entregar su reloj y el anillo al sujeto que lo amenazó con revólver, luego esta figura jurídica se acomoda más a la prevista en el artículo 406 del Código Penal".

2. Sin entrar a rectificar el desconocimiento del tipo criminoso que revela el párrafo transcrito, cosa que excedería el benévolo principio de extensión de que se viene haciendo uso, conviene aclarar que el actor acepta los hechos tal como los apreció el juzgador, de manera que no aparecen cargos constitutivos de error en el examen y el mérito de las pruebas. Por lo mismo no habría necesidad de revisar esta crítica a través de la causal primera, pues el fallo no aparece atacado por motivos que conduzcan al concepto de violación de la ley sustancial.

3. La acción compulsiva que tiende a hacerse entregar la cosa ajena, en las descripciones del artículo 406 del Código Penal, complementadas por el artículo 2 de la Ley 4ª de 1943, no difiere ni objetiva ni subjetivamente de la conducta amenazante o violenta de que trata el artículo 406 para el delito de extorsión, cuando el agente obliga a que se le entreguen cosas (muebles o inmuebles) o documentos con efectividad jurídica. De allí las confusiones para calificar el ilícito aprovechamiento del patrimonio económico cuando tales factores intimidativos obran en las dos figuras criminosas.

Si no existiera un fuerte elemento diferencial, que es de orden psíquico y cronológico, el robo, en la modalidad de entrega por violencia o amenaza, quedaría desplazado y prácticamente no se juzgaría nunca, pues habría que apreciar el resultado conforme al artículo 406, que trae menor pena para una semejante modalidad operativa. Según ese criterio, que surge de los textos mismos, hay extorsión cuando entre la amenaza y la entrega media un tiempo fácilmente apreciable, que puede ser de minutos, horas o días; y, en cambio, hay robo cuando la entrega forzosa (apoderamiento) sobreviene sin solución de continuidad con la violencia o la amenaza, o cuando es simultánea o concomitante con estos factores. En otros términos, cuando la entrega se obtiene con el acto intimidativo, hay robo. Cuando es futura esa entrega, existe extorsión.

En uno y otro caso, el agente reduce la

determinación de la víctima, avasalla su voluntad y le impone el despojo de sus pertenencias, tanto que no faltan quienes sostengan que el bien afectado por este delito es la autonomía de la persona y no la propiedad; pero, en el robo, este resultado es actual y en la extorsión es mediato.

La eficacia del apoderamiento o de la entrega, según su actualidad o su posterioridad, explica el desnivel punitivo para las dos figuras. La víctima de la extorsión puede disponer de medios jurídicos y materiales para rehuir o cancelar las compulsiones. La víctima del robo se encuentra solo ante una posibilidad, sin que le sea permitido a veces ni siquiera un llamado de auxilio. Quien exige para después, puede inclusive desintegrar sus prevenciones, abandonarlas, o inhibirse en el apoderamiento. Quien exige para el momento, es como si sustrajera él mismo la cosa de donde la lleva o la tiene depositada su dueño. La razón de tiempo, que marca los confines entre una y otra infracción, cuando se trata de violencias o amenazas ejercidas sobre la víctima, no es pues una simple operación cronológica, sino también psicológica y se explica por los temores del agraviado, más fuertes en el robo, más vencibles en la extorsión.

4. Es suficiente saber que en el caso de autos el despojo a que fue obligada la víctima se produjo con el empleo amenazante de un revólver, lo que configura la agravante específica descrita en el numeral 1º del artículo 404 del Código Penal, precepto que ni siquiera exige el uso del arma contra el agredido, sino que esa arma se lleve ostensiblemente y que por eso mismo tenga carácter intimidativo, jugando así un papel en el ilícito despojo.

El apoderamiento, en el caso sub-judice, fue simultáneo con la amenaza dirigida contra la integridad corporal de la víctima, de manera que se configuró plenamente el robo agravado, tal como lo declaró la sentencia objeto de este recurso.

En consecuencia, no puede prosperar el cargo.

V

D e c i s i ó n.

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 Colaborador Fiscal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medelín, a que expresamente alude la motivación de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

José Evencio Posada V., Secretario.

APLICACION DE LA LEY PROCESAL PENAL

Las normas sobre competencia, como repetidamente lo ha sostenido la Corte, "son de aplicación inmediata y el criterio de favorabilidad hace relación con las normas sustanciales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, marzo nueve de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Humberto Barrera Domínguez).

Acta Nº 6 de 1970.

V i s t o s :

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Sigifredo Sierra Pineda contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, de 29 de mayo de 1969, por la cual le fué impuesta al recurrente la pena principal de veinte (20) años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Ana Guevara v. de Arias.

Conoció en primera instancia el Juzgado 2º Superior de la misma ciudad.

H e c h o s :

Los resume el juzgador ad quem de la siguiente manera:

"La señora Ana Guevara viuda de Arias tenía un establecimiento de hospedaje en la calle 19 Nº 18D22 de esta ciudad..." (Villavicencio)..." distinguido con el nombre 'Hotel Oriental'. En las horas de la tarde del siete de febrero de mil novecientos sesenta, dicha señora estuvo con un hermano contando un dinero que éste le llevó, en cantidad mayor de dos mil cuarenta pesos, hecho que presenciaron Olga Hincapié, Sigifredo Sierra y Elvira (a. 'La Mona'), quien vivía en el mismo establecimiento con un tal 'Benedo'. A altas horas de la noche, varios pasajeros escucharon unos gritos de auxilio, pero como pensaran que se trataba de disgustos matrimoniales, nadie se interesó en averiguar lo que sucedía. A eso de las cuatro de la mañana, como varios de los individuos que esa noche estaban posados necesitaran salir para tomar los buses en que debían viajar y como nadie les abría el portón, que estaba cerrado con llave, optaron por solicitar la intervención de la policía, la que ordenó a los pasajeros golpear en la pieza donde estuviera la dueña. Varios huéspedes fueron a la habitación de la señora viuda de Arias, golpearon en la puerta y la vieron amordazada y muerta, hecho que inmediatamente pusieron en conocimiento de los agentes de la autoridad, quienes de inmediato detuvieron a todo el personal que estaba adentro".

Demanda de Casación y Respuesta del Ministerio Público

El personero del procesado recurrente invoca la causal cuarta de casación, pues estima que la sentencia impugnada fue proferida en un juicio viciado de nulidad, con forme a los siguientes cargos que propone:

a) Que "los hechos tuvieron ocurrencia el 8 de febrero de 1960 y por tanto las normas legales aplicables al juzgamiento son las del Código de Procedimiento Penal y no las del Decreto 1358 de 1964, posteriores y restrictivas sin que la defensa lo hubiere solicitado".

b) Que "el juez que presidió la audiencia pública al leer en voz alta el veredicto, cam-

bió la palabra 'culpable' por 'responsable' y la expresión 'sin agravantes' por 'sin atenuantes'; y que al ser leído dicho veredicto, el defensor del acusado no se encontraba presente en el recinto de la audiencia".

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal estima que los cargos hechos no tienen demostración y pide, en consecuencia, que se deseche el recurso.

La Corte pasa a examinar las tachas que formula el actor y la opinión que trae el Ministerio Público en la respuesta de la demanda.

Considera la Corte.

El proceso adelantado contra Sigifredo Sierra Pineda tuvo el desarrollo siguiente:

Los hechos averiguados ocurrieron en el mes de febrero de mil novecientos sesenta. Clausurada la investigación, el Tribunal Superior de Villavicencio, al revisar el auto de sobreseimiento temporal proferido en favor del acusado Sierra Pineda, dispuso llamarlo a juicio por el delito de que se ha hecho mención, según proveído de 17 de septiembre de 1964. El diez de este mismo mes fue abierto a pruebas el juicio y posteriormente, de acuerdo con el Decreto 1358 de 1964, el juzgador a quo solicitó al Tribunal Superior de Villavicencio la práctica del sorteo de jurados. Cumplida la audiencia pública, el Juzgado 2º Superior de Villavicencio declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto absolutorio fundado en "falta de pruebas" y habiendo sido confirmada esta determinación por el juzgador ad quem, se celebró nueva audiencia pública, en la cual los jueces de hecho dieron la siguiente respuesta: "Sí es responsable" (afirmación de uno de los miembros del Tribunal Popular) y "es culpable pero sin agravantes" (manifestación de los otros dos componentes del Jurado).

La cuestión propuesta a los jueces de conciencia fue la siguiente:

"El acusado Sigifredo Sierra Pineda...es responsable, sí o nó, de haber ocasionado la muerte de la señora Ana Guevara v. de Arias, con el propósito de matar, y colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, por alevosía con que actuó, amordazándola y extrangulándola y ocasionándole heridas con arma contundente, en hechos que tuvieron ocurrencia en el hospedaje 'Oriental', situado en la calle 19 Nº 18-D-32 de la ciudad de Villavicencio, en la noche del día siete de febrero de mil novecientos sesenta, comprensión de este Distrito Judicial?".

El Juzgado 2º Superior de Villavicencio, con apoyo en la resolución del Jurado, impuso al recurrente Sierra Pineda la pena principal de quince años de presidio (fallo de 31 de agosto de 1968), sanción ésta que fue modificada por el juzgador ad quem en el sentido de elevar a veinte años de presidio la pena privativa de la libertad señalada al acusado.

Ahora bien:

Como observa el demandante, es cierto que el auto que abrió a pruebas la causa, fechado el 10 de diciembre de 1964, cita el artículo 4º del Decreto 1231 de 1951, y también es verdad que a partir de la providencia de 10 de mayo de 1966, por la cual se solicitó por el juez de primera instancia al Tribunal Superior de Villavicencio el sorteo de jurados, se aplicaron en el proceso las normas pertinentes del Decreto 1358 de 1964.

Pero en el tránsito de preceptos de trámite no se incurrió en las instancias en yerro alguno, y mucho menos se afectó el derecho de defensa del sindicado Sierra Pineda.

En estas condiciones, no resultan probadas las tachas que propone el actor a través de la causal cuarta de casación.

En efecto:

1) El artículo 26 de la Carta 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".

Elevados a garantías constitucionales se indican en el precepto transcrito fundamentales principios que deben regir la función punitiva del Estado: la legalidad del delito y de la pena, de acuerdo con normas preexistentes al hecho que se imputa; la competenecia del juez, y la observancia de las formas concernientes al juicio.

Los códigos penal y de procedimiento reiteran los principios citados, así:

"Artículo 1º (C. P.): Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por ley vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella".

"Artículo 1º (C. de P. P.): No se podrá imponer sanción alguna por infracciones de la ley penal, sino de conformidad con las disposiciones legales sobre procedimiento y en virtud de sentencia dictada por juez competente".

De igual manera, la Ley 153 de 1887 (art. 43) afirma la garantía constitucional de que al hombre se le condene conforme a ley anterior a la perpetración del ilícito punible, conforme a la máxima nullum crimen, nulla poena sine lege, de la cual anota Dorado ("Problemas de derecho penal", pág. 231) que "es uno de aquellos derechos que integran la personalidad inviolable del individuo". Dice la Ley 153 de 1887:

"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 dá lugar al juicio. Esta regla sólo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero nó a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40".

Se observa, pues, el criterio de favorabilidad respecto de las normas sustanciales, esto es, de aquellos preceptos que definen los ilícitos punibles e indican su sanción, o se ocupan de la prescripción de la pena y de la acción penal, del perdón y, en fin, de lo que atañe a la liberación del acusado.

Pero las reglas "concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios", de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, "prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir", como ocurre con aquéllas normas que señalan la competencia.

2) Ninguna de las normas contenidas en el Decreto 1358 de 1964 y que se refieren al trámite del juicio, restringe en forma alguna la situación jurídica del procesado; no son preceptos sustanciales; tienen el simple alcance de impulsar la causa. Por tanto, son de aplicación inmediata.

El profesor Luis Jiménez de Asúa, en su obra "La ley y el delito" (Edit. "Hermes", Méjico y Buenos Aires, 1954, pág. 165), anota:

"Se excluye la aplicabilidad de una ley cuando el hecho ocurre antes o después de su vigencia. Con esto afirmamos el principio de no retroactividad y de no ultractividad. Tempus regit actum.

"En Derecho penal vale este apotegma, pero la índole restrictiva de libertad de nuestras leyes punitivas, impone la retroactividad de la más favorable.

"Modernamente se llega a una unificación terminológica, la de no extractividad, expresión que se debe a Lucchini y que el profesor Mendoza emplea en Venezuela.

"Podemos fijar al fin la siguiente máxima: no extractividad de las normas penales más restrictivas de la libertad. Con ello queda planteado y casi resuelto el problema de la retroactividad o ultractividad de la más favorable".

Y, se repite, ni las disposiciones modificadas o derogadas por el Decreto 1358 de

1964, ni los preceptos de este estatuto, mencionados por el actor, ofrecen ese alcance de extractividad a que alude el profesor Jiménez de Asúa, pues dichas normas son de simple impulso procesal y, de consiguiente, no tienen ese carácter de sustanciales.

3) El yerro del juez en la lectura del veredicto y la ausencia del defensor en la sala de audiencias en ese momento de tal lectura, no constituyen, siquiera, una irregularidad de procedimiento, como anota el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal.

Con toda razón dice el señor Agente del Ministerio Público que "la respuesta de los miembros del Jurado no es la que lea bien o mal el Presidente de la Audiencia, sino la que aparezca consignada a continuación del respectivo cuestionario. Y en el presente caso, no hay ninguna duda acerca de la responsabilidad del sindicado, proclamada en el veredicto".

4) No es suficiente, como ha dicho la Corte en varias oportunidades, que el demandante asegure supuestas violaciones de las garantías que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional para que se admita el cargo. Es menester que el actor señale cuál de esas garantías fué desconocida en el juzgamiento y la demostración de su infracción.

Si del derecho de defensa se trata, es de anotar que el acusado Sierra Pineda fue atendido en todas las diligencias del proceso por un profesional de la abogacía, particularmente mediante los alegatos orales cumplidos en las audiencias.

Nó prospera, por tanto, la causal cuarta de casación invocada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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

José Evencio Posada V., Secretario.

JUZGAMIENTO DE MILITARES

"En ningún caso" un oficial, aún cuando pertenezca a una Corporación jurisdiccional, puede juzgar a un superior o a otro más antiguo, por la rígida organización militar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diez de marzo de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez.

Aprobado: Acta Nº 7 de febrero 27 de 1970.

V i s t o s :

El Tribunal Superior Militar, a requerimiento de parte y con invocación de los Decretos 1823 y 2062 de 1954, mediante providencia datada el 10 de octubre de 1969, concedió el beneficio de la amnistía al Coronel Luis Felipe Acosta Andrade, al exagente de la Policía Nacional José Useche y al particular Luis Eduardo Bernal, por los delitos de homicidio cometidos en las personas de Ana Anzola, Sofía Hernández, María Dioselina Benito o León, Claudina Avila, María Eugenia de Vega, Mercedes Garzón, María Jesús de Basabe, Blanca Morales, Etelvina N., Susana N, Pablo Téllez, Hernando Téllez y Feliciano León, según hechos ocurridos el 27 de diciembre de 1952 en el sitio de Los Tiestos del Municipio de La Palma (Cundinamarca).

Contra esa resolución interpuso apelación el Fiscal Primero de la Corporación, recurso que sustentó formulando contra ella y con miras a su invalidación dos reparos, el primero de ellos como principal y el segundo como subsidiario, así:

Primero. - Nulidad de la providencia impugnada, con fundamento en el numeral 1º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, es decir, por falta de competencia, derivada de que en el Tribunal a quo intervino en la decisión recurrida, como Magistrado, un militar de rango inferior al del Coronel que tiene uno de los procesados, o sea el mayor Miguel Angel Maldonado, con lo cual se violó la rígida prohibición consagrada en el artículo 2º de aquel estatuto.

Segundo. - Improcedencia del beneficio de amnistía en el presente caso, a tenor del artículo 4º del Decreto 1823 de 1954, por cuanto los delitos sub judice revistieron caracteres de atrocidad reveleradores de la extrema insensibilidad moral de sus autores.

El Procurador Delegado de las Fuerzas Militares, en concepto que antecede, acoge en su integridad las razones expuestas por el Fiscal recurrente, y solicita, en consecuencia, que se declare por la Corte la nulidad de la actuación cumplida por el Tribunal Superior Militar.

Se Considera:

I - La competencia de la Corte para conocer en segunda instancia del asunto bajo examen, puesta en duda ahora por el apoderado judicial del procesado Coronel Acosta en contradictoria é incomprensible actitud defensiva, surge nítida de lo prescrito en el artículo 3º del Decreto 2062 de 1954, en relación con el artículo 616 del Código de Justicia Penal Militar, normas que se encuentran vigentes, por la adopción que de aquel Código como ley hizo la 141 de 1961, y que atribuyen a la Sala de Casación Penal de esta Corporación la decisión de las apelaciones interpuestas con-

tra las resoluciones que sobre amnistía dicte el Tribunal Superior Militar, como en la práctica se ha venido haciendo, sin que se advierta en ello manifiesta oposición con ningún precepto de la Constitución Política al extremo que pudiera excepcionarse la aplicación de aquellas disposiciones al amparo del artículo 215 de la Carta.

II - La objeción de nulidad de la actuación aquí realizada por el Tribunal Superior Militar, respecto de la gracia de que se ha hecho anterior mérito, tiene sólido fundamento, pues en la Sala que adoptó tal determinación intervino un Magistrado privado de capacidad legal para actuar en el caso: el Mayor Miguel Angel Maldonado, por ser un militar de grado inferior al que ostenta uno de los procesados: el Coronel Luis Felipe Acosta, circunstancia por él reconocida en auto de 17 de abril de 1969, por el cual se declaró impedido, con base en el artículo 2º del Código de anterior cita, para conocer de la solicitud de amnistía elevada por el abogado defensor del mencionado Coronel.

III - La prescripción del artículo 2º del Decreto 250 de 1958, conforme al cual el ejercicio de la jurisdicción militar es inherente a la jerarquía militar, y "en ningún caso un militar inferior podrá juzgar a un superior, ni a otro más antiguo", es una norma imperativa, de carácter absoluto, que priva al militar llamado a administrar justicia, en forma transitoria o de modo permanente, en primera o en segunda instancia, como juez singular o como miembro de un cuerpo colegiado, de capacidad legal para ello y que obra a manera de motivo inallanable e insubsanable de incompatibilidad.

IV - La interpretación hecha por la Sala Dual del Tribunal Superior Militar del artículo 2º del C. de J. P. M., en el auto de 7 de mayo de 1969, en el cual resolvió "declarar infundada la causal de impedimento manifestada por el H. Magistrado Mayor abogado Miguel Angel Maldonado Camargo", en el sentido de que tal norma solo tiene aplicación "cada vez que un juez a quo único conozca de un proceso contra un militar superior en grado o antiguedad pero no cuando dicho conocimiento sea asumido por una Corporación jurisdiccional ajena, por su esencia misma, a la posesión de grados militares", limita caprichosamente el alcance de la disposición y es contraria a su texto y a su espíritu.

V - La rígida organización jerárquica de los militares transciende al ejercicio jurisdiccional, cuando deban obrar en este campo, lo que explica que "en ningún caso" un oficial pueda ser juez de un superior ni de otro de mayor antiguedad en el servicio. La categórica prohibición que sobre el particular contiene el artículo 2º del Código de Justicia Penal Militar tiene paridad con los impedimentos que señala el artículo 401 del mismo estatuto, aunque su consagración aparece con mayor énfasis y por su naturaleza personal obra de un modo indivual, se predica de aquel en quien concurra, como sucede con todo motivo de inhibición, trátese de un juez singular o de un miembro de un tribunal, y actúa como factor de abstención en los momentos y grados del proceso en que aparezca.

VI - Toda causa de incompatibilidad legal para ejercer jurisdicción en un determinado asunto se traduce en incompetencia del funcionario inhibido, y cuando éste forma parte de un tribunal, como acontece en el evento de autos, se produce un fenómeno de desintegración de la corporación o de su respectiva sala, lo que hace necesario el llamado del reemplazo de aquel a quien al efecto señale la ley, para la reintegración del cuerpo colegiado y para que éste pueda ejercer válidamente la jurisdicción.

VII - Como la Corte encuentra establecida la causal de nulidad aquí planteada por el Ministerio Público, en la órbita del ordinal 1º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, y así habrá de declararse, no es oportuna ninguna consideración respecto a la cuestión sustantiva de si los numerosos delitos que constituyen el objeto del proceso son, por su gravedad y naturaleza, de aquellos que el artículo 4º del

Decreto 1823 de 1954 excluye del beneficio de la amnistía.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara la nulidad de lo actuado en este proceso por el Tribunal Superior Militar, y ordena su reposición con arreglo a la ley.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

José Evencio Posada V., Secretario.

VEREDICTO

La declaratoria de contraevidencia, es cuestión reservada a las instancias, no siendo causal de casación, según reiterada doctrina de la Corporación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, marzo diez y seis de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Humberto Barrera Domínguez).

Acta Nº 9 de 1970.

V i s t o s :

Agotado el trámite correspondiente, entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Leonel Gutiérrez Navarro contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de 19 de mayo de 1969, por la cual le fue impuesta al recurrente la pena principal de quince (15) años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Marco Antonio Lugo.

Conoció en primera instancia el Juzgado 2º Superior de la misma ciudad.

Hechos y Trámites del Proceso.

El juzgador de segunda instancia hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"En la localidad de Riverita, jurisdicción del municipio de Rivera de este Distrito Judicial, en celebración de la fiesta de San Juán se organzó un bazar o festival el sábado 24 de junio de 1967, y además para recaudar fondos para la Acción Comunal de dicho poblado. Entre las atracciones se programó como número principal un toreo, para cuyo efecto el señor Alfonso Montenegro Gutiérrez, al promediar la mañana junto con otros vecinos condujo unos semovientes vacunos para la lidia, desde la finca de don Cantalicio Losada, con la mala suerte de que al llegar a Riverita, dada la acción morbosa del alcohol ingerido por los vecinos, algunos de ellos, en estado de embriaguez, obstaculizaron la entrada del ganado a la corraleja correspondiente, entre éllos Félix Navarro, quien se mostraba belicoso desde tempranas horas, convirtiéndose con su conducta deplorable en 'agua fiestas', pues con palabras injuriosas desafiaba a los contertulios, por lo que su propio hermano Diógenes Navarro le llamó la atención en forma amistosa, para que la festividad continuara en sana alegría; pero Félix Navarro continuó hostigando a los concurrentes, y cuando vió a Ancízar Cortés sentado en un pretil, lo tomó de la manga del pantalón destruyéndole esta prenda de vestir, por lo que Marcos Lugo nuevamente quiso poner paz, pero su conducta pacifista no solamente ocasionó disgusto a Félix, sino a sus parientes, por lo que Pablo Navarro, quien portaba una botella cervecera, la lanzó contra Lugo, haciendo blanco en la frente de éste, y con el impacto se rompió la botella y Marcos se llevó las manos al lugar del golpe, para luego salir corriendo; pero fue perseguido por Leonel Gutiérrez Navarro, quien esgrimía un cuchillo 'mataganado', y al darle alcance, por haberse caído Lugo, Gutiérrez Navarro le hundió el cuchillo a Marco Antonio Lugo en el costado izquierdo, perforándole el corazón y el pulmón del mismo lado, por lo que éste humilde labriego dejó de existir al ser conducido en un vehículo automotor para prestarle auxilio médico...".

Clausurada la averiguación, el Juzgado 2º Superior de Neiva llamó a responder en juicio a Leonel Gutiérrez Navarro por el delito de homicidio calificado, pues en la parte motiva se anota que este acusado cometió

el hecho dentro de la circunstancia agravadora prevista en el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal; y a Pablo Emilio Navarro Bastos por lesiones personales.

Cumplida la audiencia pública de juzgamiento, luego de que el primer veredicto del Jurado fué declarado contrario a la evidencia de los hechos, el Juez de primera instancia, con apoyo en la nueva respuesta de los jueces de hecho, condenó a los encausados por los delitos de que se hizo mención.

Los cuestionarios propuestos y las decisiones del Jurado, fueron los siguientes:

a) "El encausado Leonel Gutiérrez Navarro...es responsable, sí o nó, conforme a los cargos deducidos en él, de haber dado muerte con el propósito de matar a Marco Antonio Lugo, colocando a la víctima en circunstancias de indefensión e inferioridad por alevosía, mediante herida causada con arma corto-punzante de seis centímetros de longitud, que perforó el corazón y el pulmón izquierdo, que le produjo anemia aguda, según hechos ocurridos a las dos y media de la tarde del día 24 de junio de 1967, en la fracción de Riverita, jurisdicción del municipio de Rivera, dentro de este Distrito Judicial?".

La respuesta fué: "Sí es responsable".

b) "El acusado Pablo Emilio Navarro... es responsable, sí o nó, conforme a los cargos deducidos en él, de haberle ocasionado sin intención de matar, mas sí de herir, lesiones personales a Marco Antonio Lugo, mediante herida con arma contundente (botella), en la parte central de la frente...que le determinó una incapacidad de cuatro días sin consecuencias, según hecho ocurrido a las dos y media de la tarde del día 24 de junio de 1967, en la fracción de Riverita, jurisdicción del municipio de Rivera, dentro de este Distrito Judicial?".

Se contestó: "Sí es responsable".

El juzgador ad quem confirmó el fallo de primera instancia.

Demanda y respuesta del Ministerio Público.

Invoca el demandante la causal primera de casación, según lo que indican los incisos primero y segundo del ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 y propone el cargo de que, por una equivocada apreciación de los elementos de juicio, el juzgador de instancia declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto del Jurado, el cual aceptó la responsabilidad de Leonel Gutiérrez Navarro "sin características de asesinato y en complicidad correlativa con Pablo Emilio Navarro Bastos", modificantes éstas que no declararon los jueces de conciencia que intervinieron en la segunda audiencia pública.

Manifiesta el actor que se dejaron de aplicar los artículos 362, 384 y 385 del Código Penal, pues, en su entender, no se tiene la prueba plena de ninguna de las circunstancias que, de acuerdo con el artículo 363 de la misma obra, agravan el delito de homicidio simplemente intencional y, en cambio, sí resultan comprobadas las atenuantes de la riña imprevista y de la complicidad correlativa.

El Procurador 1º Delegado en lo Penal solicita que se deseche el recurso de casación, pues no se puede "pretender que la Corte quebrante y desconozca normas claras y precisas del Código de Procedimiento Penal, en las cuales se consagran facultades expresas únicamente al Juez Superior y al Tribunal para declarar contraevidente el veredicto, y, además, el mandato perentorio de que 'el veredicto del segundo jurado es definitvo' (arts. 537 y 554 del C. de P. P.)".

Considera la Corte

Comparte la Corte el concepto del Ministerio Público, por las siguientes razones:

1ª) Sabido es que en los juicios en que interviene el Jurado, el juez de derecho apenas tiene la facultad para interpretar y desarrollar el veredicto a fin de acomodarlo a los respectivos preceptos de la ley penal. No obstante, si la decisión del tribunal popular es contraria a la evidencia de los he-

chos, así debe declararlo el juez de derecho a fin de convocar un nuevo Jurado, cuyo veredicto es definitivo, (art. 537 del C. de P. P.).

Y esto ocurrió en el juzgamiento del recurrente Gutiérrez Navarro, de quien los jueces de hecho que intervinieron en la segunda audiencia pública afirmaron su responsabilidad en el delito de homicidio cometido en la persona de Marco Antonio Lugo, dentro de la circunstancia agravadora prevista en el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal.

2ª La sentencia acusada se acomoda a este segundo fallo de los jueces de conciencia, veredicto que, por mandato de la ley (art. 537 del C. de P. P. ya citado) es definitivo.

3ª Lo concerniente a la evidencia o contraevidencia del veredicto del Jurado es cuestión reservada a las instancias, siendo extraño al recurso de casación.

Así lo ha expresado la Corte en varias oportunidades, a saber:

"La facultad de declarar notoriamente injusto el veredicto del jurado es exclusiva de los jueces superiores y de los tribunales de Distrito Judicial; ella no puede extenderse a la Corte, porque las funciones de las entidades judiciales están limitadas a lo expresamente establecido en las leyes, y estas en ninguna forma han facultado a jueces distintos de los de instancia para hacer esa declaratoria" (Cas. de 12 de septiembre de 1926, G. J. t. XXXV, p. 22 y Sent. de cinco de julio de 1949, G. J. t. LXVI, pág. 401).

En consecuencia, no procede el recurso de casación fundado en supuestos errores en la estimación de las pruebas que determinaron al juzgador, en las instancias, a invalidar un veredicto del Jurado por ser contrario a la evidencia de los hechos, pues, se repite, esa labor la ha dejado la ley, de manera exclusiva, a los jueces de instancia.

No prospera el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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

José Evencio Posada V., Secretario.

DETENCION ARBITRARIA

Se ratifica la doctrina de la Corte, sobre los elementos que estructuran este ilícito, instituído para tutelar la libertad individual, contra los abusos de autoridad en que pueda incurrir un funcionario o empleado público en ejercicio de sus funciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diez y ocho de marzo de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 10 - marzo 18 de 1970.

V i s t o s :

Procede la Sala a calificar el mérito del sumario que se ha seguido contra el Dr. Ricardo Roa Latorre, ex-Gobernador del Departamento del Meta, por razón del cargo de detención arbitraria que le fue formulado por el Sr. Jorge E. García Orozco, dado que la investigación fue clausurada mediante auto que se encuentra ejecutoriado.

El denunciante, Sr. Jorge E. García Orozco, en memorial dirigido al Presidente de la Sala Penal de esta Corporación en 5 de febrero de 1968, formula así la acusación contra el Dr. Ricardo Roa Latorre:

"1º El doctor Ricardo Roa Latorre fué designado Gobernador del Departamento del Meta por Decreto número 2090 del 10 de agosto de 1966. Y tomó posesión de su cargo ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio el 20 de agosto de 1966. Ha desempeñado ininterrumpidamente su cargo hasta esta fecha.

"2º El 31 de octubre de 1967 fuí invitado por los Gerentes de los Bancos Ganadero y Cafetero, sucursales de Villavicencio, conforme a la nota, junto con el sobre que adjunto a esta denuncia como prueba, a la Inauguración del Edificio donde empezaban a funcionar dichas entidades; y a la Fiesta Campestre que, posteriomente se verificó en "Villa Blanca", a cinco Kilómetros, con ese motivo".

"3º "Villa Blanca" es un restaurante donde se atiende al público de manera permanente ya que su destino es servicio de comedores y pista de baile.

"4º En "Villa Blanca" se sirvió licor en abundancia el 31 de octubre de 1967 desde las dos de la tarde en adelante en reunion social común en la que departimos como amigos. A eso de las seis de la tarde me retiraba y al salir me dirigí al bar con el deseo de solicitar mi máquina fotográfica que había dejado a guardar allí.

Cuando la recibía oí algunas palabras donde se incluyó la frase "Chismes del Candil" como en Villavicencio existe un semanario que dirige mi esposa la señora Cecilia Pardo de García, y el que yo gerencio a más de ser redactor, me sentí aludido, volví a mirar a tiempo que interrogaba qué ocurría con Candil. En ese momento el doctor Ricardo Roa Latorre quien se hallaba en una mesa sentado con algunos de sus empleados se expresó así como respuesta: "Y no trajo a la prostituta de su mujer?"; indignado justamente estiré la mano derecha hacia él y le dije "Doctor Roa respéteme que yo no estoy irrespetándolo a usted", y, como en ese momento hizo la cara a un lado seguramente pensando que yo se la iba a tocar, alcancé a cogerlo del hombro. En ese momento sentí un golpe en la cara que

me propinó el Secretario Privado del Gobernador; y luego otras personas no determinadas tomaron parte en los golpes que recibí con los que me arrojaron al suelo de donde me levanté para salir del bar hacia mi casa.

"5º A eso de las nueve y media de la mañana del día siguiente primero de noviembre de 1967 cuando salía de mi casa de habitación ubicada en la zona urbana de Villavicencio, carrera 20 Nº 17-17 un señor que dijo ser detective, pues no se identificó, me manifestó que quedaba detenido por orden del Gobernador y debía seguirlo a la inspección del Permanente. Fuí con él a la oficina citada y allí quedé detenido desde las nueve y media de la mañana del primero de noviembre de 1967 por orden verbal del Gobernador.

"6º El 2 de noviembre de 1967 el Inspector de turno me preguntó qué había ocurrido en "Villa Blanca" en la tarde del 31 de octubre y escribió la relación que le hice, sin asistencia de apoderado alguno. Cuando en ello estaba el inspector fue llamado telefónicamente por el Alcalde de Villavicencio; eran las 8 y media de la mañana.

"7º A las once de la mañana del mismo día otro Inspector del Permanente me notificó la Resolución Nº 662 de 2 de noviembre de 1967, la que adjunto debidamente autenticada para que se tenga en cuenta como prueba. Firmé la notificación y apelé de ella.

"8º Inmediatamente me condujeron a la Cárcel del Distrito y allí fuí interrogado por el Procurador del Distrito del Meta de lo cual se dejó constancia por escrito en relación que fue firmada por aquél junto con su Secretario y por mí. Al día siguiente, conferí poder al doctor Jorge Alberto Matus para que me representara jurídicamente en el recurso de apelación que contra la arbitraria determinación del Gobernador del Meta doctor Ricardo Roa Latorre había yo interpuesto en el acto de la notificación de la Resolución y para que ejerciera en derecho las acciones correspondientes e interpusiera los recursos que fueran del caso.

"9º Mi apoderado doctor Jorge Alberto Matus presentó al señor Gobernador el memorial que, en copia debidamente firmado y autenticado agregó a esta denuncia como prueba. Yo continué detenido, no obstante la interposición de los recursos legales.

"10º El 16 de noviembre de 1967 el Gobernador por medio de la Resolución número 683 modificó la 662 de 2 de noviembre del mismo año, Trece días después de haber sido interpuesto el recurso de reposición. Copia de esta resolución agrego a este memorial-denuncia para que se tenga como prueba.

"11º Como se aprecia por las razones expuestas por mi apoderado doctor Jorge Alberto Matus, el doctor Ricardo Roa Latorre al ordenar mi detención, sin previa Resolución, y manteniendo mi detencion a pesar del recurso interpuesto, incurrió en el delito contemplado en los artículos 295 y 296 del Código Penal; y al proferir la Resolución Nº 662 de 2 de noviembre de 1967 y confirmar la privación de mi libertad, o detención arbitraria, mediante la número 683 del 16 de noviembre de 1967 sin fundamento legal para ello consumó el delito previsto en el artículo 171 del Código Penal".

Resultado de la Averiguación:

El sumario adelantado arroja los siguientes datos:

Primero. Documentos:

Obran en el proceso los que siguen:

a) Copia expedida por el Secretario General del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio del acta de posesión del doctor Ricardo Roa Latorre como Gobernador del Departamento del Meta.

b) Copia de la resolución número 662 de 1967, emanada de la Gobernación del Departamento del Meta.

Dice así esta resolución:
"EL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL META en uso de sus facultades legales, y

Considerando:

a) Que, el día treinta y uno de octubre del año en curso, durante el acto social que se llevó a efecto en el Club "Villa Blanca" con motivo de la inauguración del edificio de los bancos Ganadero y Cafetero en esta ciudad de Villavicencio, el señor Jorge E. García, quien asistió en calidad de fotógrafo, agredió de palabra y de obra al Gobernador del Departamento en presencia de altas personalidades de la Banca Nacional y prestantes miembros de la sociedad,

b) Que el acto realizado por el señor Jorge E. García constituye un grave ultraje a la primera autoridad del Departamento y, por lo mismo, lo hace acreedor a la sanción establecida en el numeral 18 del artículo 127 del C. de R. P. y M., y

c) Que el señor Secretario Privado de la Gobernación ha expedido el correspondiente certificado sobre la ocurrencia del hecho a que se refiere el literal a).

Resuelve:

1º Castigar al señor Jorge E. García con la pena de un (1) mes de arresto, contado a partir del momento de su detención.
2º Comisionar al Inspector Permanente de Policía de la ciudad para el cumplimiento de esta Resolución.

.....".

c) Copia de la resolución número 683 de 1967, emanada de la Gobernación del Departamento del Meta.

Dice así esta resolución:

"El Gobernador del Departamento del Meta en uso de sus facultades legales, y

Considerando:

"1º Que, por medio de la Resolución Nº 662 de 1967 (noviembre 2), le fue impuesta al señor Jorge E. (sic) García la pena de un mes de arresto, con base en lo dispuesto en el numeral 18 del artículo 127 del C. de R. P. y M.

"2º Que el apoderado del señor García solicita que le sea levantada la sanción o, subsidiariamente, se conmute la pena de arresto por la de multa.

"3º Que el artículo 48 del C. de P. vigente en el Departamento, en su última parte expresa: "En ningún caso la prisión o el arresto podrán convertirse en multa".

"4º Que la Honorable Asamblea del Departamento aprobó una proposición por medio de la cual solicitó respetuosamente al Gobernador la reconsideración de la Resolución de arresto al señor García.

"5º Que en la Honorable Asamblea Departamental se dejó Constancia de que "la respetuosa solicitud que la H. Asamblea hizo al señor Gobernador para que reconsiderara la sanción impuesta al señor Jorge García, fue hecha por un mero sentimiento de solidaridad humana y no porque se haya considerado que dicha sanción fuese arbitraria o injusta", y

"6º Que el inciso 3º del artículo 310 del C. de R. P. y M. faculta al empleado que haya impuesto una sanción de carácter correccional para revocar su resolución, o rebajar la pena, de oficio o a solicitud de parte.

Resuelve:

"1º Modificar la Resolución Nº 662 de 1967 (noviembre 2) en el sentido de rebajar a veinte (20) días la pena de un (1) mes de arresto que en ella se impuso al señor Jorge E. (sic) García.

"2º .....".

d) Copia de la notificación de esta última resolución, que dice así literalmente:

Notificación Personal. Hoy dieciseis de noviembre de mil novecientos sesenta y siete por medio de Luis Francisco Zapata, citador de la Inspección Permanente, se notificó personalmente el contenido de la Resolución número 683 de la fecha originaria de la Gobernación del Departamento del

Meta. Impuesto firma el señor Jorge E. García.

.....".

e) Copia del oficio dirigido, el 31 de octubre de 1967, por el Dr. Ricardo Roa Latorre como Gobernador del Departamento del Meta al Inspector Permanente de Policía de Villavicencio. Dice así este oficio (fol. 59):

"El señor Jorge E. García faltó al respeto al Gobernador del Departamento.

"Usted se servirá aplicarle la sanción que le corresponda.

"El infractor debe ser detenido inmediatamente para hacer efectiva la sanción que le corresponde.

"El Gobernador,

RICARDO ROA LATORRE

(Firmado)".

f) Copia de la denuncia presentada, ante el Inspector Permanente de Policía de Villavicencio, por Ernesto Gutiérrez Cancino contra Jorge E. García. Dice de este modo (fol. 73):

"Ernesto Gutiérrez Cancino, con cédula de ciudadanía Nº 45.140 expedida en Bogotá, pongo en su conocimiento los siguientes hechos, a efecto de que sea sancionado (sic) el responsable: Siendo las 6:30 p. m. del día 31 de octubre del año en curso, encontrándome en el Club Villa Blanca de esta ciudad, al tratar de defender a uno de mis amigos, fuí agredido por el señor Jorge E. García, de profesión Fotógrafo de Prensa con un golpe en la cara estando con los anteojos puestos y cuyas señales de violencia puede certificar el señor Médico Legista. Son testigos de los hechos anteriores los señores: Alberto Trujillo, Gerente de la Caja Agraria; Alvaro Reyes Elicechea, Agricultor, Manuel Alvarez, Jefe de la Telefónica Departamental, Guillermo Morales Montealegre, Juez de Ejecuciones Fiscales del Municipio; Luis E. Mojica Rivadeneira, Tesorero Municipal; y, otros que en la ampliación de la presente denuncia me permitiré citar. Estoy dispuesto a ratificarme bajo la gravedad del juramento".

.....".

g) Copia del oficio dirigido por el Jefe Seccional del DAS, del Meta, al "Magistrado sustanciador" del H. Tribunal Superior Distrito Judicial. Sala Penal". Los términos de este oficio son los siguientes (fol. 76):

"Por medio del presente doy respuesta a su oficio en referencia de abril 28 presente año, en el cual solicita copia del Informe rendido por el Detective que capturó al señor Jorge García Orozco, el día 1º de noviembre de 1967.

"En base de dos boletas de Captura expedidas por el Permanente de Policía el día 31 de octubre de 1967, el Detective de placa Nº 2077 efectuó la captura poniéndolo de inmediato a órdenes del Permanente, sin previo informe ya que el 1º de noviembre es día festivo y en esta Seccional no hay despacho en las oficinas.

"El Detective antes mencionado rindió al Jefe de esta Seccional el Informe Nº 1796 calendado noviembre 2 de 1967, como para que figurara constancia del trabajo elaborado por él.

"Con fecha posterior el señor Inspector solicitó a esta Seccional que el Detective que había efectuado la captura del señor García, rindiera el informe respectivo para adjuntárselo al expediente que contra él se ventilaba en ese Despacho y fue así que se envió el Informe antes mencionado rendido por el Detective junto con el Oficio Número 5582 de diciembre 4 de 1967, por lo anterior en esta Seccional no reposa copia del Informe solicitado en su oficio, pero puede solicitarlo al Permanente puesto todas las diligencias efectuadas por esta Seccional fueron enviadas a ese Despacho".

h) Copia de la resolución número 010 de 1968, emanada de la Procuraduría del Distrito Judicial de Villavicencio y por la cual se declaran "desvirtuados los cargos que le

fueron imputados al Dr. Ricardo Roa Latorre, Gobernador del Departamento, por los señores Marco A. Franco Rodríguez, Alvaro Rendón Bravo y Jorge García Orozco".

i) Copia de los reconocimientos médico-legales practicados a Ernesto Gutiérrez Cancino y que obran en el sumario que por el delito de lesiones personales se adelanta contra Jorge E. García (fol. 91).

Segundo: Inspecciones Oculares.

a) Se practicó una inspección ocular en los documentos de la Cárcel Distrital de Villavicencio. En el acta correspondiente se lee (folio 37):

"A continuación se procedió a verificar por orden de quien fue detenido el Sr. Jorge Miguel García Orozco y quien aparece en la boleta de detención como "Jorge E. García", de fecha noviembre dos de 1967, la cual aparece firmada en forma ilegible con un sello de la Inspección Permanente de Policía de esta ciudad. Al anverso de la boleta de detención figura la hora de la detención las 15:00, lugar de nacimiento Barranquilla; fecha: octubre 31 de 1924; identificado con la c. c. Nº 493.244 de Villavicencio. Anexa a la boleta de detención aparece la Resolución Nº 662 de 1967 de fecha noviembre 2 del mismo año, por la cual el señor Gobernador del Departamento del Meta Dr. Ricardo Roa Latorre sanciona al Sr. Jorge E. García con la pena de un mes de arresto, contado a partir del momento de su detención. Esta Resolución fue notificada personalmente al Sr. Jorge E. García, por la Inspección Permanente de Policía, sin que aparezca la fecha de dicha notificación. El día dos de noviembre de 1967 aparece un auto del Inspector Permanente de Policía firma ilegible, por el cual regresa las diligencias a la oficina de su origen con la manifestación de que el notificado apeló de la providencia por la cual fue sancionado. Aparace igualmente la boleta de libertad librada a favor del Sr. Jorge E. García, de fecha noviembre 20 de 1967, expedida por uno de los Inspectores del Permanente a la cual está adjunto el oficio Nº 1.098 de noviembre 19 de 1967, por el cual comunica el Sr. Sixto Forero Quintero, Inspector Permanente de Policía, al señor Director de la Cárcel Distrito la rebaja de la sanción de que fue objeto el Sr. Jorge E. García".

B) Se practicó una inspección ocular en los libros del despecho del Secretario General de la Gobernación del Meta (folio 56). En el acta correspondiente se lee:

"En el folder que tenemos a la vista encontramos la Resolución Nº 662 de noviembre 2 de 1967, la que coincide con la copia que obra al folio 29 del cuaderno principal de este negocio. En la Resolución en referencia no aparece constancia alguna sobre notificación de élla al sancionado Sr. Jorge Miguel García Orozco ni informe o prueba alguna que haya servido de base para proferirla. A continuación el Sr. Magistrado preguntó al Sr. Secretario General de la Gobernación sobre si en su despecho u otro de esta Gobernación existe actuación alguna en relación con dicha Resolución, como notificación de élla al sancionado Orozco García y los antecedentes que motivaron la misma. El Sr. Secretario General puso a disposición del Despacho un legajo que consta de veinticuatro folios y en él se observa a folio primero un certificado que dice: "El suscrito Secretario Privado de la Gobernación del Meta, CERTIFICA Que en el curso de la reunión social que se llevó a efecto el día treinta y uno de los corrientes en el "Club Villablanca", con motivo de la inauguración del edificio de los bancos Ganadero y Cafetero en esta ciudad, a la que asistió el Sr. Dr. Ricardo Roa Latorre en su calidad de Gobernador del Departamento, fue agredido este funcionario por el señor Jorge E. García, quien se encontraba allí en calidad de fotógrafo. Villavicencio, treinta y uno de octubre de mil novecientos sesenta y siete. (Fdo.) Ernesto Gutiérrez. Secretario Privado. Hay un Sello"... Al folio dos, aparece copia de la Resolución Nº 662 de noviembre 2 de 1967 la que le fue notificada al sancionado Jorge Miguel García Orozco el día dos de noviembre de 1967 y éste manifestó en el momento de la notificación que "Apelo esta Resolución". Despues a esta actuación aparece un auto de fecha noviembre 2 de 1967 en el cual ordena devolver la resolución al funcionario

comitente. En relación con el trámite de la apelación que interpuso el sancionado García Orozco, no aparece en este legajo actuación alguna al respecto, pero, se deja constancia que a folio 30 del cuaderno principal de estas diligencias aparece copia de la Resolución Nº 683 de noviembre 16 de 1967 por la cual modifica la Resolución Nº 662 de noviembre 2 de 1967 en el sentido de rebajar la sanción a veinte días de arresto. Esta Resolución fue notificada al sancionado García Orozco el 16 de noviembre de 1967 como se vé al folio 31 de estas diligencias".

c) Practicóse asimismo una inspección ocular en los libros del "comando de la Guardia de la Policía que funciona como anexada a la Inspección Permanente" (fol. 69 v.). En el acta correspondiente se lee:

"... y allí se encontró en el libro de conducciones al permanente, al folio 228, la siguiente anotación: Día primero, de noviembre de 1967, hora 10:30: Detención: Fué puesto a órdenes del Permanente el Sr. Jorge Miguel García Orozco por riña con el Gobernador. En este libro no hay anotaciones en relación con este hecho en ese libro. En el libro de control de entrada de detenidos al Permanente y que lleva la Policía, aparece a folio, sin número, pues es un libro índice, aparece la siguiente anotación: "Día 1º de noviembre de 1967, García Orozco Miguel, por infracción: Riña y Escándalo". En el libro de control de detenidos que pasan a la cárcel y que lleva la Policía, aparece la siguiente anotación: "Día 2 de noviembre de 1967 García Orozco Jorge Miguel, Número de Resolución Nº 662, Infracción: Riña, Sanción: 30 días, fecha de salida 2 de diciembre de 1967". Esta anotación está en la letra "G" de este libro que es un índice: En cuanto a saber qué funcionario condujo al Sr. García Orozco al permanente el día de los hechos, no hay constancia en parte alguna sobre el particular. A continuación el Sr. Inspector que asista a esta diligencia, Antonio Hernán García Pérez, informa que él suministró una boleta de captura al Sr. Ernesto Gutiérrez Cancino, en contra del ciudadano Jorge Miguel García Orozco, por estar dicho señor sindicado del delito de Lesiones Personales en Gutiérrez Cancino, y al efecto puso de presente el talonario, del cual se extracta la siguiente copia: "República de Colombia - Departamento - Inspección Permanente Municipal de Policía. Villavicencio, octubre 31 de 1967. El portador de la presente capturará y pondrá a disposición de esta Inspección a Jorge E. García, sindicado de Lesiones Personales. El Inspector (Fdo.) Ilegible. Hay un sello de la Inspección Permanente de Policía". Como se desprende del contenido de esta acta, se establece que el Sr. García Orozco Jorge Miguel sí estuvo detenido en el Permanente el día 1º de noviembre de 1967, la hora de su entrada al permanente, y la hora de conducción a la cárcel, está transcrito anteriormente".

Tercero. - Declaraciones.

a) Del Sr. Julio Rodríguez Roncancio, quien expone así (fol. 32): "Estaba al lado de la piscina de "Villa Blanca" en compañía de varios amigos tomando wisky cuando oí rumores de que habían irrespetado al Sr. Gobernardor quien estaba en la cabecera del salón y de lógica por curiosidad me acerqué a ver quien había sido el culpable del tal irrespeto y estaba en ese entonces el Dr. Jorge H. Acevedo al pie del Sr. Gobernador gritando que se debería castigar a ese negro por que había faltado al respeto de la dignidad del Sr. Gobernador, me dirigí hacia la salida del citado establecimiento "Villa Blanca" y ví al Sr. García que estaba sentado a un lado, lo llamé para preguntarle que había pasado, pero no me atendió y salió corriendo e inmediatamente cogí un carro y me vine para la ciudad pensando que eso se podía poner más grave. Eso es todo lo que me consta que yo recuerde. Preguntado: En ese momento al que Ud. se refiere escuchó Ud. alguna frase o frases entre el Sr. Gobernador Dr. Roa Latorre y el Sr. García Orozco? Contestó: No señor porque cuando yo llegué como quedó dicho anteriormente éllos estaban distanciados, puesto que el Dr. Roa Latorre estaba dentro del salón y el Sr. García estaba fuera".

b) Del Sr. Alberto Trujillo Trujillo. Este testigo declara de este modo (fol. 33):

"Por el tiempo transcurrido, ocho meses, el relato que se haga no es muy minucioso, más sin embargo estando en la fiesta a que se refiere la pregunta, se presentó un incidente entre el Sr. Gobernador y el Sr. García, pues éste último se acercó al grupo y ante una pregunta del Gobernador reaccionó en forma imprudente y fue necesario intervenir para evitar que el problema se agravara. El Sr. García alcansó al Gobernador de un brazo y otros allí presentes contuvieron a García, quien posteriormente fue sacado del lugar, terminando así el caso. Eso es todo lo que me acuerdo en este momento. Preguntado: Escuchó alguna frase Ud. crusadas en esa reunión entre el Sr. Gobernador Dr. Roa Latorre y el Sr. García Orozco? Contestó: Sí se crusaron palabras, pero a esta fecha no me acuerdo que se dijeron. Preguntado: En la reunión ya mencionada escuchó algún comentario respecto al semanario " Candil" que se edita en esta ciudad y en caso afirmativo quién la pronunció? Contestó: No oí ningún comentario o alusión al periódico "El Candil". Preguntado: Le consta Ud. si en la misma fecha y en la misma reunión el Sr. Gobernador Dr. Ricardo Roa Latorre dirigiera alguna frase contra la honra de la señora esposa del Sr. Jorge Miguel García Orozco? Contestó: Absolutamente ninguna alusión hubo sobre la señora esposa de don Jorge García".

c) Del Sr. Sixto Forero Quintero. Este deponente expuso: "Preguntado: Recuerda Ud. si el primero de noviembre de mil novecientos sesenta y siete, estando Ud. de turno como Inspector de permanente de Policía, fue puesto a su disposición, mediante orden de captura el Sr. Jorge Miguel García Orozco? Contestó: Sí doctor a él lo llevó el DAS antes de medio día. Preguntado: Recuerda Ud. quien libró la orden de captura contra el Sr. Jorge Miguel García Orozco? Contestó: La orden de captura aparece firmada por el Sr. Inspector permanente de Policía del primer turno, Sr. García mediante solicitud hecha por escrito del Sr. Gobernador. Preguntado: Produjo Ud, en el día de autos, alguna Resolución sancionando al Sr. García? Contestó: Ese día había bastante trabajo en el permanente, en las horas de la noche elaboré una Resolución con el fin de sancionarlo por los ultrajes hechos de palabra y obra al Sr. Gobernador y a las ocho de la mañana del otro día fuí llamado telefónicamente por el señor Alcalde Mayor de Villavicencio quien me ordenó que suspendiera todas las diligencias para sancionar al Sr. García porque él ya estaba por cuenta de la Secretaría del Gobierno Departamental, que élla misma lo iba a sancionar, Preguntado: Según la versión dada por Ud. qué actitud tomó con respecto a la situación del Sr. García en esa oportunidad? Contestó: Procedí a llamar al Sr. Gutiérrez Cancino, Secretario de la Gobernación para que enviara la boleta para remitirlo a la cárcel y un rato después llegó una Resolución que era la dictada por la Secretaría de Gobierno Departamental, la que le fue debidamente notificada al sindicado, no sin antes haber llamado al Sr. Gutiérrez Cancino para informarle que a la Resolución le faltaban los descargos del Sr. García pero él me contestó que yo no tenía sino que notificarsela así como aparecía, lo que así se hizo".

d) Del Sr. Omar Carvajal Moreno, quien dice (fol. 35):

" ...Yo me encontraba participando de la charla que sostenían en ese momento el Sr. Gobernador del Departamento con el señor Alvaro Reyes Elicechea sobre el cultivo de arroz, presentes en ese grupo los señores Alberto Trujillo, José Antonio Barrera, Hernando Mendoza y otros. Estando participando de dicha conversación se presentó el fotógrafo o periodista, Sr. García, ante lo cual el Sr. Gobernador le preguntó que quién lo había invitado a participar en el grupo en que él se encontraba presente, recalcándole que sí venía con el ánimo de tomar fotografías ya que portaba su cámara fotográfica o que sí venía a participar de la conversación, que en ese caso él se retiraría, manifestó el Sr. Gobernador. Ante estas circunstancias varios de los presentes retiraron al Sr. García; posteriormente y siguiendo el mismo grupo la conversación antes citada apareció el Sr. García y por medio de los presentes lanzó el brazo contra la oreja del Sr. Gobernador, lanzando un manotón contra el Sr. Gobernador y de pa-

so le rasgó la camisa; ante este hecho varios de los presentes retiramos al Sr. García el cual fue sacado de dicho establecimiento. No es más. Preguntado: Escuchó Ud. alguna frase crusadas en esa reunión entre el Sr. Gobernador Dr. Roa Latorre y el Sr. García Orozco? Contestó: Absolutamente. Preguntado: En la reunión ya citada escuchó algún comentario por parte del Sr. Gobernador respecto del semanario "Candil" que se dicta en esta ciudad? Contestó: Ningun comentario, sobre el particular. Preguntado: Le consta a Ud. si en la misma reunión el Sr. Gobernador Dr. Roa Latorre dirigió alguna frase contra la honra de la senora esposa del Sr. García Orozco? Contestó: Ningún comentario al respecto ya que como antes lo manifesté la reunión trataba únicamente sobre el cultivo de arroz, charla ésta en que participaban solamente el Sr. Gobernador y el Sr. Reyes".

e) Del senador de la República Sr. Ovidio Sarmiento Díaz (fol. 48), quien, en certificación jurada, espone:

"Primero. - En las primeras horas de la noche del 31 de octubre del año próximo pasado me hallaba con numerosas personas en uno de los locales del establecimiento denominado "Club Villa Blanca", en la ciudad de Villavicencio (Meta), en donde se celebraba una reunión de carácter social.

Segundo. - Entre las personas que allí se encontraban y que estaban cerca de mí, recuerdo al señor Jorge Miguel García Orozco, a quien conozco de tiempo atrás.

Tercero. - En un momento determinado, aproximadamente a las 9 de la noche, el señor García Orozco expresó su deseo de retirarse y efectivamente se separó del grupo en que él y yo nos encontrábamos.

Cuarto. - Momentos después de que el señor García Orozco se retiró del grupo en que yo me encontraba, llamó mi atención de un lugar cercano un grupo de asistentes que discutían y se aglomeraban. Queriendo saber qué ocurría, al acercarme al grupo pude ver que varias personas trataban de arrojar o expulsar por la fuerza al señor García Orozco; pero no vi ni oí lo que motivara ese proceder contra la citada persona".

f) Del Sr. Ernesto Gutiérrez Cancino, quien declara de este modo (fol. 53 V.):

"Estando yo en compañía del Sr. Gobernador, mientras él dialogaba con el Sr. Alvaro Reyes Elisechea y Hernando Mendoza se aceró al grupo el señor Jorge García quien asistía allá en su calidad de fotógrafo, acto seguido el Sr. Gobernador le preguntó que si pensaba tomar alguna fotografía él se retiraba, ante esa actitud del Gobernador se lanzó el señor García en actitud agresiva a cogerlo de la camisa. En ese momento yo personalmente traté de retirar a García por lo cual recibí un golpe sobre la nariz. Luego intervinieron los amigos del Gobernador y meseros del establecimiento y el Sr. García fué sacado. Eso es todo. Preguntado: Sírvase decirnos Sr. Gutiérrez si Ud denunció al Sr. García por los hechos ocurridos en la noche de autos y que determinación tomó la autoridad ante quien lo hizo? Contestó: Al sentirme agredido me trasladé en forma inmediata al permanente de policía, formulé la correspondiente denuncia y el funcionario que me la recibió me expidió una boleta de captura contra el Sr. Jorge E. García. Preguntado: Sírvase decirnos Sr. Gutiérrez si con la boleta de captura que el permanente de policía le expidió para Jorge E. García, él fue capturado o que hizo Ud. con élla? Contestó: La boleta la entregué a la seccional del DAS en esta ciudad con el objeto de que se diera cumplimiento a la orden del funcionario de Policía.

g) Del Sr. Jaime Andrade Franco. Este declarante depone en los siguientes términos (fol. 54):

"Me encontraba en los salones del restaurante Villablanca como invitado por los bancos Ganadero y Cafetero y al cabo de unas tres horas aproximadamente de iniciada la fiesta me dí cuenta que en el bar del restaurante se producía una discusión a lo cual y por curiosidad con los compañeros de me-

sa, entre éllos, el Dr. Ovidio Sarmiento Díaz, nos tratamos de acercar a ver de qué se trataba y fuimos informados de que después de una discusión del Sr. Gobernador Dr. Roa Latorre con el Sr. García se habían producido algunos actos de hechos como puños, lo anterior no fue presenciado por mí. En vista de las circunstancias enojosas de la reunión, pues, ya había sucedido otros casos similares con otros invitados, resolvimos retirarnos del establecimiento en forma inmediata, sin que tuviera más conocimiento sobre los motivos que originaron este incidente. Aclaro que los otros actos enojosos se produjeron fue entre otros invitados y nó entre el Sr. Gobernador o el Sr. García con los demás invitados. Preguntado: Díganos concretamente si Ud. presenció algún cruce de frases entre el Dr. Roa Latorre y el Jorge Miguel García y si posteriormente presenció alguna actitud de hecho por parte del Sr. García contra el doctor Roa Latorre? Contestó: Cuando me acerqué al tumulto donde se encontraba el Sr. Gobernador ví que algunas personas, no recuerdo sus nombres, estaban retirando del salón del Bar al Sr. García, se estaban crusando frases las cuales ni en ese momento pude captarlas por la cantidad de gente y su estado de embriaguez en que nos encontrábamos".

h) Del Sr. Sixto Forero Quintero, quien dice en su segunda exposición (folio 55 v.):

"Preguntado: Sírvase decirnos señor Forero si la Resolución Nº 662 de 2 de noviembre de 1967, por la cual sancionó el Gobernador de esa entonces, Dr. Ricardo Roa Latorre, al Sr. Jorge Miguel García Orozco, la notificó estando en libertad el Sr. García Orozco o si por el contrario él se encontraba detenido o arrestado, en caso afirmativo por cuenta de quien lo estaba y en qué establecimiento y desde cuando? Contestó: Esa Resolución de noviembre 2 de 1967, la que había sido dictada por la Gobernación, fué notificada debidamente al Sr. Jorge Miguel García Orozco, en el permanente de policía de esta ciudad, estando este en calidad de detenido por cuenta del Inspector del primer turno, es decir, estaba retenido o arrestado en los pasillos del calabozo del permanente. La Resolución en referencia la notifiqué yo al sancionado y el Sr. García lo trajeron al permanente estando yo de turno, pero la boleta de captura por la cual lo condujo el DAS estaba firmada por el Inspector Luis Antonio García quien hace el primer turno, pues; yo era del segundo turno. El inspector de primer turno, Sr. Antonio García Pérez, había librado la orden de captura contra Jorge Miguel García Orozco en razón de una comunicación escrita procedente de la Gobernación del Meta y que debe reposar en los archivos del Permanente de Policía. Al otro día de la fiesta que se ofreció en Villablanca con motivo de la inauguración del edificio de los bancos Ganadero y Cafetero de esta ciudad, fué detenido el Sr. García Orozco, o retenido mejor, según la explicación que dí anteriormente".

i) Del Sr. Hernando Mendoza Torres. Este deponente manifiesta (fol. 57 v.):

"En relación con ese incidente en realidad de verdad es muy poco lo que recuerdo, pues, esa tarde después de inaugurar el edificio hubo bastante trago y fuimos invitados a almorzar en Villablanca posteriormente, allá seguimos consumiendo más licor y tuve conocimiento de uno de los tantos incidentes que se presentaron en ese lugar, éste con relación con el Dr. Roa y el Sr. García, fotógrafo profesional; parece que por efecto de los mismos tragos se presentó una discusión entre los dos señores y lo único que recuerdo perfectamente es la sacada del local del señor García por parte de unos coimes de ese establecimiento. No es más. Preguntado: Según lo anteriormente expuesto por Ud. no presenció cruce de palabras entre el Sr. Gobernador por esa entonces Dr. Ricardo Roa L. y el fotógrafo señor Jorge Miguel García O.? Contestó: No presencié ningún cruce de palabras en ese incidente por encontrarme unas tres mesas distantes del sitio donde se encontraba el Dr. Roa Preguntado: Según esto Ud. presenció alguna agresión de hecho del fotógrafo García contra el exgobernador Roa Latorre en la noche de autos? Contestó: Le repito que esa noche me encontraba de espaldas a los protagonistas del incidente y bastante tomado de tragos".

j) Del Sr. Antonio Hernán García, quien depone así (folio 70 v.):

"Preguntado: Sírvase decirnos si Ud, era Inspector Permanente de Policía el día treinta y uno de octubre y el día primero de noviembre de 1967? Contestó. Sí era Inspector y entré de turno el día treinta y uno de octubre de 1967 a las ocho de la mañana y estuve de turno hasta las ocho de la mañana del día primero de noviembre cuando le entregué el turno al señor Inspector Sixto Forero. Preguntado: Diga si Ud. libró orden de captura en contra del señor Jorge Miguel García Orozco, el día a que nos hemos referido anteriormente y en caso afirmativo diga por qué motivo lo hizo y si dictó alguna Resolución sancionando al Sr. García Orozco? Contestó. Sí libre una orden de captura contra el Sr. Jorge E. García, por el delito de Lesiones Personales en la persona de Ernesto Gutiérrez Cancino y lo hice en base a la denuncia penal presentada por Gutiérrez Cancino, ese mismo día. Yo no proferí ninguna Resolución sancionando al Sr. García, pues, cuando yo entregué el turno no había sido capturado el Sr. García Orozco. Yo no dicté Resolución contra García Orozco porque estaba sindicado de un delito y eso era para la investigación penal; Preguntado: Diga Ud. si recibió ese día alguna llamada telefónica por parte de las Autoridades Municipales o Departamentales insinuándole o dándole orden sobre cómo debía proceder frente al Sr. Jorge García Orozco? Contestó: No recibí ninguna llamada telefónica y menos instrucciones sobre el particular".

k) Del Sr. Jaime Eslava Romero. Este declarante se expresa en los siguientes términos (folio 93):

"A mí de los hechos ocurridos en el restaurante Villa-Blanca no me consta nada porque no estuve presente. Preguntado: Haga Ud. una relación de todo lo que sepa en relación con la actuación del Gobernador de esa época Dr. Ricardo Roa Latorre respecto del trámite que se le dió previamente a los hechos denunciados y que dieron origen al arresto del denunciante Jorge Miguel García Orozco? Contestó: El Dr. Roa Latorre llamó a mi Despacho para informarme del irrespeto de que había sido víctima y por lo cual había ordenado la captura de un fotógrafo de apellido García, pero que dicha orden quedaba sin valor en virtud de una boleta de captura expedida por el permanente a nombre del mencionado fotógrafo por el supuesto delito de Lesiones Personales cometido en la persona del señor Ernesto Gutiérrez. De estos hechos fue avisado el Inspector Permanente mediante comunicación telefónica que en el momento no puedo recordar si fue hecha por el suscrito o por su Secretario de Gobierno es todo lo que tengo que manifestar respecto al incidente".

De las otras declaraciones que obran en autos no se hace mención, porque los exponentes dicen no constarles nada de los hechos materia de la investigación.

Cuarto: Declaración Indagatoria del doctor Ricardo Roa Latorre.

Expresa el Dr. Roa Latorre (folio 43) que fue invitado, en su calidad de Gobernador del Departamento, por las directivas de los Bancos Ganadero y Cafetero, a la ceremonia de inauguración de su edificio en Villavicencio y a un coctel o recepción que posteriormente, el mismo día, ofrecieron a sus invitados en el sitio denominado Villablanca y que tanto a la inauguración como al coctel asistió. "Preguntado: "Sírvase informarnos, señor Gobernador, si es cierto que Ud. lanzó alguna o algunas frases desobligantes contra el Sr. Jorge Miguel García Orozco, fotógrafo de profesión en la noche de autos? Contestó: No señor. Recuerdo muy claramente que durante el coctel o recepción ofrecida por los directivos de los bancos Ganadero y Cafetero a que me he referido, en Villablanca, estando yo departiendo con don Alvaro Reyes Elicechea, en un grupo de personas entre quienes recuerdo a don Jaime Andrade Franco, gerente entonces y ahora del banco del Comercio en esta ciudad, don Ernesto Gutiérrez Cancino, entonces Secretario Privado de la Gobernación y actual Secretario General de la misma, don Alberto Trujillo Trujillo, entonces y ahora gerente de la Caja Agraria de esta ciudad, Hernando Mendoza, empleado o Gerente de Casatoro en

esta ciudad, de pronto se acercó y trató de ingresar al grupo un señor García, me parece que de nombre Jorge, a quien se conoce aquí en Villavicencio como "el señor Harlem"; éste señor portaba una máquina profesional de retratar y llevaba colgada del hombro una especie de maleta dentro de la cual generalmente carga los elementos para su fotografía; al ver a este señor le pregunté, por la forma hasta cierto punto imprudente como quiso penetrar al grupo, si alguien le había invitado a participar en la conversación o si iba a tomar alguna fotografía. Estas palabras mías fueron seguramente interpretadas por mis contertulios como demostración de mi incomodidad por la forma como al señor García o Harlem quiso penetrar al grupo y alguno o algunos de mis compañeros le dijeron que se retirara y me parece que con la debida prudencia alguno trató de retirarlo. El Sr. García o Harlem se retiró efectivamente y continuamos conversando sin que el incidente fuera motivo de comentario. Recuerdo que el tema de mi conversación con don Alvaro Reyes Elicechea lo constituía el cultivo de arroz. El general, ya que él es uno de los mayores productores de ese grano en el Meta. Pocos momentos después, o rato después, ví que por entre dos de los señores que formaba el grupo y que se encontraban frente a mí, en forma rápida e inesperada salió el brazo de alguna persona cuya mano alcanzó a rozarme el lado izquierdo de la cara y en su recorrido hacia abajo me agarró de la manga izquierda de la camisa, la cual me desgarró. Inmediatamente me dí cuenta que quien me agredía en esa forma era el Sr. García o Harlem a quien me he referido. Enseguida, casi al mismo tiempo que se producía la agresión, los señores que estaban conmigo, repuestos de la sorpresa, se interpusieron entre el Sr. García y yó y retiraron a éste no sin que antes alcanzara él a agredir y lesionar en la nariz a don Ernesto Gutiérrez Cancino, mi Secretario Privado, quien fué el primero en tratar de contener o repeler el ataque del Sr. García hacia mí. El incidente provocó en las personas que se dieron cuenta de la agresión del Sr. García hacia mí la natural reacción y oí varias expresiones lanzadas por los asistentes al Sr. García a quien le decían atrevido, miserable y algunas otras más fuertes. Posteriormente supe que la protesta de los asistentes no se limitó a las palabras sino que hasta alcanzaron a golpear al señor García o Harlem. Con base en claras disposiciones legales, dicté una Resolución por medio de la cual sancioné al Sr. García. Es cuanto tengo que decir, no sin aclarar que en ningún momento lancé o dije palabra alguna injuriosa contra el nombrado señor García cuya agresión, como lo tengo dicho, fue absolutamente intempestiva e injustificada. Preguntado: Cuéntenos señor Gobernador, si Ud. expidió orden verbal de captura contra el Sr. Miguel García Orozco y en caso afirmativo por qué razón? Contestó: No señor, no expedí ni orden de captura verbal contra el Sr. García porque consideré que en el lugar donde ocurrió el incidente no había funcionario a quien pudiera dársela y que pudiera cumplirla. Don Ernesto Gutiérrez Cancino, mi Secretario Privado, formuló denuncia contra el señor García en la Inspección Permanente de esta ciudad por las Lesiones que le causó en la nariz, hecho al cual me referí antes. Es posible que en virtud de esta denuncia el funcionario respectivo hubiera ordenado la captura del Sr. García. En cuanto a la Resolución por medio de la cual le impuse la sanción de que he hablado, en ella misma comisioné al Inspector Permanente de Policía para su cumplimiento".

Alegato del Apoderado del Sindicado.

I - "Los hechos, como se ha visto, no acontecieron en la forma relacionada por el denunciante y me someto, para comprobar esta afirmación, a los testigos citados por él. Ocurrió, simplemente, que Jorge Miguel García quiso hacer parte de un corrillo en que se encontraba el Gobernador, actitud que no fue bien vista por éste, quien dijo algunas palabras al respecto. Segundos después Jorge Miguel García pretendió agredir al doctor Roa Latorre alcanzando a rasgarle la camisa. Inmediatamente García fue sacado del Club donde se realizaba la fiesta que ofrecían los gerentes de algunos bancos de Villavicencio con motivo de una inauguración, a la cual había sido invitado el Gobernador del Meta, doctor Ricardo Roa Latorre.

"En el desarrollo del incidente el Sr. García dió un bofetón al señor Ernesto Gutiérrez Cancino, Secretario de la Gobernación, y quien salió a la defensa del doctor Roa Latorre. Todo esto se efectuó a lo largo del día treinta y uno de octubre de mil novecientos sesenta y siete, en la ciudad de Villavicencio.

"Al día siguiente, primero de noviembre, fue capturado el señor Jorge Miguel García por un agente del DAS y conducido a la Inspección Municipal de Policía. El dos de noviembre el Gobernador dictó una Resolución por medio de la cual sancionó al señor Jorge García a un mes de arresto, providencia que le fue notificada; y el diez y seis de noviembre fue dictada una nueva resolución, por medio de la cual quedó notificada la anterior en el sentido de rebajarle al señor García a veinte días de arresto la pena que le había sido impuesta inicialmente".

Luego de hacer un análisis del acervo probatorio, el apoderado discurre:

"Las pruebas referidas demuestran de consuno que el señor Jorge García Orozco fue denunciado por el señor Ernesto Gutiérrez Cancino ante el Inspector de Policía Municipal de Villavicencio por lesiones personales que le infirió el treinta y uno de octubre de mil novecientos sesenta y siete; que consecuencialmente, el Inspector de Policía, dentro de la más estricta legalidad, expidió boleta de captura contra el señor García Orozco; y que en esta medida tuvo verificación al día siguiente, primero de noviembre. Es inaceptable el cargo de que la captura, así realizada equivalga al delito de detención arbitraria. El Inspector obró correctamente, pues al expedir la boleta de captura lo hacía como consecuencia de una denuncia formalmente presentada y porque a todas luces tuvo que haberse dado cuenta el Inspector de la lesión que mostraba en su rostro el señor Gutiérrez Cancino. De otra parte, el señor Gobernador nada tuvo que ver en esta actividad procesal, o de Policía Judicial, que efectuó el Inspector. Las imputaciones que se le han hecho al doctor Roa Latorre carecen de asidero probatorio y los hechos demostrados en el sumario lo desvinculan por completo de cualquier infracción penal con solo decir que de él no provino la orden de captura. No pretendo, ni mucho menos, descargar cualquier responsabilidad contra el Sr. Inspector, puesto que se ha demostrado con la suficiencia más exigente que la privación de la libertad del señor García Orozco se acomodó a todos los rigores de la ley".

Y concluye su alegato así:

"La segunda ilicitud penal que le endilga el senor García al doctor Roa Latorre la hace consistir en el supuesto abuso de autoridad proveniente del pronunciamiento de las dos Resoluciones que dictó el Gobernador del Meta y de que se tiene conocimiento en el sumario. Debe caerse en la cuenta de que el Sr. García en ninguna de las ocasiones en que intervino en este proceso, ni por pienso hizo la más mínima referencia a su actividad agresiva contra el Gobernador. Sin embargo, está muy bien domostrada la agresión de obra contra la persona del doctor Roa Latorre, consistente en una palmada y el desgarrón de la camisa, ejecutada por Jorge García sin causa justa y en presencia de numerosas personas, entre ellas importantes representantes de la banca y el comercio, llegadas de Bogotá para los actos de inauguración del edificio de los bancos Cafetero y Ganadero. En armonía con las voces del Código Político y Municipal, este hecho se tiene por demostrado con la certificación del secretario del Gobernador (art. 310) y para los efectos del estudio de la prueba de este proceso, se sabe muy bien que la certificación secretarial recoge un hecho suficientemente comprobado. De manera que el pronunciamiento de la Resolución Número 662 respondió a la atribución que confiere el numeral 18 del art. 127 del Código de Régimen Político y Municipal, en concordancia con el 310 de la misma obra. El Gobernador se limitó, una vez dictada la Resolución de sanción al Sr. García, a comisionar a un funcionario de Policía para su notificación y ejecución. Posteriormente, en virtud de las consideraciones hechas en el respectivo acto, el Gobernador redujo la pena inicialmente impuesta. Esto lo hizo el Gobernador con ba-

se en la facultad que le confiere la parte final del inciso 4 del citado art. 310, que dice: "pero el empleado que la impuso (la sanción) puede en cualquier tiempo revocar su resolución, o rebajar la pena, de oficio o a Solicitud de Parte". ".

Consideraciones de la Sala:

Como lo ha dicho la Corte en reiteradas ocasiones, el Código Penal estructura el delito de detención arbitraria sobre los siguientes elementos:

a) Que el agente o autor del hecho sea un funcionario o empleado público;

b) Que obre abusando de sus funciones; y

c) Que a consecuencia de ello prive a alguno de su libertad.

El primero, porque, de no tener la calidad de funcionario o empleado público quien es sujeto activo del delito, éste se convertirá en otra infracción distinta, que bien podría ser alguno de los delitos contemplados en el Título XII, "Delitos contra la libertad individual y otras garantías" o el secuestro. En realidad, la detención arbitraria no es sino un abuso de autoridad de que están investidos los empleados o funcionarios públicos. Mas la mayor gravedad de este hecho implica que no sean las disposiciones que gobiernan los delitos de esa categoría, las que se apliquen para el caso, sino reglas específicamente determinadas a sancionar la arbitrariedad en todos aquellos actos de los funcionarios públicos que se enderecen contra la libertad individual y otras garantías consagradas en la Constitución y en la ley.

El segundo elemento, es decir, que el sujeto activo obre abusando de sus funciones, significa que la libertad humana no puede quedar al arbitrio de los funcionarios abusivos. El empleado debe llenar ciertos requisitos y fórmulas preestablecidos, para privar a una persona de su libertad individual. Cuando estos requisitos y fórmulas dejan de cumplirse, lo arbitrario de la detención es lo que da al hecho su categoría delictuosa, siempre que concurran los demás elementos.

El tercero de éstos, que es privar de la libertad a otra persona, no significa nada distinto al desarrollo del principio constitucional consagrado en el artículo 23 de la Carta, según el cual nadie puede ser reducido a prisión o arresto ni detenido, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

"Al tutelar el Código Penal la libertad individual, castigando el abuso de autoridad en que puede incurrir el funcionario o empleado público en el ejercicio de sus funciones deteniendo arbitrariamente a alguna persona, no circunscribe que tal hecho se realice en determinadas condiciones de forma, tiempo o lugar. Ello porque no predetermina la ley el lugar en donde se cumple la detención preventiva, ni tampoco señala que deba ser en un establecimiento previamente designado al efecto; ni regula el tiempo en que tal detención arbitraria se produzca, porque cualquiera que sea el tiempo en que una persona se encuentre detenida, por el capricho del funcionario antes que por los motivos definidos en las leyes que tal cosa autorizan, el delito existe. La forma en la ejecución de la arbitrariedad nada tiene que ver con el hecho ni con el procedimiento que se haya adoptado para consumarlo. La ley quiere proteger la libertad del individuo, para que éste no sea privado de ella sino con los requisitos que la misma indica, que cuando quiera que son violados, desconocidos o vulnerados producen una perturbación jurídica que se traduce en una infracción penal". (Auto de 21 de abril de 1950, LXVII, 265).

En el caso sub judice se tiene que la calidad de funcionario público en el sujeto activo del delito de detención arbitraria que se imputa al ex-Gobernador del Meta, se halla establecida en los autos con la copia del acta de posesión que obra al folio 2 del cuaderno principal.

Comprobado, pues, este elemento primordial, es decir, la calidad de funcionario público del agente del delito, pasa a analizarse si hubo abuso de las funciones del Gobernador al dictar éste, en su calidad de

tal, las resoluciones número 662 de 1967 y la número 683 del mismo año.

En la primera de las resoluciones citadas, se invoca como fundamento, para imponer al señor Jorge E. García, la pena de un mes de arresto, que el acto realizado por éste "constituye un grave ultraje a la primera autoridad del Departamento y, por lo mismo, lo hace acreedor a la sanción establecida en el numeral 18 del artículo 127 del C. de R. P. y M.".

A la verdad, el numeral 18 del art. 127 del C. de R. P. y M. otorga a los Gobernadores facultad de "castigar con multas hasta de doscientos pesos, o con arresto hasta de un mes, a los que le falten al respeto debido, en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas".

Entonces el quid de la cuestión reside en verificar si el denunciante, Sr. Jorge E. García Orozco, le faltó al respeto al Dr. Ricardo Roa Latorre estando éste en el ejercicio de sus funciones como Gobernador del Meta o por razón de las mismas.

Es indubitable que los hechos que dieron origen a la resolución número 662 de 1967 tuvieron su desenvolvimiento durante una fiesta de carácter social, en la que, además, hubo consumo de bebidas espirituosas. No estaba, por consiguiente, el sindicado doctor Roa Latorre, al asistir a ella, ejerciendo sus funciones de Gobernador. Por lo mismo no es dable afirmar que el incidente provocado por García Orozco fuera por razón de las mismas funciones. Este incidente fue estrictamente personal, sin ninguna atinencia a actos oficiales, ni como consecuencia de ellos.

De suerte que el Dr. Roa Latorre, al dictar la Resolución Nº 662 de 1967, que castigó al Sr. Jorge E. García con la pena de un mes de arresto, abusó de sus funciones como Gobernador del Departamento del Meta, pues él no estaba en ejercicio de sus atribuciones cuando fue objeto pasivo del agravio, ni éste se cometió por razón de las mismas.

Privó de su libertad abusivamente al señor Jorge E. García y, por lo mismo, perpetró el delito de detención arbitraria. Y procedió arbitrariamente, porque tal privación se halla fuera de la órbita de las ocasiones en que la ley la ordena o permite.

"El C. P. no exige para que la detención arbitraria exista, un dolo específico, v. gr., que proceda el funcionario o empleado público contra la ley a sabiendas de ello o por simpatía o animadversión a las partes. La libertad individual es una de las más preciosas garantías de los ciudadanos (Const., art. 23) y por eso la ley ha señalado de manera taxativa los casos precisos y determinados en que pueden ser privados de ella y los funcionarios no pueden alegar desconocimiento de esos preceptos o aplicarlos extensivamente, sin incurrir en arbitrariedad. En otras contingencias en que la ley se presta a interpretaciones diversas sí es necesaria la existencia de la condición o condiciones que constituyen el llamado dolo específico; pero no sucede igual cosa en la detención arbitraria por las razones apuntadas; por tanto, basta que el funcionario o empleado público prive de su libertad a una persona, fuera de las ocasiones en que la ley lo manda o permite, para que haya de presumirse que tuvo la intención criminosa de cometerlo" (Auto de 27 de febrero de 1946, LX. 206).

Por modo que, en el caso **sub judice**, se han cumplido los presupuestos que exige el artículo 429 del C. de P. P. para proferir auto de vocación a juicio, por el delito previsto y sancionado en el artículo 295 del C. P., contra el Dr. Ricardo Roa Latorre, quien es natural de Bogotá, residente en Villavicencio, soltero, de profesión abogado, de cuarenta y cinco años de edad en la época de su indagatoria. El delito que se le imputa al Dr. Roa Latorre se cometió en Villavicencio del 2 al 21, inclusive, de noviembre de 1967, al privar injustamente de libertad al Sr. Jorge E. García.

Como esta infracción tiene señalada pena de prisión (art. 295 del C. P.), la Sala procederá, en esta misma providencia, a decretar la detención preventiva del procesa-

do, de acuerdo con el artículo 49 del decreto 1358 de 1964.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, llama a juicio, por la vía ordinaria, al Dr. Ricardo Roa Latorre, Ex-Gobernador del Departamento del Meta y de la filiación anotada, por el delito de detención arbitraria, de que trata el Código Penal, en su Título XI, Capítulo II, Libro II.

Se decreta asímismo la detención preventiva del sindicado, para lo cual se oficiará a las autoridades correspondientes.

Al notificársele este auto al procesado, se le harán las prevenciones de que trata el artículo 432 del C. de P. P.

Cópiese y notifíquese.

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

José Evencio Posada V., Secretario.

BIBLIOTECA

SALA DE CASACION LABORAL

PRIMER TRIMESTRE DE 1970

(Enero-Febrero-Marzo)

Relator: Dr. IGNACIO GOMEZ ZAPATA

PATRONO DEL CHOFER

Las obligaciones emanadas de las relaciones de trabajo con los choferes, obligan única y en forma exclusiva a los propietarios de los buses, siendo apenas la empresa administradora general y orientadora del transporte urbano en las rutas que le han sido fijadas o que le fijen en lo futuro, las autoridades competentes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. —

Bogotá, D. E., enero diecinueve de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga).
(Acta Nº 1).

Agotada la tramitación correspondiente procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia en que el Tribunal Superior de Bogotá puso fin a la segunda instancia del juicio ordinario del trabajo adelantado por Paulino Sánchez contra "Transportes Urbanos Samper Mendoza, S. A.", representada por su gerente.

Antecedentes:

En la demanda inicial del juicio se pidió se condenara a la sociedad "Transportes Urbanos Samper Mendoza, S. A.", representada por su gerente, a pagar a Paulino Sánchez los valores correspondientes a la cesantía, primas de servicio, vacaciones y trabajo ejecutado en domingos y festivos, la sobre-remuneración por labores realizadas en jornada nocturna y el aumento del 15% del salario del 1º de julio de 1957 hasta la terminación del contrato, lo que le compete por 12 días de incapacidad por enfermedad no profesional, el subsidio familiar y la indemnización moratoria, lo mismo que las costas del juicio, con base en los siguientes hechos:

En virtud de contrato de trabajo, el demandante ingresó al servicio de la sociedad demandada el 5 de septiembre de 1956, en calidad de chofer de un bus de transporte urbano, devengando un salario consistente en dos pesos con ochenta centavos ($ 2.80) por viaje que efectuara, lo que le determinó un promedio de catorce pesos ($ 14.00) diarios. La referida labor la realizó el actor no solo en los días ordinarios sino también los domingos y demás festivos, lo mismo que "en jornada nocturna en diferentes ocasiones y durante las horas que demostraré dentro del juicio", sin que se le cancelaran las sobre-remuneraciones respectivas. Estos servicios los prestó el demandan-

te observando buena conducta hasta el 5 de febrero de 1959, pues el 6 de dicho mes y año se le entregó una carta en que la empresa daba por terminado el contrato alegando "causales de mala conducta sobre hechos no ocurridos y que no son suficientes para la terminación del contrato de trabajo unilateralmente". Cancelada la relación contractual, la demandada se negó a firmarle al actor "la incapacidad que le fijaron en el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, y por lo tanto le adeuda tal incapacidad". Tampoco le pagó completas las primas de servicios y las vacaciones causadas y en ninguna forma el subsidio familiar y el auxilio de cesantía.

En la contestación a este libelo, el apoderado que la sociedad designó para que la representara en el juicio, aceptó que el demandante prestó a su patrocinada servicios personales en la calidad por él afirmada, hasta el 5 de febrero de 1959, fecha en que la empresa dio por terminado el contrato de trabajo que habían celebrado; negó los demás hechos o manifestó debían probarse; y se opuso a que se hicieran las declaraciones y condenas impetradas. Al propio tiempo afirmó: "El reclamante fue despedido por el empresario por un hecho muy grave contra uno de los directivos de la empresa, público y notorio de injuria y calumnia públicas, en presencia de varias personas, que da lugar a que el trabajador pierda el derecho al auxilio de cesantía. Las relaciones jurídicas del empleador con sus asalariados se rigen por un pacto suscrito por las partes ante los funcionarios administrativos del trabajo, y que en la actualidad está en plena vigencia, también por el reglamento interno y los contratos de trabajo. La empresa, de acuerdo con la resolución Número 000245 de 28 de febrero de 1958, fue expresamente exonerada del pago del subsidio familiar".

Concluído el debate, el señor Juez Sexto del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, puso fin al proceso en sentencia de 13 de diciembre de 1963, en la que condenó a la sociedad demandada a pagar al demandante, las siguientes cantidades: quinientos setenta y siete pesos con setenta y nueve centavos ($ 577.79) por cesantía; ciento treinta y siete pesos con cuarenta y siete centavos ($ 137.47) por vacaciones; doscientos cincuenta y siete pesos con cincuenta y seis centavos ($ 257.56) por reajuste de salarios; y dos mil seiscientos sesenta y cuatro pesos con ochenta y dos centavos ($ 2.664.82) por indemnización moratoria, lo mismo que el cincuenta por ciento (50%) de las costas del juicio; declaró probada parcialmente la excepción de pago hasta por la cantidad de trescientos cincuenta y cuatro pesos con setenta centavos ($ 354.70), suma que debe deducirse de las condenas anteriores; y absolvió a la empresa de las demás peticiones de la demanda.

Por apelación de la parte demandada, el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de su Sala Laboral, revisó esta providencia, después de que se aportó a los autos una copia registrada de la escritura pública número 1392 de 1º de diciembre de 1948, otorgada en la Notaría Séptima de Bogotá, cuya expedición ordenó oficiosamente, en fallo de 6 de agosto de 1964, revocando la apelada y absolviendo, en cambio, a la demandada de los cargos contra ella formulados y condenando al actor al pago de las costas de la primera instancia.

Contra esta decisión interpuso el demandante el recurso de casación, que le concedió el ad-quen y admitió y tramitó esta Sala de la Corte y el cual pasa a decidirse teniendo en cuenta únicamente la demanda del recurrente, pues no hubo escrito de oposición.

Alcance de la Impugnación.

Se propone el acusador la casación total del fallo recurrido y que convertida, en consecuencia, la Corte en Tribunal de instancia, "entre a decidir las peticiones contenidas en el libelo de demanda, condenando a la entidad demandada a las prestaciones, indemnización y demás solicitudes contenidas en el mismo. Subsidiariamente que revoque la sentencia materia del recurso y confirme en todas sus partes la sentencia de primera instancia, con excepción del punto primero de la misma".

La Acusación.

En orden a este fin se formulan y sustentan tres cargos, así:

Primer Cargo.

En este se acusa el fallo recurrido de violar, por vía indirecta, a través de error de hecho y a causa de equivocada apreciación de unas pruebas y de falta de apreciación de otras, los artículos 23, 43, 48, 49, 65, 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, 7º del Decreto 617 de 1954 y los "decretos 118 de 1957, 180 de 1956 y 1521 de 1957 por medio de los cuales se estableció el subsidio familiar y se decretó aumento de salarios".

Las pruebas que se afirma se dejaron de apreciar son la contestación de la demanda, las posiciones absueltas por el gerente de la empresa demandada, el peritazgo y los testimonios recogidos y la carta de despido que obra en autos. Y las erróneamente apreciadas, el pacto colectivo celebrado entre los dueños de los buses afiliados a la sociedad y los choferes de tales vehículos, el reglamento de trabajo de la empresa y la escritura de constitución de la misma.

El error de hecho que se le atribuye al sentenciador es el de no haber dado por establecido, estándolo, que existió contrato de trabajo entre el actor y la sociedad demandada y que, por consiguiente, sobre ésta pesan las obligaciones reclamadas.

Se sustenta esta acusación, en primer lugar, en la respuesta afirmativa que dió la parte demandada a los hechos primero, tercero y sexto de la demanda y en la forma como se contestó por el representante de la empresa la pregunta 15 de las posiciones que absolvió, al tenor de las cuales confesó que en virtud de contrato de trabajo por ella celebrado con el demandante, éste le prestó sus servicios como chofer de un bus de transporte urbano, desde el 5 de febrero de 1956 hasta el 6 de febrero de 1959, devengando $ 2.80 por viaje realizado, y que terminó dicho contrato unilateralmente en la fecha últimamente mencionada alegando mala conducta; prueba de confesión esta que refuerzan el "peritazgo y todos los testimonios aportados", lo mismo que la carta de despido que obra al folio 145. No obstante esto se afirma en la sentencia que "no existe una prueba que demuestre que la empresa fue el verdadero patrono del trabajador" y que al tenor del pacto colectivo celebrado entre los dueños de los buses afiliados a la sociedad demandada y los miembros de la comisión que fue nombrada por los choferes de los buses afiliados a la misma; del reglamento de trabajo de la citada sociedad, y de la escritura de su constitución, "los propietarios de los vehículos son los patronos directos de los choferes", no correspondiéndole a ella sino la administración de los buses y la regulación de la relación laboral con los choferes, sin asumir el carácter de contratista independiente. Pero resulta que esta es una apreciación equivocada de tales elementos probatorios, pues el pacto colectivo fue celebrado el 6 de mayo de 1957 y, por lo tanto, no puede regir una relación contractual celebrada antes, ya que no puede tener efecto retroactivo; en el reglamento de trabajo se da facultad a la empresa para nombrar y despedir libremente a los choferes; y si se analizan detalladamente tanto este reglamento como la escritura de constitución de la sociedad, "se observa fácilmente, que lo que se quiso hacer al organizar la empresa fue otra cosa distinta completamente de la que funciona en realidad", pues en el presente caso "no existe ninguna vinculación de trabajo, ni la más remota relación laboral entre el dueño del bus y el chofer, ya que la empresa lo contrata, le fija las condiciones de admisión, los salarios, y es ésta la que le paga los salarios, la que le da órdenes y la que en sí ejerce todas las funciones patronales, es por tanto la verdadera persona jurídica patronal y no lo puede ser una diferente, que no es siquiera necesario que la conozca el trabajador". No hay duda, en consecuencia, que la cláusula del pacto colectivo en que el Tribunal apoya la conclusión censurada desmejora la situación del trabajador, por lo cual al conferírsele eficacia probatoria se violan las previsiones del artículo 43 del C. S. del T.

Si por lo expresado el contrato de trabajo de que dan cuenta los autos vinculó a la empresa demandada y al demandante, sobre ella pesan las obligaciones reclamadas, por lo que no podía absolvérsela, como lo hizo el Tribunal. Por ende, al comportarse de esta manera se violaron las normas enunciadas en el cargo a causa del error evidente referido.

Para resolver, la Corte Considera:

1. En el fallo recurrido se observa que a pesar de afirmarse en la demanda y en la contestación de la misma "que el demandante celebró un contrato de trabajo con "Transportes Urbanos Samper Mendoza S. A.", por medio del cual aquél se comprometió a prestar servicios en su calidad de chofer de un bus afiliado a la empresa anteriormente mencionada, con un salario determinado por cada viaje que efectuara", lo cierto es que al tenor de la copia autenticada, que obra a folios 73 a 78 del expediente, del pacto colectivo acordado "entre los dueños de los buses afiliados a la sociedad demandada y los miembros de la comisión que fue designada por los choferes de los buses afiliados a la misma, el cual fue suscrito, entre otros trabajadores por el actor Paulino Sánchez", pacto datado el 6 de mayo de 1957 y en el cual se señaló como plazo de duración un lapso de dos años, durante el cual se desarrolló el contrato de trabajo del demandante; y del reglamento de trabajo, que asímismo en copia autenticada se trajo al proceso, que regula las relaciones de trabajo de los choferes que prestan sus servicios en los buses aludidos, se desprende que la demandada no tuvo para con el actor el carácter de patrono, por lo que "no está obligada a responder por la cosa o hecho que se demanda".

Efectivamente, se sigue diciendo, en el citado pacto "se dispuso que de acuerdo con los estatutos que rigen a la sociedad demandada según la escritura pública Nº 1392 de diciembre de 1948, "los propietarios de los vehículos son los patronos directos de los choferes habida la circunstancia de que los propietarios tienen a su cargo, POR SU CUENTA Y RIESGO LA EXPLOTACION DIRECTA DEL NEGOCIO, SIENDO APENAS LA EMPRESA ADMINISTRADORA GENERAL y orientadora del transporte urbano en las rutas que le han sido fijadas o que le fijen en lo futuro las autoridades competentes. EN TAL VIRTUD, LAS OBLIGACIONES EMANADAS DE LAS RELACIONES DE TRABAJO CON LOS CHOFERES, OBLIGA UNICA Y EN FORMA EXCLUSIVA A LOS PROPIETARIOS DE LOS BUSES" (Las mayúsculas son de la Sala)". Y en el reglamento, a su vez, se estatuyó "que dicha sociedad es una administradora de los buses por autorización expresa de los respectivos propietarios, y que, en consecuencia, supervigilará el funcionamiento general de tales vehículos y a la organización general de la misma sociedad" y por "expresa autorización de los propietarios de las máquinas el Gerente tiene la facultad de nombrar y remover libremente al personal de choferes que sea necesario para el manejo de los vehículos matriculados a la sociedad, con la obligación de hacer cumplir el reglamento interno de trabajo, "mediante la aplicación de todos y cada uno de los requisitos en él establecidos", lo que explica la contestación de la demanda y el despido del trabajador por la empresa e indica, al propio tiempo, que ésta "apenas tuvo el carácter de representante de los respectivos dueños de los vehículos y como tal obliga a estos frente a sus trabajadores, de conformidad con lo dispuesto por el art. 32 del C. S. del T.", sin que pueda dársele el carácter de contratista independiente ni acudirse tampoco "a lo prescrito en el art. 15 de la Ley 15 de 1959, por la cual se facultó al Estado para intervenir en la industria del transporte, porque esta ley comenzó a regir el 30 de abril de 1959, y según está demostrado, el contrato de trabajo del demandante finalizó el 6 de febrero del mismo año".

2. Despréndese de aquí que el Tribunal si apreció la contestación de la demanda y la carta de despido, que el representante de la empresa demandada ratificó en las posiciones que absolvió, por lo que carece de razón el recurrente cuando da por desesti-

mados estos medios probatorios en el fallo acusado.

Lo que ocurrió fue que los compaginó con el pacto colectivo y el reglamento de trabajo a que alude, para deducir que si bien la empresa contrató al demandante, supervigiló el desarrollo del pacto y despidió al trabajador, no lo hizo en su propio nombre sino en representación del dueño del vehículo que manejó el actor, en su calidad de administradora de ese bien y de la expresa autorización que se le había dado para que se comportara de tal manera, corriendo de cuenta del citado propietario las obligaciones emanadas de la relación de trabajo con el chofer, en su condición de verdadero patrono. Y en esto el sentenciador no ha incurrido en equivocación alguna, porque eso se deduce diáfanamente del contexto de tales piezas procesales, que tienen suficiente eficacia probatoria por haberse aportado normalmente a los autos, pues eso se pidió y ordenó oportunamente, y tanto el pacto colectivo como el reglamento de trabajo que figuran en el proceso (fs. 72 a 78 y 122 a 144) son copias auténticas expedidas, la primera, por el Secretario de la División de Asuntos Industriales del Ministerio del Trabajo, y la segunda, por el Secretario de la División Legal, Sección de Reglamentos, Fianzas y Seguros del mismo Ministerio, en donde reposan los originales, con la constancia de que aquélla la firma el demandante y de que el último fue aprobado por la Resolución Nº 428 de 27 de octubre de 1954. Por lo demás, esa compaginación era imperiosa, en atención a que desde la mentada contestación de la demanda se expusieron como "hechos y razones de la defensa", las circunstancias de que "las relaciones jurídicas del empleador con sus asalariados" se rigen por los dichos pacto colectivo y reglamento de trabajo.

De otro lado, el hecho de que de las probanzas invocadas por el recurrente se desprenda que quien contrató al demandante, le daba las órdenes del caso, le pagaba el salario convenido y lo despidiera fuera la demandada, no es por sí solo indicativo de que el patrono del trabajador fuera la sociedad contratante, puesto que tales actos puede realizarlos quien así procede no a su propio nombre, sino como representante del verdadero empleador, que es lo ocurrido aquí, como se ha visto, con mayor razón en este caso, en que cuando se contrató al demandante regía el reglamento de trabajo a que se ha hecho referencia, donde se consignó la realidad reconocida por el Tribunal.

Estas razones son suficientes para que no se dé por demostrado el error imputado al ad-quem en este cargo y para que, como consecuencia, no se lo admita.

Segundo Cargo.

Se enuncia esta acusación diciendo que la sentencia recurrida es "violatoria de la ley sustantiva, por violación directa de la misma"; y se la sustenta trayendo a cuento las previsiones de los artículos 22 y 23 del C. S. del T., para anotar que en el caso de autos concurren los elementos que al tenor de ellas configuran el contrato de trabajo entre el actor y la sociedad demandada, según la contestación de la demanda, las posiciones que absolvió el gerente de la empresa, el peritazgo y los testimonios de "Pedro Cerón Díaz, Héctor Fuentes, etc.", por lo que al no condenar al pago de las obligaciones reclamadas se violaron directamente las normas referidas y las contenidas en los artículos 249, 186, 64 y 65 del mismo Código y los "Decretos 617 de 1954, 1521 de 1957", pues hubo "aplicación indebida e interpretación errónea" de las mismas, "por cuanto se dió como sentado fuera de lo anterior que la empresa era representante de un patrono no existente, violando el art. 32 del C. S. del T. al cual se le dió una interpretación diferente a la que realmente tiene, ya que demostrado que la empresa era patrón de mi poderdante, no podía al mismo tiempo ser representante ante el mismo trabajador, no puede existir tal dualidad y por tanto la errónea interpretación de la ley indujo a la violación directa de la misma, como ya se expuso".

Para resolver, la Corte Considera:

Este cargo además de adolecer de los defectos técnicos de acusarse el fallo del adquem de violar unas mismas normas simultáneamente por dos conceptos diferentes: aplicación indebida e interpretación errónea, y de incluír la totalidad de los Decretos 617 de 1954 y 1521 de 1957 entre los infringidos, sin especificar sus previsiones particularmente quebrantadas, es asímismo desestimable, porque a la violación directa de la ley sustantiva laboral solo se llega por el sentenciador, conforme a las enseñanzas de la doctrina y de la jurisprudencia reiterada de de la Corte, cuando a pesar de darse por establecidos los hechos debatidos no se les aplica la ley que los regula, porque la ignora o porque se revela contra lo que ella estatuye, o la aplica en forma inadecuada, o atribuyéndole un alcance que no tiene. Y aquí precisamente el Tribunal no ha dado por demostrada la relación contractual que genera las prestaciones reclamadas, contra lo que sostiene el acusador. Está de por medio, en consecuencia, una cuestión fáctica, en la que discrepan fallador y recurrente, lo que indica que si hubo violación por parte de aquél de los preceptos sustantivos señalados en el cargo que se estudia, tuvo que serlo a causa de los errores en que pudo incurrir al valorar la situación de hecho confrontada, o sea por esa vía indirecta y no de la directa escogida por el impugnador.

No se admite, por lo tanto, este cargo.

Tercer Cargo.

En este se acusa "la sentencia materia del recurso de violación indirecta de la ley sustantiva por errores de derecho en la apreciación de la prueba", los que se hacen consistir en haber fundado el Tribunal la inexistencia del contrato de trabajo entre el actor y la empresa demandada en el pacto colectivo firmado el 7 de mayo de 1957, en el Reglamento de Trabajo y en la escritura de constitución de dicha sociedad, siendo así que estos documentos no tienen eficacia probatoria y no podían ser estimados en el fallo.

Y no la tenían, porque el referido pacto no se aportó a los autos en la forma pedida por la parte interesada y no se dejó constancia de su depósito en el Ministerio del Trabajo, desoyéndose lo consagrado por el artículo 481 del C. S. del T. en armonía con el 469 de la misma obra. De las copias del Reglamento de Trabajo, la de los folios 123 y siguientes no está autenticada y la de los 318 y siguientes, se glosó al expediente después de cerrado el trámite de la segunda instancia, por lo que ya no la podía estimar el ad-quem. Y la copia de la escritura de constitución de la sociedad, no la solicitó el Secretario del Tribunal, tal como se había ordenado, y la que obra en el proceso corresponde a una expedida antes de la fecha del auto que decretó esta prueba.

Por tanto, al absolverse a la empresa se violaron indirectamente los artículos 249, 186, 64 y 65 del C. S. del T., 7º del Decreto 617 de 1954 y los "Decretos 180 y 1521 de 1956 y 1957 respectivamente", pues para llegar a tal conclusión se apreciaron "pruebas que no habían sido allegadas a los autos en forma legal y para las cuales la ley exige ciertas solemnidades", o se estimaron "pruebas que no fueron oportunamente presentadas al juicio".

Para resolver, la Corte Considera:

No obstante que en este cargo también se incurre en el defecto técnico de senalar como infringidos los Decretos 180 de 1956 y 1521 de 1957, sin precisar de sus preceptos los que se consideran quebrantados por el fallo acusado, hay que anotar, en primer término, que al tenor de las motivaciones del Tribunal, a que se aludió al estudiar la primera impugnación, la absolución de la sociedad demandada no se apoyó directamente en la escritura de constitución de dicha empresa, sino en lo estipulado en el pacto colectivo de trabajo y en el reglamento interno de que se ha venido hablando. Pero aún en el supuesto de que se hubiera apoyado también en ella, ocurre que la copia de ese instrumento sí la solicitó al Secretario del Tribunal, obedeciendo el auto de la Corporación en que oficiosamente se decretó esa prueba, según aparece de la

copia de la nota que obra al folio 299 del expediente. Y el hecho de que la copia autenticada remitida, con la respectiva nota de registro, fuera una que se había expedido con antelación, no le resta eficacia probatoria a la escritura, como equivocadamente lo sostiene el recurrente.

En segundo lugar, la copia del pacto también se expidió por la Secretaría de la División de Asuntos Industriales del Ministerio del Trabajo, como se había pedido y ordenado; y por el funcionario respectivo aparece autenticada al pié, según objetivamente lo revela el expediente (fs. 32 a 39º). En el oficio remisorio se dice, además, al Juez de conocimiento que "En lo referente al señor Paulino Sánchez, le informo lo siguiente: En la página número 6 del original del mencionado pacto, aparece una firma que dice: Paulino Sánchez y en la parte baja de ésta las letras y número: C. C. Nº 3842 B". Toto esto ocurre asímismo con la otra copia del mentado pacto que figura a folios 73 a 78 y con el certificado de la citada Secretaría del folio 72.

De modo que la copia de este pacto, suscrito por los dueños de los buses afiliados a la empresa demandada y los choferes de los mismos, sí se aportó en la forma solicitada y ordenada, es auténtica y suscribe el original el demandante. Y como ella proviene de la División de Asuntos Industriales del Ministerio del Trabajo y se tomó del original que reposa en tal oficina, tuvo que ser depositada allí oportunamente, pues de lo contrario no se habría recibido, tal como lo ha sostenido en repetidas ocasiones esta Sala de la Corte. Hay que dar por satisfechas, por lo tanto, las exigencias del artículo 469 del C. S. del T., a que remite el 481 de la misma obra, por lo que hizo bien el Tribunal al apreciarlas y conferirles eficacia probatoria a estas piezas procesales.

Otro tanto ocurre con las copias del Reglamento de Trabajo, según lo revela el proceso a folios 122 a 144 y 318 a 336, con la advertencia de que esta última copia se glosó al proceso antes de que se fallara el litigio.

Los razonamientos referentes a la escritura de constitución de la sociedad demandada y al Reglamento de Trabajo se han hecho no obstante que las censuras formuladas por el recurrente al respecto no encajan dentro de lo que en casación laboral se entiende por error de derecho, conforme a la definición que de él da el artículo 87 del C. P. del T., por lo que si aquéllos no fueren suficientes, este final sí lo es para la desestimación de dicha impugnación.

Por tanto, no se admite este cargo.

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 el fallo recurrido en que el Tribunal Superior de Bogotá puso fin a este litigio.

Sin costas por no haberse causado.

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

Los magistrados.

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario

INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO

Prescripciones del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Buena fé patronal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. —

Bogotá, D. E., febrero cuatro de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández).

(Acta Nº 4).

Amadeo Villalba, por medio de apoderado, demandó a la Compañía Bogotana de Gas Limitada "Calorgas", para el pago de $ 2.768.70 por cesantía; $ 1.432.10 por prima de servicios; $ 12.610.70 como indemnización por lucro cesante; $ 127.30 por cada día de retardo desde la terminación del contrato hasta que se verifique el pago de las prestaciones y salarios, a título de indemnización moratoria y $ 11.828.05 por concepto de salarios insolutos, correspondientes al 5% sobre las utilidades brutas de la Compañía en el periodo comprendido entre el 12 de junio y el 15 de noviembre de 1961, sobre la suma de $ 236.560.90.

Como hechos de la demanda, presenta los siguientes:

En virtud de contrato celebrado a término indefinido, desempeñó el cargo de Gerente al servicio de la sociedad demandada, desde el 24 de febrero hasta el 15 de noviembre de 1961. El sueldo estipulado fue de $ 1.500.00 mensuales, más el 5% sobre las utilidades brutas obtenidas por la empresa en cada mes de ejercicio social, porcentaje cuyo promedio mensual fue de $ 2.319.00. Fue despedido, sin causa justa, el 6 de noviembre de 1961, por acto de la Junta Directiva de la Empresa, y no se le han pagado el auxilio de cesantía, la prima de servicios, ni el porcentaje mencionado.

En la contestación, el apoderado de la Sociedad se opone a la demanda, manifestando que su poderdante pagó la cesantía y demás prestaciones que, a su juicio, adeudaba. Dice que el hecho referente al despido no es cierto tal como ha sido presentado, pues hubo justa causa por parte de la Empresa, como se demostrará en demanda de reconvención. Niega los demás hechos y propone las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, pago, inexistencia de la obligación, falta de causa y compensación.

En escrito separado, la Sociedad, por conducto del mismo apoderado, propuso demanda de reconvención, para que se declare que Amadeo Villalba dio lugar a que la Compañía prescindiera de sus servicios de Gerente, a partir del 15 de noviembre de 1961. Que la Junta Directiva de la entidad, por haber desaparecido las condiciones de armonía y buen entendimiento con el Gerente, pero considerando "que se trataba de una persona de delicadeza indiscutible", le exigió la renuncia, y que al no presentarla, esta actitud obligó a la empresa a destituirlo. Que Villalba perdió el derecho al auxilio de cesantía, de conformidad con el artículo 250, literal b) del C. S. T.. y a la prima correspondiente al tiempo trabajado del 1º de julio al 15 de noviembre de 1961, porque fue despedido por justa causa. Que con los posibles derechos que puedan corresponderle al actor, se compense la suma de $ 5.280.00, valor de 44 cilindros que faltan, y fueron puestos bajo su responsabilidad. Que Villalba debe reconocer y pa-

gar a la Sociedad los perjuicios que le ocasionó, tomando en cuenta el tiempo faltante para completar el período de labores determinado en escritura pública y el salario devengado. Lo mismo que los morales y materiales por incumplimiento en el desempeño de su cargo. Y que la Compañía cumplió cabalmente los mandatos del artículo 65 del C. S. T., al consignar, a favor del demandante, lo que estimaba deber.

Como hechos de la contrademanda, anota los siguientes:

La Junta Directiva, dentro del orden jerárquico de la empresa, tiene a su cargo la dirección y orientación de los negocios. El Gerente es el ejecutor de las determinaciones de aquella, pero Villalba, en varias ocasiones, las desobedeció. Además, irrespetó a sus miembros al hablar de "incompetencia de la Junta Directiva para dirigir la empresa". Y por grave negligencia de su parte, se extraviaron los cilindros, de lo cual se responsabilizó.

El reconvenido, en su contestación, se opuso a las pretensiones de la contrademanda. Propone, como excepción perentoria, la de inexistencia de las obligaciones que se le atribuyen, y manifiesta, como fundamento de la defensa, que dentro de sus funciones de Gerente no estaba el control de los cilindros de gas, el cual fue encomendado a Víctor Manuel Martínez Quintero, por cláusula expresa del contrato de trabajo que éste celebró con la Compañía, hasta el 8 de agosto de 1961 en que, para esa inspección, fue encargado el Revisor Fiscal, Alvaro Bohórquez. Agrega que no causó daño alguno a los edificios ni materiales de la Sociedad.

El juicio terminó en primera instancia por sentencia del 13 de julio de 1966, proferida por el Juzgado Quinto del Trabajo de Bogotá. En ella condena a la Compañía Bogotana de Gas Limitada "Calorgas" a pagar a Amadeo Villalba $ 10.907.40 por lucro cesante; $ 1.668.37 por concepto de salarios insolutos y $ 111.30 diarios a partir del 16 de noviembre de 1961 hasta el día en que se satisfagan las obligaciones. Declara probada la excepción de pago total en relación con las prestaciones de cesantía y prima de servicios, y parcial, hasta por la cantidad de $ 112.78, en punto a los salarios insolutos. Declara no probadas las demás excepciones propuestas. Absuelve de los otros cargos y condena al 70% de las costas.

En cuanto a la demanda de reconvención, absuelve al trabajador de los cargos que le fueron formulados y condena a la parte actora en las costas correspondientes.

Apeló el apoderado de la Sociedad, y el Tribunal Superior de Bogotá, en providencia del 18 de marzo de 1967, decidió el asunto así:

"1º Modificar, como en efecto modifica, el literal a) del ordinal primero de la sentencia apelada en el sentido de reducir la condena por lucro cesante a la suma de ocho mil trescientos cuarenta y un pesos con noventa y cuatro centavos ($ 8.341.94)".

"2º Modificar, como en efecto modifica, el literal b) del ordinal primero de la sentencia apelada en el sentido de reducir la condena por salarios insolutos a la suma de cuatrocientos pesos con treinta y ocho centavos ($ 400.38)".

"3º Modificar, como en efecto modifica, el literal c) del ordinal primero de la sentencia apelada en el sentido de limitar la condena por indemnización moratoria a la suma de veinte mil doscientos noventa y cinco pesos con cuarenta y ocho centavos ($ 20.295.48) M/cte.".

"4º Modificar, como en efecto modifica, el ordinal tercero de la sentencia apelada en el sentido de declarar parcialmente probada la excepción de pago por salarios insolutos, en la cantidad de ocho mil novecientos setenta y nueve pesos con cuarenta y siete centavos ($ 8.979.47), con la advertencia de que esta suma no es descontable de ninguna de las condenas a que se refieren los numerales anteriores".

"5º Revocar, como en efecto revoca, el ordinal quinto de la sentencia apelada, y, en su lugar, se declara que no hay lugar a costas en primera instancia para la demanda principal".

"6º Confirmar, como en efecto confirma, en todo lo demás la sentencia apelada".

"7º Sin costas en la segunda instancia".

El apoderado del demandante interpuso el recurso de casación, que le fue concedido. Tramitado aquí en forma legal, ha llegado la oportunidad de decidirlo mediante el estudio de la demanda que lo sustenta y del escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

Se concreta a obtener que la Corte case parcialmente la sentencia impugnada, en cuanto limitó la condena por concepto de indemnización moratoria a una suma fija y total y que, constituida en tribunal de instancia, modifique esa decisión y confirme la que por el mismo concepto hizo el juzgador de primer grado, vale decir, que condene a la sociedad demandada al pago de aquella indemnización en cuantía del último salario diario por cada dia de retardo, a partir de la terminación del contrato y hasta cuando se verifique el pago de todos los salarios debidos.

Con fundamento en la causal primera de casación, prevista en los artículos 87 del C. de P. L. y 60 del Decreto 528 de 1964, formula un solo cargo, así:

Cargo Unico. - La sentencia impugnada viola indirectamente el art. 65 del C. S. del Trabajo, por aplicación indebida, en concordancia con los arts. 55, 57 numeral 4º, 142 y 149 del mismo estatuto, que se dejaron de aplicar debiendo hacerlo.

La violación se produjo —afirma el casacionista— a consecuencia de errores evidentes de hecho por falta de apreciación de las siguientes pruebas: a) de la diligencia de inspección ocular, b) de la declaración del testigo Fabio Peña Peña, y c) del experticio rendido por el perito Eduardo López Castillo, que no fue objetado en forma alguna (fls. 100 a 105, 129 a 132 y 106 a 115). Y, además, por errónea apreciación del dictamen producido en la segunda instancia y que rindió el perito Luis Eduardo Cubillos S. (fls. 206 a 216).

Los errores evidentes de hecho en que incurrió el sentenciador —continúa la censura— son los siguientes: 1º). Dar por demostrado, siendo todo lo contrario, que la sociedad demandada actuó de buena fe al consignar, lo que hizo con retardo de varios meses, una parte de los salarios debidos a título de comisión sobre utilidades. 2º) No dar por establecido, estando plenamente acreditado, que la sociedad demandada retuvo y retiene sin justificación alguna atendible, salarios que se causaron en favor del demandante.

Conforme a lo expuesto —continúa el cargo— el Juzgador de Segunda instancia modificó la condena del a-quo por concepto de indemnización moratoria, para limitarla al pago de la causada entre el día de la terminación del contrato (15 de noviembre de 1961) y el 10 de julio de 1962, fecha en que la sociedad efectuó la segunda consignación.

Copia en seguida algunos apartes del fallo impugnado, sobre los motivos para limitar dicha condena, y agrega que si el sentenciador hubiera apreciado la diligencia de inspección ocular no habría incurrido en el error de considerar que no hubo acuerdo entre las partes "ni al finalizar el contrato de trabajo, ni en el curso del juicio" sobre el porcentaje que correspondía al demandante como retribución de servicios sobre el monto de las utilidades, pues en aquella inspección se estableció que el Gerente devengaba $ 1.500.00 y el 5% sobre las utilidades líquidas de la Compañía, a partir del 24 de febrero de 1961, y constituye mala fe tratar de desconocer ese porcentaje, que la Empresa conocía desde antes de ponerle fin al contrato.

Tampoco demuestra buena fe la circunstancia de que ni al finalizar el contrato, ni en el curso del juicio hubiera acuerdo entre las partes acerca del monto de las

utilidades, ya que la Sociedad lo conocía como era su obligación, para satisfacer el imperativo legal de pagar oportunamente los salarios y prestaciones debidos.

Porque el H. Tribunal no apreció el peritazgo rendido por el experto contador Eduardo López Castillo —prosigue la censura— redujo equivocadamente la condena que profirió el Juez a-quo por concepto de indemnización moratoria, pues el perito estableció las utilidades que obtuvo la Empresa durante el lapso en que el demandante le prestó sus servicios, con fundamento en los asientos de los libros Diario, Mayor y Auxiliar, y siendo necesario llevar el Diario como su nombre lo indica, diariamente, era fácil para la demandada saber cuál era el monto de las utilidades habidas hasta la extinción del contrato, y, por consiguiente, el valor exacto de las comisiones.

Igualmente —agrega el impugnador— por no haber apreciado el testimonio de Fabio Peña Peña, dejó de tener en cuenta el hecho afirmado por éste, de que a la terminación del vínculo contractual, fue llamado, como contador, para que hiciera la liquidación de las prestaciones correspondientes al demandante, la cual se efectuó tomando en cuenta los datos que; sobre utilidades de la Sociedad, ésta le suministró, ya que si el ad-quem hubiera estimado esa declaración habría llegado a la conclusión evidente de que la demandada tuvo la oportunidad y facilidad de conocer lo debido por concepto de salarios variables.

Dice también, el casacionista, que el Tribunal, para exonerar hacia el futuro, después de la segunda consignación, del pago de resarcimiento por mora, considera que el Juzgado de primera instancia, profirió una condena ultra petita por prima de servicios. Pero lo cierto es que esa condena se confirmó, y la circunstancia de que se tenga un derecho irrenunciable que no se demanda, pero se discute y se demuestra, en manera alguna puede abonar la buena fe del patrono que no lo reconoce oportunamente. Esa prima —agrega— relativa al primer semestre, ha debido pagarse legalmente en el mes de junio de 1961. Al dilatar su pago, se incurrió en una transgresión de la ley, y esto no es ejemplo de buena fe, sino precisamente demostración de lo contrario.

Concluye el ataque manifestando que la reducción del resarcimiento por mora conlleva violación indirecta del artículo 61 del C. P. del T. que también señala como quebrantado por cuanto las circunstancias relevantes del litigio no son las que expone el juzgador, sino que la empresa sabía cuál era el porcentaje pactado como remuneración y el monto de las utilidades. Que además el Tribunal apreció erróneamente las diligencias de consignación al darles efecto liberatorio cuando ellas no constituyen el pago total de los salarios debidos. Que hay mala fe por parte de la empresa y, por tanto, debe condenársele a la sanción establecida en el art. 65 del C. S. del T. con todo el alcance de esta norma.

Se considera:

La sentencia impugnada dice, en lo pertinente:

"**Indemnización Moratoria.** - El Juez condenó por este concepto a la sociedad demandada a pagar al demandante la suma de ciento once pesos con treinta centavos diarios ($ 111.30), desde el día 16 de noviembre de 1961 "hasta el día en que se satisfagan las obligaciones debidas (sic)". Tal condena accede a las proferidas por lucro cesante y salarios insolutos (fls. 166 y 167). A primera vista se observa que tal decisión es manifiestamente violatoria del artículo 65 del C. S. T., pues ésta sanción sólo opera en el caso de mora en el pago de salarios y prestaciones sociales, pero no por el retardo en el pago de indemnizaciones, carácter que tiene el lucro cesante. De tal manera que, desde este primer punto de vista, el pronunciamiento del a-quo merecería una modificación".

"Pero es más: olvidó el funcionario del conocimiento que el artículo 65 citado conlleva una sanción; que de ésta se exime al patrono en el momento mismo en que con-

signe lo que realmente considere deber, y que el hecho de pagar sumas mayores a las debidas por prestaciones no puede constituir un elemento eficiente para configurar la mala fe, como lo da a entender en sus motivaciones. Por el contrario, en algunas ocasiones el exceso en la consignación puede implicar liberalidad o exceso de prevención. Hay que convenir, entonces, que sobre el particular hizo falta objetividad".

"La sociedad demandada hizo dos consignaciones. Una por la suma de cinco mil seis pesos con treinta y tres centavos ($ 5.006.33) el 18 de diciembre de 1961, y otra por la cantidad de siete mil setecientos once pesos con cuarenta y ocho centavos ($ 7.711.48) el día 10 de julio de 1962 (fls. 141 a 144 y 186). Ambas arrojan un total de doce mil setecientos diez y siete pesos con ochenta y un centavos $ 12.717.81. Lo debido por prestaciones sociales y salarios: $ 1.869.12 por cesantía, $ 1.869.12 por primas de servicios y $ 9.379.00 por participación en utilidades, asciende a la suma de trece mil ciento diez y ocho pesos con diez y nueve centavos ($ 13.118.19). Es decir, que entre lo debido al finalizar el contrato por salarios y prestaciones, y lo consignado por la demanda, sólo existe una diferencia de cuatrocientos pesos con treinta y ocho centavos ($ 400.38). Esta diferencia justifica, frente al principio de la buena fe, la sanción moratoria, en la forma como se impuso en la primera instancia? No lo cree la Sala. He aquí las razones:"

"Ante todo, téngase presente que ni al finalizar el contrato de trabajo, ni en el curso del juicio, hubo entre las partes acuerdo sobre el monto de las utilidades y de la participación porcentual que correspondía al demandante; obsérvese que el monto de la prima de servicios reclamado fue aumentado discriminalmente por el Juez al hacer uso de su facultad de decisión ultra-petita; tómese nota de que en la segunda instancia un perito conceptuó sobre utilidades menores y que su pericia debió ser desestimada por estar en firme un dictamen contrapuesto y anterior; por último, piénsese en que ni la demandada ni el demandante podían tener certeza del monto de utilidades que se fijaría pericialmente, la primera para consignar una suma matemáticamente exacta y el segundo para retirarla conforme".

"Las anteriores, que constituyen circunstancias relevantes del pleito y que deben tomarse en cuenta al proferir la decisión (art. 61 C. P. T.), hacen concluír al Tribunal que, con la segunda consignación, la demandada depositó lo que consideraba de buena fe deber al demandante y que con élla quedó liberada hacia el futuro de la sanción moratoria. Por consiguiente, ésta solo será la equivalente al monto de los salarios que hubieran podido causarse entre el 15 de noviembre de 1961, último día de servicios, y el 10 de julio de 1962, fecha de la segunda consignación. Ella asciende a la cantidad de veinte mil doscientos noventa y cinco pesos con cuarenta y ocho centavos ($ 20.295.48)".

Como se ve, por los anteriores pasajes de la sentencia, el Tribunal motivó su decisión sobre resarcimiento de perjuicios por mora, considerando que el art. 65 del C. S. T. tiene carácter de sanción, de la cual queda exonerado el patrón desde el momento en que consigna lo que confiese deber. Que la Sociedad hizo dos consignaciones: una, de $ 5.006.34, el 18 de diciembre de 1961 y otra, de $ 7.711.48, el 10 de julio de 1962, que arrojan un total de $ 12.717.81. Como el monto de las prestaciones asciende a $ 13.118.19, la diferencia entre las dos cantidades es de $ 400.38, diferencia que, a juicio del fallador, no justifica la sanción en la forma impuesta por el a-quo. Que al finalizar el contrato, ni en el juicio, hubo acuerdo entre las partes sobre el monto de las utilidades y la participación que en ellas correspondía al actor. Aspectos que sólo lograron establecerse en el debate mediante prueba pericial, y estas circunstancias permiten concluír que con la segunda consignación la Sociedad depositó lo que de buena fe consideraba deber, quedando liberada hacia el futuro de la sanción moratoria.

Son estos, los soportes del fallo que el casacionista pretende desvirtuar con la formulación del único cargo a que se viene haciendo referencia, el cual ha sido examinado atentamente por la Sala, sin hallar los

errores ostensibles de hecho que la censura le atribuye al fallador por omisiones y errónea apreciación en el estudio del acervo probatorio.

En efecto, en la diligencia de inspección ocular consta que el 5% se liquidará sobre las utilidades líquidas de la Compañía, mas no registra dato alguno en relación con el monto de esas utilidades, factor indispensable, como es obvio, para averiguar la suma que, concretamente, correspondía al actor por ese concepto.

El testigo Fabio Peña Peña, en unos apartes de su declaración, dice: "Yo hice la liquidación basado según los datos que me suministró la señora contadora, porque hasta ese momento desconocía la situación de la empresa, puesto que apenas llegaba a hacer el estudio contable que me ordenó el socio Baldomero Cortés...Como antes dije, los datos me fueron suministrados por la señora contadora y sobre ellos se estableció un promedio mensual...Como revisor Fiscal de la empresa conozco los estatutos de élla y en relación con la pregunta de que si los balances para determinar las utilidades deben ser mensuales o anuales, manifiesto que éstos deben ser anuales, es decir, el período debe cortarse el 31 de diciembre de cada año...Como dije anteriormente, en 15 de noviembre de 1961 llegué a la Compañía a realizar un estudio contable, comisionado por el socio Baldomero Cortés quien según entiendo, quería obtener una información más completa sobre el estado de la empresa. Este estudio se tomó bastante tiempo y en virtud de ello, ya siendo Revisor Fiscal, se solicitó a la Administración de Hacienda una prórroga para la presentación de la declaración de renta. Como este estudio no se terminó sino a fines de abril o principios de mayo, hasta esa fecha fue cuando se vino a establecer la verdadera utilidad del ejercicio contable del año de 1961. Una vez obtenido este dato, se ordenó la segunda consignación de prestaciones. Debido a que los resultados definitivos no se obtuvieron sino en la fecha antes citada (es decir a fines de abril o principios de mayo) la declaración de renta no pudo ser presentada hasta el 15 de mayo de 1962, en lo que concierne al ejercicio del año anterior...".

Los hechos sobre que declara este testigo no conducen a la conclusión —evidente según el casacionista— de que la Sociedad tuvo la oportunidad y la facilidad de conocer lo debido por concepto de salario variable a la terminación del contrato. Todo lo contrario. De esos hechos lo que se infiere es que sólo a fines de abril o principios de mayo de 1962, pudo establecerse la verdadera utilidad del ejercicio contable correspondiente al año de 1961, y el contrato terminó el 15 de noviembre de ese año. Si no se conocían las utilidades, tampoco podía saberse el monto del porcentaje previsto como parte del salario. Y de que el perito hubiese averiguado el monto de las utilidades que obtuvo la empresa durante el lapso de servicios del demandante, basándose en los asientos de contabilidad, en los libros y demás comprobantes, no se desprende necesariamente que aquella lo conociera en el momento de terminación del contrato. Es una simple deducción del casacionista, en desacuerdo con las anteriores afirmaciones del testigo Peña Peña.

El ad-quem, en la motivación de su sentencia, no se refiere específicamente a la prueba señalada en el ataque como dejada de apreciar y esto podría interpretarse como un descuido en la estimación probatoria. Así lo entiende la censura. Sin embargo, tal hipótesis no conduce al éxito de la demanda, porque del análisis de esas probanzas, como ya se vió, no se desprende la existencia de los hechos que, a juicio del casacionista, desvirtúan los soportes de la sentencia que se impugna. De ahí que el cargo no prospere.

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.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TRABAJADORES COLOMBIANOS Y EXTRANJEROS

El artículo 74 del C. S. del T., en su numeral 2º dice que los trabajadores nacionales que desempeñen iguales funciones que los extranjeros, tienen derecho a exigir remuneración y condiciones iguales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. —

Bogotá, D. E., febrero seis de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández).

(Acta Nº 2).

Adelfo Enciso Lozano, por medio de apoderado, demandó a la sociedad Helicópteros Nacionales de Colombia Limitada "Helicol", domiciliada en Bogotá para el pago de salarios insolutos, reajustes de salario, horas extras, cesantía, primas de servicios y vacaciones, indemnizaciones por lucro cesante y mora y las costas del juicio.

La demanda presenta los siguientes hechos:

En virtud de contrato escrito de trabajo, Adelfo Enciso Lozano prestó sus servicios personales a Helicópteros de Colombia Limitada, desde el 1º de julio de 1957 hasta el 24 de julio de 1960, fecha en que fue despedido. Durante la vigencia del contrato, desempeñó distintos cargos, con diferentes remuneraciones, así: del 1º de julio al 31 de diciembre de 1957, como Jefe del Grupo de Mecánicos —Mecánico Maestro— con un salario de $ 930.00 mensuales; del 1º de enero al 31 de mayo de 1958, en el cargo de Jefe del Hangar de Barranquilla y una remuneración mensual de $ 1.300.00; del 1º de junio de 1958 al 30 de junio de 1959 en el mismo cargo y un sueldo mensual de $ 2.000.00; y del 1º de julio de 1959 al 24 de julio de 1960, como Mecánico del Grupo en el Taller de Soledad de Barranquilla, primero, y luego como Jefe de Base en Barrancabermeja, con sueldo de $ 2.300.00 y dos primas: una de $ 200.00 y otra de $ 280.00. Esta última por concepto de descanso compensatorio.

Durante todo el tiempo del contrato, estuvo colocado en condiciones de inferioridad respecto de los trabajadores extranjeros, no solo de los que desempeñaban iguales funciones, sino también de los de inferior categoría o que le eran subalternos, situación que se reflejaba en los salarios, puesto que cuando su sueldo fue de $ 930.00, a los mecánicos de nacionalidad extranjera (norteamericanos), subalternos suyos, se les pagaba un estipendio de $ U. S. 650.00, más una prima mensual de $ 500.00. Cuando devengó $ 1.300.00, a los demás jefes de sección, de nacionalidad extranjera, como Bert. Leinder Meller, Jefe de la Sección de Componentes Reparables, y Jim Lloyd, Jefe de Taller de Motores, percibirán $ U. S. 700.00 y prima de $ 500.00. Cuando su salario fue de $ 2.000.00, otros jefes de sección devengaban $ U. S. 800.00 y prima de $ 500.00, y en el período en que percibió $ 2.300.00 y primas de $ 280.00 y $ 200.00, los demás jefes, con iguales funciones y la misma categoría, devengaban $ U. S. 800.00 y dos primas de $ 500.00, una de ellas por concepto de descanso compensatorio.

Mientras estuvo vigente el contrato, Adelfo Enciso Lozano trabajó un promedio de seis horas extras, diurnas y nocturnas, en una jornada de las 6 a. m. a las 12 m. y de las 2 p. m. a las 10 p. m., las cuales no fueron remuneradas legalmente por la em-

presa, ni tenido en cuenta su valor en la liquidación de sus prestaciones sociales. El 23 de junio de 1960 fue suspendido de manera indefinida "mientras termina la investigación que hemos inciado con motivo de los hechos en que participó Ud. anoche". Y mediante carta de 4 de julio del mismo año, la sociedad le comunicó su decisión de suspenderlo por el lapso de 30 días contados del 24 de junio al 23 de julio de 1960. Le pagó los salarios correspondientes a la última semana del mes de junio, pero se los descontó al hacerle la liquidación de las prestaciones "en vista de que se le pagaron estando suspendido".

El 22 de julio de 1960 "Helicópteros Nacionales de Colombia Limitada" comunicó a Adelfo Enciso Lozano su voluntad de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo "a partir del 24 de julio del año en curso, de acuerdo con la cláusula segunda de dicho contrato", pero el pago de los 45 días de salario, por concepto de preaviso, sólo vino a realizarlo el 6 de agosto siguiente.

El mismo 6 de agosto, la Sociedad hizo una liquidación de las prestaciones sociales de Enciso y le pagó, por este concepto, la suma de $ 10.738.90, pero como tal liquidación se hizo de acuerdo con un salario muy inferior al que ha debido tomarse en cuenta, aquél manifestó su inconformidad y dejó a salvo su derecho de reclamar posteriormente.

En la cláusula tercera del contrato está previsto un término de 15 días, a partir de la fecha de su terminación, "para poner a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que llegare a adeudar" y, como consecuencia de la suspensión impuesta a Enciso, la sociedad le retuvo el sueldo correspondiente al período comprendido entre el 24 de junio y el 23 de julio de 1960.

En su contestación, la parte demandada manifiesta que el demandante fue contratado el 1º de julio de 1957 para el cargo de "Mecánico de Segunda Clase, Jefe de Grupo" y su contrato terminó el 24 de julio de 1960. Que devengó los diferentes salarios a que se refiere la demanda, pero la suma de $ 280.00 no la percibió por concepto de descanso compensatorio, sino como auxilio de transporte. Aceptó lo relativo al plazo para el pago de las prestaciones e indemnizaciones, niega los demás hechos y propone como excepciones, falta de causa o de título para pedir, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y pago.

El Juez Tercero del Trabajo de Bogotá, que conoció del negocio, absolvió a la Sociedad demandada de todos los cargos que le fueron formulados, y condenó en costas al demandante, quien, por medio de apoderado, apeló y el Tribunal Superior de Bogotá, en providencia del 13 de enero de 1964, confirmó la de primer grado y condenó en costas al apelante.

La parte actora interpuso el recurso de casación, el cual le fue concedido, y tramitado convenientemente en esta Sala, se va a decidir previo el estudio de la demanda presentada para sustentarlo, y del escrito de oposición.

El recurso.
Alcance de la impugnación.

Pretende que la sentencia recurrida sea casada totalmente en cuanto confirmó la de primer grado y que la Corte, como tribunal de instancia, revoque dicho proveído y, en su lugar, condene a la sociedad demandada al pago de salarios insolutos, y reajustes por los conceptos de salarios, horas extras, cesantía, primas de servicio, vacaciones; indemnización por lucro cesante, indemnización por mora y las costas del juicio.

Para el efecto, con apoyo en el ordinal 1º del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, formula cuatro cargos.

Primer cargo. - Dice que la sentencia violó indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 74, inciso 2º del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 22, 23, 127, 133 y 134 de la misma obra, a consecuencia de evidente

error de hecho en que incurrió el sentenciador al no apreciar unas pruebas y estimar equivocadamente otras, error que lo llevó a no dar por demostrado estándolo, que el demandante desempeñó funciones iguales a las de algunos trabajadores extranjeros que devengaban superior remuneración.

Como pruebas dejadas de apreciar, cita las siguientes:

Certificación del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil (fls. 109 y 110), Carta de ascenso (fl. 13), Carta de mayo 30 de 1960 (f. 14), Carta de junio 20 de 1960 (f. 15) y Dictamen pericial (fls. 147 a 150).

Y como mal estimadas, la inspección ocular (fl. 53 a 55, 69 a 73 y 74 a 78), las declaraciones de Carlos Guillermo Jiménez (fls. 83 a 86) y Rafael de la Hoz (fls. 40 a 47), y el contrato de trabajo (fls. 10 a 12).

Observa el casacionista que la certificación de Aeronáutica Civil prueba plenamente que Adelfo Enciso Lozano, durante la vigencia de su contrato, tuvo las calidades de Mecánico de Aeroplanos, Mecánico de Helicópteros e Inspector de Aviones y Motores. Y solamente uno de los mecánicos extranjeros remunerados en dólares. James Norden, tenía las mismas funciones.

Se refiere, luego, el impugnador, a las declaraciones de Rafael de la Hoz y Carlos Guillermo Jiménez, cuya ineficacia —dice— es notoria por hallarse en abierta contradicción con el certificado arriba mencionado. Sin embargo —agrega— el sentenciador no lo estimó así, les concedió mérito probatorio y negó que el demandante desempeñara funciones similares a las de los extranjeros.

Mediante la inspección ocular —continúa el cargo— se estableció que en los contratos con los mecánicos extranjeros "Helicol actuaba a nombre propio y a nombre de otras dos sociedades que también debían considerarse empleadoras, aunque solamente la primera asumía frente al trabajador la totalidad de las obligaciones laborales". Y como en el contrato con el demandante solamente figura "Helicópteros Nacionales de Colombia Limitada", el Tribunal, erróneamente, concluyó que esa diferencia justificaba las diversas remuneraciones.

En cambio, el fallador —prosigue la acusación— no consideró atentamente el escalafón adoptado por la empresa para el Departamento de Mantenimiento, presentado en la inspección ocular, ni estimó los documentos señalados en el cargo, de los cuales se desprende que el demandante desempeñó el cargo de Mecánico Jefe y que este empleo corresponde al que figura en el segundo lugar del escalafón, cuyas funciones eran de superior categoría a las de la mayoría de los mecánicos extranjeros.

Se considera:

El Tribunal dijo, en lo pertinente:

"...En el contrato de trabajo de folios 10 y siguientes, suscrito entre las partes, se convino que Adelfo Enciso se comprometía a prestar su capacidad normal de trabajo en el empleo u oficio de Mecánico de 2ª Clase —Jefe de Grupo—, en la ciudad de Barranquilla, pero con el compromiso de aceptar cualquier traslado temporal o permanente "que "Helicol" ordene a cualquiera de sus dependencias con la facultad que tiene la empresa de trasladar al personal por las necesidades del servicio".

"En el desempeño de este cargo, y con sueldos también diferentes "aumentos" el demandante estuvo hasta el 19 de junio de 1959, fecha en que recibió una nota de la empresa en la cual se le comunicaba que había sido ascendido al cargo de Mecánico Jefe de Grupo en el Taller del Aeropuerto de la Soledad en Barranquilla, con $ 2.300.00 mensuales y una prima mensual de $ 200.00. Al examinarse la hoja de vida de los trabajadores extranjeros y quienes, según la demanda, desempeñaron iguales funciones a las que tenía asignadas el demandante y aun llegaron a ser sus subalternos, se estableció lo siguiente:

"El señor M. C. Kauley Ramón Luthr ingresó a la empresa demandada con el

cargo de mecánico con una asignación de U. S. $ 300.00 mensuales y una prima de radicación de U. S. $ 260.00 "en atención a encontrarse prestando servicios en un país diferente al de su residencia habitual". Además en la cláusula 1ª del contrato de trabajo de este trabajador, se lee: "...Helicol obra en este contrato, no sólo en su propio nombre, sino a nombre, y representación de **Servicios Especiales de Helicópteros "Sercol Limitada" y Mantenimiento y Operación de Helicópteros "Mancol Limitada"**, sociedades de responsabilidad limitada domiciliadas en Bogotá, de **Manera que el trabajador tendrá la calidad de empleado de las tres sociedades.** Sin embargo Helicol responderá ante el trabajador por todos los pagos, obligaciones laborales o de cualquier índole que correspondan a las tres sociedades a favor de este, así como por las prestaciones sociales, primas, etc., de manera que el trabajador no tendrá que entenderse sino con Helicol para todos los cobros, reclamaciones y prestaciones que puedan derivarse del presente contrato...". Esta misma cláusula aparece pactada en los contratos celebrados entre los trabajadores extranjeros Erik G. Stevenson y Eugene O. Lloyd quienes se comprometieron a prestar su capacidad normal de trabajo en el empleo u oficio de mecánicos. En cambio en el contrato del demandante éste se comprometió a prestar sus servicios únicamente para Helicol. De otro lado, se demostró, especialmente con la declaración de Guillermo Jiménez Romero, folios 83 y siguientes, quien intervino "en la contratación y fijación de remuneración para el personal de mecánicos extranjeros al servicio de "Helicol" y quien denota a lo largo de su exposición, conocimiento personal y suficiente de los hechos, que la empresa Helicol en los años de 1955 o 1956 necesitó de algunos aprendices o ayudantes y en tal virtud hubo de solicitarle a la empresa Avianca que enviara en comisión a un grupo de 3 o 4 mecánicos de 2ª categoría para darles entrenamiento en la mecánica de helicópteros. En ese grupo fue enviado el demandante Adelfo Enciso, quien posteriormente fue contratado ya directamente por Helicol, como mecánico de 2ª clase, y después de recibir el entrenamiento necesario de los mecánicos extranjeros, entre otros de los señores Hames Norden, Harbert Lazaros y Harold Russel, pues era imposible, en ese entonces, "designar instructores de nacionalidad colombiana porque ni en Helicol ni en Avianca habían (sic) mecánicos de helicópteros o con conocimientos suficientes en ese ramo que los capacitaran para dar tal instrucción. Por tanto necesariamente el entrenamiento lo recibieron de personal extranjero". Relata este testigo, además, que el demandante jamás tuvo como subalternos a mecánicos extranjeros y que las funciones desempeñadas por estos no podían ser iguales a las de Enciso quien era simplemente un mecánico de 2ª clase, quien tuvo que recibir entrenamiento, mientras que el personal extranjero se contrataba sobre la base de una amplia versación y experiencia en la mecánica de helicópteros y por lo tanto los sueldos no podían ser equivalentes o iguales a los del actor. Agrega que al elaborar el escalafón para los mecánicos "se tuvo en consideración la experiencia de cada uno de ellos y su capacidad para el desempeño de las funciones que en dicho escalafón se le señalaban". Afirma que Enciso Lozano fue seleccionado entre el grupo de los mecánicos que debía recibir entrenamiento en la mecánica de helicópteros, para que sirviera como Jefe de ellos y a la vez de enlace o de coordinador entre el personal de mecánicos expertos y los que estaban en entrenamiento, categoría esta última a la cual pertenecía Enciso".

"Otro testigo, Rafael de la Hoz quien desempeña el cargo de auxiliar de Gerencia de la sociedad demandada, fue enfático en afirmar que el demandante no tuvo como subalternos a personal extranjero ni desempeñó las mismas funciones que este último".

"Es procedente hacer notar también, que en la diligencia de inspección ocular se examinaron las hojas de vida o tarjetas en las cuales se lleva la relación correspondiente

a los cargos, sueldos y aumentos desempeñados por trabajadores colombianos y se examino también el escalafón aprobado por la Junta Directiva de la empresa y que aparece en el libro de actas registrado en la Cámara de Comercio, en el cual consta que a cada trabajador se le asignan las funciones respectivas distinguiéndolas específicamente en la clase A o la clase B, ayudantes de 1ª de 2ª, aprendices, Jefes, etc., con los sueldos que a cada uno corresponde. Sin embargo, la Sala se abstiene de hacer comentario alguno con relación a los salarios que se le señalaron al personal de trabajadores colombianos, porque ya se vio que en la demanda se afirma que el actor estuvo colocado en condiciones desventajosas con respecto a los trabajadores de nacionalidad extranjera, sin que se hubiera incluído a ningún colombiano entre los nombres a que se contrae el hecho 3º de la misma".

"Demostrado como está, del examen detenido que la Sala ha efectuado sobre las probanzas, que los trabajadores extranjeros de la sociedad demandada no sólo le dieron entrenamiento al demandante, para que pudiera desempeñar el cargo de mecánico de helicópteros, sino que además se comprometieron, por virtud de contratos escritos de trabajo, a desempeñar el cargo de mecánicos para tres sociedades diferentes, sin que en ningún momento hubieran sido subalternos del demandante, se llega a la conclusión de que este no demostró los requisitos exigidos por el ya citado art. 74 del C. S. del T. para que pudiera tener derecho a percibir la misma remuneración que devengaba el personal extranjero que se relaciona en la demanda".

Para la Sala, estas consideraciones del ad-quem no obedecen, como lo entiende el casacionista, a falta de apreciación y equivocada estimación de las pruebas señaladas en la censura, ya que de estos elementos de juicio no se desprende la igualdad de funciones que contempla el artículo 74, ordinal 2º del C. S. T. para que un trabajador nacional pueda exigir remuneración y condiciones iguales a las de los extranjeros que presten sus servicios simultáneamente en la misma empresa. Ni los documentos mencionados en el cargo, ni el dictamen pericial hacen referencia a ese hecho. Y los testigos Carlos Guillermo Jiménez y Rafael de la Hoz declaran en el sentido de que esa igualdad no existió en el caso de autos. Jiménez, en algunos apartes de su testimonio, dice:

"... Sí conozco al señor Adelfo Enciso, pues fue empleado de Helicol durante varios años. En el segundo semestre de mil novecientos cincuenta y cinco o primer semestre de mil novecientos cincuenta y seis la empresa Helicol necesitaba de algunos aprendices o ayudantes y pedimos a la empresa Avianca que nos enviara en comisión a un grupo de tres o cuatro mecánicos de segunda categoría para darles entrenamiento en mecánica de helicópteros. Entre esos tres o cuatro mecánicos de segunda clase fue enviado el señor Adelfo Enciso. Posteriormente fue contratado directamente por Helicol. Cuando digo que nos enviaron, quiero significar que mandaron esos mecánicos a Helicol, empresa de la cual, desde su fundación soy Asistente del Gerente. Preguntado: Sírvase decirnos cuánto tiempo hace que conoce al señor Adelfo Enciso? Contestó: Como dije en mi respuesta ese conocimiento data desde la época en que el señor Adelfo Enciso fue enviado en comisión, por Avianca, a Helicol, para que recibiera entrenamiento en mecánica de helicópteros. Preguntado: Sírvase decirnos para qué cargo fue contratado el señor Adelfo Enciso por la empresa Helicol S. A.? Contestó: Como he explicado atrás una vez hecho algún entrenamiento, Helicol contrató al señor Enciso como Mecánico de Segunda Clase. Esto debió ocurrir, si mal no recuerdo en el año de 1957. Preguntado: Sírvase decirnos si entre las funciones de Mecánico de segunda clase que desempeñó el señor Adelto Enciso tuvo como subalternos trabajadores de la misma empresa de nacionalidad extranjera especialmente norteamericanos con remuneración mayor a la devengada por el señor Enciso? Contestó: Por haber intervenido en la contratación y fijación de remuneración para el personal de Mecánicos extranjeros al servicio de Helicol se y me consta que jamás tuvo el señor Enciso como subalternos de

él a Mecánicos o personal extranjero, o que tuvieran mayor remuneración que la de él. Preguntado: Sírvase decirnos si las funciones desempeñadas dentro de la empresa por el personal extranjero eran iguales a las desempeñadas por el señor Adelfo Enciso y si los sueldos eran equivalentes o nó? Contestó: Las funciones desempeñadas por el personal extranjero y por el señor Enciso dentro de Helicol no podían ser iguales ya que el Sr. Enciso era simplemente un mecánico de segunda clase, que apenas estaba recibiendo entrenamientos en helicópteros y en cambio el personal de mecánicos extranjeros eran contratados sobre la base de una amplia versación y experiencia como Mecánicos de Helicópteros, por tanto los sueldos no podían ser equivalentes o iguales".

Y de la Hoz, expresa: "Preguntado: Sírvase decirnos si dentro de las funciones de mecánico Jefe de Grupo de los talleres de Soledad, el señor Adelfo Enciso tuvo como subalternos a personal extranjero con remuneración mayor a la devengada por éste? "Contesta: "No, dentro de su categoría como jefe mecánico de talleres —Jefe de Grupo— no tuvo como subalternos extranjeros, ni con remuneración mayor a la devengada por Enciso". (4) Preguntado: "Sírvase decirnos si por el conocimiento que tiene de la compañía y de sus trabajadores personal (sic) extranjero ejerció las mismas funciones que el señor Adelfo Enciso y devengó sumas mayores a las recibidas por éste? "Contesta: "No".

Por otra parte, en los contratos celebrados con los trabajadores extranjeros, estos se comprometen a prestar sus servicios no sólo a Helicol, como lo hizo el demandante, sino también a Sercol Limitada, y Mancol Limitada asumiendo así la calidad de empleado de las tres sociedades, auncuando la primera responde por todas las obligaciones de carácter laboral que puedan originarse por razón de los servicios prestados a ella y a las demás. No podía entonces, el actor desempeñar iguales funciones que los extranjeros, como lo afirma en su demanda para exigir remuneración y condiciones iguales. No incurrió el sentenciador en el evidente error de hecho que se le atribuye. Por tanto, el cargo no prospera.

Segundo cargo. - La sentencia violó indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 127, 133, 134, 22, 23, 111, 114, 115 y 74, inciso segundo, de la misma obra, a consecuencia de evidente error de hecho en la apreciación de las pruebas, consistente en no dar por demostrado, estándolo, que el demandante fue sancionado por la demandada con la pena de la suspensión de un mes, en forma ilegal.

Afirma el impugnador que se dejó de apreciar la contestación de la demanda (fs. 24 a 26), y se apreciaron mal, la demanda (fls. 2 a 9), la comunicación de junio 23 de 1960 (fls. 16), la liquidación de prestaciones (fs. 19 a 20), la declaración de Rafael de la Hoz (fls. 40 a 47) y la comunicación de 4 de julio de 1960 (f. 17).

Por haber interpretado mal la demanda e ignorado la contestación, —dice el acusador—, el ad-quem afirma que el demandado no tuvo oportunidad de aceptar o de negar el cargo, lo que implica un evidente error, porque en el libelo se expusieron por separado los fundamentos de hecho y de derecho, y en la respuesta se negó el hecho relativo a la sanción.

Además, —continúa el cargo— la consideración de la sentencia en el sentido de que el demandante ha debido demostrar la violación del reglamento interno de la empresa, supone una errada interpretación de la demanda, en la cual no se invoca violación del reglamento sino de la ley que establece requisitos mínimos para la aplicación de sanciones.

En cuanto al otro motivo de ilegalidad de la sanción, de haber excedido de ocho días —concluye el ataque— la sentencia habla sobre la existencia de declaraciones en el sentido de que el demandante era reincidente, cuando solamente el testigo Rafael de la Hoz hace tal aseveración, sin suficiente conocimiento de los hechos, puesto que según él, conoció las anteriores sus-

pensiones por los datos que encontró en los archivos, los cuales no obran en el proceso.

Se considera:

El ad-quem, para decidir lo relativo a salarios insolutos, dice:

"Este hecho en cuanto dice que el actor fue suspendido por tiempo indefinido, lo negó la empresa y alegó que con fecha 4 de julio de 1960 se le notificó la suspensión, como sanción, durante 30 días y por reincidencia. Sobre el particular existen declaraciones en el informativo que vienen a demostrar que sí fue cierto que la demandada se vió obligada a suspender al actor por causa de embriaguez y en virtud de que en otras oportunidades había incurrido en la misma falta. La circunstancia observada por el Juez cuando dice que en la demanda se sostiene, después de hacerse la relación de los hechos sustentatorios de las súplicas, en forma aislada, y como a manera de alegación, que la empresa al imponer a Enciso la sanción disciplinaria durante un mes, debe pagarle la remuneración correspondiente a este lapso en virtud de que violó el art. 115 del C. S. del T., por no haberle dado oportunidad de ser oído al trabajador, por lo cual le ha retenido en forma ilegal esos salarios, es cuestión que no tiene asidero alguno en los autos, puesto que le correspondía al actor demostrar que la empresa violó el reglamento interno de trabajo al imponerle la sanción. De otro lado, como lo dice el a-quo, por no haberse incluído esta afirmación dentro de los hechos que en forma taxativa aparecen relacionados en la demanda, no le dió oportunidad al patrono de pronunciarse en sentido afirmativo o negativo sobre este último punto, como para que pudiera, si lo consideraba necesario, aducir pruebas sobre el particular. No apareciendo, como acaba de verse, que la petición sobre salarios insolutos correspondientes a un mes de suspensión tenga soporte jurídico ni probatorio alguno, debe concluírse al igual que lo hizo el a-quo, impartiendo la absolución a la parte demandada".

En verdad, el hecho planteado en la demanda primitiva y negando en la contestación correspondiente, tal como lo advierte el Tribunal, fue el de una suspensión disciplinaria en forma indefinida. Situación que luego fue clarificada en el debate con la carta de 4 de julio de 1960, enviada a Adelfo Enciso por el Gerente de la Sociedad, y con la declaración de Rafael de la Hoz, elementos de los cuales se desprende que dicha suspensión fue de 30 días por tratarse de un caso de reincidencia. No halla la Corte el evidente error de hecho a que alude la censura. El ataque, por tanto, no prospera.

Tercer cargo. - Acusa por infracción directa del artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 13, 14, 15, 47, 64 y 65 del mismo estatuto.

Comenta el acusador, en la demostración de este cargo, que el ad-quem no accede al reconocimiento de lucro cesante, porque "...las cláusulas que los patronos y trabajadores acostumbran pactar en los contratos individuales de trabajo en el sentido de que los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se llegaren a adeudar se pagarán dentro de un término prudencial que casi nunca sobrepasa quince (15) días son de común ocurrencia y el hecho es que las partes de común acuerdo aceptaron dicho plazo para que se llevara a cabo el pago de las prestaciones, salarios e indemnizaciones que hubieran podido causarse hasta la terminación del contrato. Además, la misma ley las faculta para establecer esos plazos, como se desprende del contenido del artículo 65 del C. S. del T.".

Prosigue el casacionista expresando su conformidad con el anterior planteamiento del Tribunal, en cuanto declara que esa norma convencional es lícita y apta para producir efectos jurídicos en ciertas situaciones. Pero sostiene que es otro el caso de autos, porque si el sentenciador admite, como hechos demostrados, que entre Helicol y Adelfo Enciso Lozano existió un contrato de trabajo de duración indeterminada; que el patrono lo dió por terminado

unilateralmente en ejercicio de la cláusula de reserva, y que la empresa canceló los salarios y prestaciones con posterioridad a la fecha de terminación del vínculo, ha debido concluír en la ilegalidad de esa determinación, condenando al pago de la indemnización correspondiente. Al no hacerlo así, violó las disposiciones señaladas en el cargo.

La Sala considera:

Relata este cargo, que a juicio del Tribunal la Sociedad usó correctamente la facultad estipulada en la cláusula de reserva, auncuando el pago del preaviso y el de las prestaciones y salarios se hizo con posterioridad a la terminación del contrato, debido a que ello tuvo lugar dentro del plazo de quince días convenido por las partes para satisfacer las obligaciones laborales que pudieran causarse. Criterio que no admite la acusación, expresando que el caso debatido, referente al ejercicio de la cláusula de reserva, no puede entenderse regulado por aquella estipulación contractual. Es decir, que el impugnador plantea una cuestión de hecho, como es la interpretación de dicha norma convencional, estudio que no es posible verificar dentro del concepto de infracción directa de la ley, que excluye toda consideración sobre la prueba. El cargo, por lo mismo, es inadmisible.

Cuarto cargo. - Acusa la sentencia, subsidiariamente, de violación indirecta, por aplicación indebida, de las mismas normas a que se refiere el cargo anterior, a consecuencia de evidente error de hecho en la apreciación de la carta de terminación del contrato (fl. 18); del boletín de liquidación y pago de salarios y prestaciones (fls. 19 y 20) y del contrato de trabajo (fls. 10 a 12), que condujo al sentenciador a no dar por demostrado, estándolo, que la demandada terminó ilegalmente el contrato celebrado con el demandante.

Afirma que el Tribunal justifica el pago posterior de los derechos del demandante, con apoyo en la cláusula tercera del contrato, conforme a la cual. el patrono goza de un término de quince días a partir de la terminación, para cancelar sus obligaciones, y que es visible el error del sentenciador "al aplicar la mentada cláusula a una situación que las partes no previeron como regulada por ella, y que no podían prever sin violar ostensiblemente la ley".

En efecto —continúa la censura— es lícito el acuerdo mediante el cual las partes convienen un plazo de gracia para la cancelación de las obligaciones vigentes a la terminación del contrato de trabajo, pero sólo para los fines del art. 65 del C. S. T., que implícitamente lo autoriza. No como lo entiende el Tribunal al considerar que con un acuerdo de esa naturaleza se puede modificar sustancialmente, en perjuicio del trabajador, un instituto como el de la cláusula de reserva.

Se considera:

El **ad-quem**, dijo en lo pertinente:

"Finalmente no se accede a la condena por lucro cesante basada en que los 45 días de preaviso de que trata la cláusula de reserva pactada por las partes, y las prestaciones sociales causadas solamente se le pagaron al demandante 15 días después de terminado el contrato, por lo cual se violó o se le dió un empleo ilegal a dicha cláusula de reserva. La Sala no está de acuerdo en la pretensión del actor porque las cláusulas que los patronos y trabajadores acostumbran pactar en los contratos individuales de trabajo en el sentido de que los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se llegaren a adeudar se pagarán dentro de un término prudencial que casi nunca sobrepasa 15 días son de común ocurrencia y el hecho es que las partes de común acuerdo aceptaron dicho plazo para que se llevara a cabo el pago de las prestaciones, salarios e indemnizaciones que hubieren podido causarse hasta la terminación del contrato. Además la misma ley las faculta para establecer esos plazos, como se desprende del contenido del art. 65 del C. S. del T.".

Y el contrato de trabajo celebrado entre Helicol y Adelfo Enciso, reza en su cláusula tercera:

"Tercera. - Dado que Helicol tiene ofici-

nas y dependencias en distintos lugares del país, igualmente queda expresamente convenido entre las partes que, sin perjuicio de que el presente Contrato quede terminado, de conformidad con lo ya expresado en la cláusula Segunda, Helicol dispondrá de un término hasta de quince (15) días contados a partir de la fecha de terminación para poner a disposición del Trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le llegare a adeudar por causa del Contrato de Trabajo, salvo las retenciones autorizadas por la Ley, la convención, el Trabajador o el Reglamento de Trabajo; si no hubiere acuerdo respecto al monto de tal deuda, bastará con que Helicol entregue o consigne la cuantía que confesare deber mientras la justicia del Trabajo decide la controversia, todo como ya se ha dicho, sin perjuicio de que el presente Contrato de Trabajo quede terminado".

Por la lectura de la convención anterior, se comprende que las partes, al consagrar el plazo a que ella se refiere, quisieron hacerlo extensivo al cumplimiento de la obligación prevista en el art. 48 del C. S. T. para el correcto ejercicio de la cláusula de reserva, puesto que a este antecedente alude la disposición 2ª del contrato. Por eso, desde el punto de vista de la voluntad de las partes, es admisible el alcance que el fallador le concede. Pero a juicio del impugnador tal acuerdo de voluntades viola ostensiblemente la ley, porque modifica sustancialmente, en perjuicio de los intereses del trabajador, una institución como la de la cláusula de reserva, al suprimir los requisitos referentes al pago previo de los salarios y prestaciones. Sin embargo, no señala la censura el estatuto legal que pueda servir de apoyo a la consideración de que esa norma convencional es ineficaz para regular el presente caso, y que, por tanto, al darle validez, el Tribunal incurrió en el error ostensible de hecho que se le atribuye. La proposición jurídica es incompleta y el cargo, de consiguiente, resulta inadmisible.

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 de la parte recurrente.

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

Los Magistrados:

José Enrique Arboleda V., J. Cróstatas Londoño C., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

UNIDAD DE EMPRESA

La Empresa es un fenómeno económico, que si considerada desde un punto de vista subjetivo representa la actividad continuada de un empresario en su negocio, mirada objetivamente es una entidad real, que no requiere de la persistencia de un sólo dueño para que permanezca la misma, en cuanto no varíen los objetivos de su actividad económica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., febrero seis de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta Nº 3).

Moisés Ponce Lozano instauró demanda ante el Juzgado Laboral Municipal de Santa Marta contra la Compañía Frutera de Sevilla con el fin de que fuese condenada a pagarle pensión mensual vitalicia de jubilación y auxilio de cesantía por tiempo excedente de los veinte años de servicio, con base en los hechos que a continuación se copian:

"1. La Compañía Frutera de Sevilla sustituyó a la Magdalena Fruit Company y ésta a la United Fruit Company en forma tal, que a través de estas sustituciones se conservó la identidad del establecimiento, es decir, que éste no sufrió variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.

"2. La Compañía Frutera de Sevilla, o sea la entidad demandada, la Magdalena Fruit Company y la United Fruit Company constituyen una sola empresa, o más claramente, son la misma empresa.

"3. La Compañía Frutera de Sevilla tiene un capital mayor de un millón de pesos ($ 1.000.000,00).

"4. Mi poderdante Moisés Ponce Lozano es mayor de cincuenta y cinco (55) años de edad.

"5. Mi poderdante prestó los siguientes servicios:

"a) A la United Fruit Company, del 15 de marzo de 1920 hasta el 31 de diciembre del mismo año, o sean, nueve meses y quince días.

"b) A la United Fruit Company y a la Magdalena Fruit Company desde el 14 de enero de 1926 hasta el 31 de agosto de 1945, sin solución de continuidad. Este tiempo de servicio fue de 19 años, 7 meses y 18 días.

"6. En total mi poderdante sirvió a la United Fruit Company y a la Magdalena Fruit Company durante veinte (20) años, cinco (5) meses y tres (3) días.

"7. El último salario devengado por mi poderdante como empleado de la Magdalena Fruit Company es de doscientos veinticinco (US $ 225.00) dólares de los Estados Unidos de América, más de cien ($ 100.00) pesos mensuales que recibía mi poderdante para gastos de representación como Secretario de la Gerencia, de la Magdalena Fruit Company, además de casa de habitación en El Prado de esta ciudad, luz, agua y servicio doméstico, lo que estimo en mil pesos ($ 1.000.00) mensuales".

La demandada descorrió el traslado del

libelo respectivo aceptando unos hechos y negando otros, especialmente los relacionados con la unidad de empresa, y presentó las excepciones de prescripción, así del auxilio de cesantía, como de la pensión jubilatoria, y la de pago, con base en un paz y salvo de sus prestaciones sociales, firmado por el demandante en favor de la Magdalena Fruit Company, al retirarse de ésta el 31 de agosto de 1945.

El Juzgado del conocimiento desató el litigio con sentencia de 31 de enero de 1969, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"Primero. - Condénase a la Compañía Frutera de Sevilla, a pagar al señor Moisés Ponce Lozano, una pensión general de jubilación, así:

"De quinientos cincuenta y ocho pesos ($ 558.00) mensuales, desde el día veintiseis (26) de enero de mil novecientos sesenta y siete (1967).

"De setecientos ochenta y un pesos 20/100 ($ 781.20) mensuales, a partir del veintitres (23) de septiembre de mil novecientos sesenta y siete (1967), inclusive.

"Segundo. - Declárase que para que el señor Moisés Ponce Lozano, pueda disfrutar de la pensión de jubilación que a su favor se decreta, debe devolver a la Compañía Frutera de Sevilla, la suma de ocho mil cuatrocientos treinta y tres pesos 95/100 ($ 8.433.95), suma recibida por concepto de cesantía. Sin embargo, esta declaración es sin perjuicio que se tenga como devuelta la suma que resulte ganada, por concepto de jubilación desde el día veintiseis (26) de enero de mil novecientos sesenta y cinco (1965).

"Tercero. - Absuélvese a la Compañía Frutera de Sevilla, por el extremo segundo de la demanda, relativo al pago del excedente de cesantía.

"Cuarto. - Decláranse prescritas las mesadas que a favor del demandante se hicieron exigibles con anterioridad al veinticinco (25) de enero de mil novecientos sesenta y cinco (1965), inclusive.

"Quinto. - Condénase en costas a la Compañía Frutera de Sevilla".

Apelada esta sentencia por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta resolvió la alzada en la suya de 18 de junio del mismo año, determinando:

"Primero. - Modifícase la sentencia apelada así: Condénase a la Compañía Frutera de Sevilla, a pagar al señor Moisés Ponce Lozano, una pensión general de jubilación, en dólares moneda americana, por valor de ciento cincuenta dólares U. S. ($ 150.00), a partir del veintiseis (26) de enero de mil novecientos sesenta y cinco (1965); y

"ORDENASE la devolución de la suma recibida por Moisés Ponce Lozano por concepto de cesantía a la terminación de su contrato de trabajo con la entidad demandada; ésta devolución se hará imputándose a las mesadas pensionales pendientes, pero sin sobrepasar el 4 de septiembre de 1965, es decir que hasta esa fecha se le descontará.

"Segundo. - Confírmase la sentencia apelada en lo demás.

"Tercero. - Con costas".

La sociedad condenada, mediante apoderado, y sin oposición del demandante, recurrió en Casación ante esta Sala, a la que le solicita en la respectiva demanda que invalide totalmente la del Tribunal Superior de Santa Marta "y, en función de instancia, revoque la del a-quo y, en su lugar, absuelva a mi mandante".

Para conseguir este fin formula los cargos que se estudian a continuación:

"Primer cargo. - Aplicación indebida del artículo 14, literal c) de la Ley 6ª de 1945 y de los arts. 154, 194 y 260 del CST., en relación con los artículos 30 de la Constitución, 75 de la misma ley 6ª y 16 del Código

Laboral, que se dejaron de aplicar".

Dos argumentos esgrime para sustentar la acusación anterior: el primero dice relación a la tesis abstracta sobre la llamada unidad de empresa, tal como la ha expresado la jurisprudencia del antiguo Tribunal Supremo del Trabajo y de esta Sala y que el casacionista no comparte, según lo que se transcribirá en seguida, y, en el segundo, ataca la sentencia por haber condenado al pago de la pensión de jubilación a la Compañía Frutera de Sevilla, siendo así que el demandante no trabajó un solo día para ella.

Respecto de lo primero, dice de esta manera el impugnante:

"Conforme al art. 14, literal c), de la Ley 6ª de 1945, "la empresa que hubiera recibido los servicios, "continuos o discontinuos", del trabajador por veinte años o más, debía jubilarlo cuando cumpliera 50 años de edad.

"La empresa" significaba entonces no un local, no una finca, no un almacén, no una organización, porque las cosas no eran sujetos de derecho, sino "el empresario, el patrono, vale decir la persona natural o jurídica propietaria del establecimiento, finca o negocio. Y no otra persona distinta.

"Inclusive el Código de 1950, que entró a regir mucho después de la desvinculación de Ponce Lozano de la Magdalena Fruit Co., al definir por primera vez la empresa (art. 194) reiteró el carácter personal del titular de las obligaciones laborales de ésta cuando requirió su dependencia "de una misma persona natural o jurídica".

"Es verdad que el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en reiterada jurisprudencia que todavía aguarda su rectificación por la Sala Laboral de la Corte, optó por trasladar a nuestro derecho novelerías de algunos comentaristas extranjeros que no tropezaron, para su teoría "patrimonialista", con los obstáculos que la tradición romanista, española y napoleónica y los textos inequívocos de nuestra legislación positiva erigen aquí para aceptar de buen grado que las cosas, independientemente de sus propietarios, puedan reputarse sujetos de facultades y deberes. Atrayente, pero injurídico". Con relación a lo segundo, arguye en la sgte. forma "Sin embargo, hasta ahora todos los beneficiarios de dicha teoría patrimonialista habían trabajado siquiera un día con la Cía. Frutera de Sevilla, y el resto del tiempo con sus antecesoras en el negocio de bananos del Magdalena. El presente caso es más estrambótico: Se condena a la Cía. Frutera de Sevila a pensionar a un caballero que jamás fue empleado suyo, por servicios prestados antes de 1945 a otras sociedades distintas. Para lo cual el Tribunal de Santa Marta tiene que invocar las normas sobre unidad de empresa del Código de 1950 y aplicarlas a una relación laboral extinguida en 1945...

"Con lo cual se infringe, por falta de aplicación el art. 30 de la Carta, que garantiza la invulnerabilidad de los derechos adquiridos por mi mandante frente a las leyes posteriores, y aun los desarrollos laborales de esa norma, en el art. 75 de la Ley 6ª de 1945 y en el art. 16 del propio Código Sustantivo del Trabajo, que reiteran el principio de la irretroactividad de la ley, para aplicar, en cambio, no siendo pertinentes, por dirigirse contra una persona extraña a las respectivas relaciones de trabajo, los arts. 14, literal c), de la Lev 6ª de 1945, 194 del mencionado Código, sobre unidad de empresa, y 67, 68 y 69 del mismo, sobre sustitución de patronos, en relación con el 260 ibidem, cuando habla de "una misma empresa".

Para resolver la Sala considera:

La doctrina del Tribunal Supremo del Trabajo y las numerosas de esta Sala de Casación de la Corte sobre unidad de empresa no son "traslado a nuestro derecho de novelerías de algunos comentaristas extranjeros, que no tropezaron, para su teoría 'patrimonialista' con los obstáculos que la tradición romanista, española y napoleónica y los textos inequívocos de nuestra legislación positiva erigen aquí para aceptar de buen grado que las cosas, independientemente de sus propietarios, puedan re-

putarse sujetos de facultades y deberes", puesto que esa tradición que invoca el casacionista no es posible aplicarla al derecho laboral, ajeno a las instituciones antiguas, e influído por fenómenos económicos desconocidos entonces y que rigen hoy la organización del trabajo.

Uno de éstos es la empresa, que si considerada desde un punto de vista subjetivo representa la actividad continuada de un empresario en su negocio, mirada objetivamente es una entidad real, que no requiere de la persistencia de un sólo dueño para que permanezca la misma, en cuanto no varíen los objetivos de su actividad económica.

Esta tesis, sostenida en las jurisprudencias reiteradas de aquel Tribunal y de esta Sala, no sólo dicen relación al artículo 194 del C. S. del T., que definió por primera vez el concepto de "empresa" en nuestro derecho, sino a normas más antiguas, como aparece en la Resolución número 45 de 26 de marzo de 1936 en que el Ministerio del Trabajo, analizando el artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, sobre pensión de jubilación para trabajadores ferroviarios, sostiene:

"No es aceptable que una empresa que no ha cambiado en sus elementos materiales de explotación deje de ser la misma por el hecho de cambiar de dueño. Lo que el artículo 1º que se viene citando quiso establecer fue que para obtener el derecho a la pensión es indiferente que al cumplirse los veinte años de servicio, y en consecuencia con los demás requisitos legales, la empresa haya tenido o no distintos caracteres; lo que importa es que objetivamente sea la misma (Legislación del Trabajo. - Barón Serrano. - 1944. - pág. 675).

Vese, pues, cómo este concepto de unidad de empresa constituye acervo doctrinario de nuestro derecho laboral desde antes de la expedición de la Ley 6ª de 1945 y del Código del Trabajo de 1950 y, por tanto, al tenerlo en cuenta el tribunal para resolver el caso sub lite no aplicó indebidamente el literal c) del artículo 14 de aquella ley.

No es exacto tampoco que el artículo 194 del C. S. del T. "al definir por primera vez la empresa reiteró el carácter personal del titular de las obligaciones laborales de ésta, cuando requirió su dependencia 'de una misma persona jurídica' "; pues dicha norma consta de dos miembros claramente separados por la conjunción disyuntiva "o", que regulan dos fenómenos jurídicos diferentes, y la aludida dependencia se refiere al segundo y no al primer miembro de ella, como fácilmente aparece con la lectura atenta del precepto, que reza:

"Para los efectos de este Código se entiende por empresa toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que corresponden a actividades económicas similares, conexas o complementarias, y tengan trabajadores a su servicio".

El segundo argumento (de que arriba se hizo mérito) tendría cabida si nos encontráramos en el caso de una sustitución patronal, para cuya existencia ha reiterado esta Sala que se requieren cambio de patrono, permanencia de la empresa y continuidad de la prestación del servicio al patrono sustituto; pero en el evento sub judice se trata de una misma empresa, aún cuando con tres denominaciones distintas, y así el servicio cumplido por 20 años en las dos primeras implica haberlo prestado también a la última. Lo que ocurre es que el casacionista no acepta este hecho y de allí que afirme: "Se condena a la Compañía Frutera de Sevilla a pensionar a un caballero que jamás fue empleado suyo, por servicios prestados antes de 1945 a otras sociedades distintas", con lo cual plantea una cuestión fáctica, que implica un error de hecho, a pesar de lo cual el cargo no fue formulado por este concepto. (Lo subrayado es de la Sala).

Radica también aquí la ineficacia del ataque, ya que si el Tribunal hizo hincapié en el aspecto jurídico de la unidad de empresa a la luz de las doctrinas de esta Sala, estudió a espacio la cuestión probatoria y luego de examinar la contestación al hecho quinto de la demanda, el certificado de paz y salvo presentado por la compañía deman-

dada (y que fue otorgado por el demandante a la Magdalena Fruit Company) y los testimonios de Agustín Correa y Abraham Correa, concluye diciendo que "en el expediente hay prueba directa constituida por los testimonios de los señores Correas, de que la United Fruit Company, La Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla se han sustituído unas a otras y que a través de su existencia han conservado el mismo giro de negocios y actividades, tales como la producción y exportación de banano y la ganadería. Como prueba indirecta encuentra la Sala la confesión que hace la Compañía Frutera de Sevilla sobre el tiempo servido por Moisés Ponce a la United Fruit Company y a la Magdalena Fruit Company; la constancia expedida por la misma y que obra al folio 5 del expediente, sobre el mismo asunto, y finalmente, el finiquito que el actor otorgó a la Magdalena Fruit Company al terminar sus labores, en poder de la Compañía Frutera de Sevilla y presentado en este juicio".

De estos supuestos de hecho deduce que "la United Fruit Company, La Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla constituyen una misma empresa, y sabido que el actor cumplió los requisitos de tiempo de servicio y de edad, el reclamo sobre pensión de jubilación sí tiene una causa y, por lo tanto origina obligaciones a cargo de la empresa que se benefició con sus servicios; en el caso concreto le corresponde a la Compañía Frutera de Sevilla responder de ella, en razón de ser la persona jurídica que con las anteriores, United Fruit Co. y Magdalena Fruit Co., han explotado la misma empresa".

No habiendo, pues, acuerdo entre el casacionista y el sentenciador sobre la cuestión de hecho, según se deduce sin dificultad de las transcripciones que acaban de hacerse, es obvio que el cargo debió comprender esta cuestión, básica para la aplicación de las tesis jurídicas que aquel impugna.

En consecuencia, no prospera.

El segundo cargo es del tenor siguiente:

"Apliccaión indebida del artículo 14, literal c), de la Ley 6ª de 1945, como consecuencia de la falta de apliccaión de los artículos 2535 y 2536 del C. C.; 1º de la Ley 50 de 1936; 151 del C. de P. L. y 488 del C. S. del T.".

La sustentación de este cargo es como sigue:

"Extinguido el vínculo laboral de Ponce Lozano con la Magdalena Fruit Co. el 31 de agosto de 1945 y notificada su demanda judicial de la pensión de jubilación a un tercero, la Cía. Frutera de Sevilla, el 26 de enero de 1968, es incuestionable que la acción para reclamar tal pensión se halla prescrita.

"La imprescriptibilidad de la acción jubilatoria mientras viva el titular, es otro invento del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, recogido de instituciones extranjeras y conservado sin mayor examen por la H. Corte, pero que repugna a la legislación positiva colombiana. Porque los arts. 2535 y 2536 del C. C., sobre prescripción de acciones, no hicieron ninguna salvedad, como tampoco la Ley 50 de 1936 al nivelar todas las prescripciones anteriores, inclusive la treintenaria de la jubilación oficial, a veinte años. Ni exceptuaron la jubilación el art. 151 del CPL y el 488 del CST, al instituir la prescripción trienal para TODAS las acciones emanadas" de las leyes sociales" o de 'los derechos regulados en este código".

"Lo digo con la relativa autoridad que pudiera darme la norma incorporada en la Ley 90 de 1946, sobre prescripción de pensiones en el régimen de seguros sociales, y la que, a propuesta mía como ponente, aprobamos en el Senado en un proyecto de reformas al Código Laboral que duerme desde 1961 en la Cámara de Representantes, donde se declara por ley aquella imprescriptibilidad.

"Pero mientras no se promulgue el precepto legal que modifique la situación establecida por el Código Civil, la Ley 50 de 1936 y los Códigos Procesal y Sustantivo del Trabajo, la jurisprudencia no está en liber-

tad de dejar de aplicar las disposiciones vigentes en homenaje a sistemas extranjeros, laudables y dignos de imitación pero que no rigen todavía entre nosotros.

"Por tanto, la condena a pagar la pensión prevista en la Ley 6ª de 1945, no obstante que el sentenciador admite el transcurso mayor de veinte años entre la extinción del vínculo laboral y el reclamo de la pensión, como también que mi mandante propuso expresamente la excepción de prescripción, es violatoria por aplicación indebida del art. 14, literal c), de dicha Ley 6ª".

Para resolver la Sala considera:

No obstante la innegable autoridad jurídica del casacionista, no comparte la Sala el criterio de que el derecho a reclamar pensión jubilatoria, o sea, lo que constituye el "status" de jubilado, caiga bajo las normas laborales o civiles que establecen la prescripción de los derechos. Ese estado de jubilado, como el estado civil, es una condición de la persona de la que surgen para ella derechos y obligaciones concretas y de allí que no sea susceptible de prescripción, sino de extinción por el desaparecimiento de la condición constitutiva de tal estado, como, por ejemplo, la muerte, el rompimiento del vínculo matrimonial. Lo que prescriben son los derechos inherentes o derivados del respectivo estado; pero no éste. Y así, al cumplir el trabajador veinte años de servicios a una misma empresa o a diversas entidades oficiales y a llegar a los 55 de edad, adquiere ese "estado de jubilado" del que nace del derecho a percibir una determinada pensión mensual, que es la que prescribe a partir de cada fecha en que se hace exigible.

Esta doctrina fue estudiada a espacio por las dos Secciones que componen la Sala Laboral y en sentencia de 17 de octubre de 1968 (Pedro Nel Villegas Escobar contra Central Hidroeléctrica de Caldas S. A.), la ratificó como aparece de la transcripción de los siguientes pasajes de la misma:

"Del análisis realizado surgen dos situaciones nítidas: es la primera, la referente al derecho a la pensión o estado de jubilado, que nace a la vida jurídica desde que se llenen los requisitos legales o convencionales respectivos de edad y tiempo de labores y cuya reunión hace exigible el reconocimiento o declaración de la existencia de tal derecho. La segunda es la relacionada con el goce o disfrute de éste, es decir, con el derecho de percibir las cuotas mensuales respectivas, lo que ocurre al dejar el trabajador su empleo.

"Así las cosas, cómo debe interpretarse el fenómeno prescriptivo de las pensiones de jubilación? Tanto el Tribunal Supremo del Trabajo, como esta Sala, han reiterado que en el primer evento indicado no opera la prescripción, el que tiene cabida sólo para el segundo. Son claras a este respecto las sentencias de 18 de diciembre de 1954 (R. Reyes vs. Fábrica de Tejidos Obregón S. A.) de aquella entidad y la de 8 de junio de 1965 (José A. Puello M. vs. el Departamento de Bolívar), de ésta:

"En la primera se lee: "Ese estado (el de jubilado) no puede prescribir; de él no puede afirmarse que se pierde por el transcurso del tiempo. La única eventualidad que lo hace desaparecer de la vida jurídica es la muerte del trabajador... Del Estado de jubilado se puede predicar su extinción, mas no su prescripción...".

"La segunda asienta: "Confunde el recurrente dos situaciones jurídicas distintas: el derecho a la jubilación o estado de jubilado y el derecho a la pensión mensual vitalicia, efecto jurídico de ese estado. El primero se adquiere desde que el trabajador haya prestado servicios por 20 años y cumplido una edad de cincuenta; el segundo surge a la vida legal a partir de la fecha de reconocimiento de la pensión, sin perjuicio de que comience a operar desde el momento en que se reunan los dos presupuestos que configuran el derecho a la jubilación. Se mantiene éste mientras subsista la condición resolutoria de que depende (la vida del beneficiario) o, en otros términos, se extingue con su muerte. Cada mensualidad origina una obligación y, por consiguiente, un título independiente para exigir su pago. El derecho a la jubilación es la causa; el

de la pensión su efecto; sin el primero no se da el segundo, pero es éste y no aquél el que produce obligaciones de crédito. Sólo del derecho a las cuotas o mesadas puede hablarse de prescripción; el que se tiene para pedir la jubilación no es susceptible de extinguirse por ese medio. Si reunidos los dos presupuestos en que se funda, el trabajador no lo reclama, nada le impide exigirlo en cualquier tiempo; en esta hipótesis, la única consecuencia sería, reconocida la jubilación, la pérdida de las mesadas vencidas, si el deudor alega la prescripción".

".....

"Presupuesto de toda prescripción extintiva es el de que el derecho respecto del cual se hace valer sea exigible, conforme a lo previsto por el artículo 2525 del C. C. La prescripción trienal que establece el artículo 151 del C. P. L. en relación con las acciones que nacen de las leyes sociales, toma también como punto de partida para el cómputo del plazo, la exigibilidad de la obligación. No se puede aplicar esta regla al derecho a la jubilación o estado de jubilado, porque considerado aisladamente, con independencia de sus efectos, no surgen de él obligaciones exigibles. Aun aceptando el criterio del acusador, esto es, equiparando ese derecho con el que se tiene para exigir las cuotas mensuales, una vez reconocida la pensión, para que aquel pudiera terminar por prescripción sería necesario que también fueran exigibles las cuotas mensuales futuras o por devengar, conclusión a todas luces opuesta a lo prescrito por el citado artículo 151, para cuya aplicación se requiere que la respectiva obligación se haya hecho exigible, condición que no llenan las mesadas que no se hayan causado.

"3. No regula la ley, de manera expresa, la prescripción de créditos fraccionados, como lo hacen otras legislaciones, v. gr. la francesa, respecto de los cuales cada una de las porciones en que se divide la obligación única da lugar a un nuevo plazo, independientemente, que corre desde el momento en que pueda establecerse el reclamo judicial, como lo anotan los expositores Planiol y Ripert en su "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés" (t. VII, 694). Sin embargo, la ausencia de normas al respecto llevaría a la misma conclusión que apuntan los nombrados tratadistas, ya que las citadas antes requieren para que opere la prescripción la exigibilidad de la obligación, y si la pensión se causa mes por mes, esta unidad de tiempo marca el período inicial para la producción del fenómeno extintivo...".

La Sala no encuentra que la jurisprudencia anterior "deje de aplicar disposiciones vigentes de nuestro derecho en homenaje a sistemas extranjeros", pues esta sola afirmación del casacionista no es prueba suficiente de su aserto, ni refutación de los claros argumentos expuestos en las doctrinas que acaban de copiarse. Además, tratándose de instituciones jurídicas universales, como la de la prescripción, es acertado estudiarlas a la luz de los comentaristas foráneos y tener en cuenta sus conceptos para interpretar las normas similares de la legislación colombiana.

Por lo tanto, no prospera el cargo.

El tercer cargo está concebido en los siguientes términos:

"Tercer cargo. - (Subsidiario de los dos anteriores). Aplicación indebida del art. 14, literal c) de la Ley 6ª de 1945 y del art. 20 del Decreto 2351 de 1965 (3º de la Ley 48 de 1968).

"Sustentación. - Aún admitiendo en subsidio, que la aplicación del art. 14 de la Ley 6ª de 1945 fuera pertinente respecto de una sociedad con la cual no trabajó el pensionado un solo día y que la acción no esté prescrita, el sentenciador estaba forzado a aplicar la norma en su integridad, y no lo hizo.

"El precepto toma como base de la pensión el promedio de los salarios devengados en los veinte años, y no en el último año, o en el último mes, que es lo único

que el Tribunal da por establecido en el proceso; al liquidarla por el último sueldo mensual incurre en aplicación indebida.

"El precepto limita el máximo de la jubilación a doscientos pesos mensuales y el Tribunal condena al pago de una pensión mensual de ciento cincuenta dólares (al cambio del día, 17,62%, dos mil seiscientos cuarenta y tres pesos) mensuales. Resalta la indebida aplicación.

"Finalmente, el precepto hace incompatibles la jubilación y la cesantía definitiva. El Tribunal, tomando en cuenta que el art. 20 del Decreto 2351 de 1965 eliminó la incompatibilidad a partir del 4 de septiembre de este último año, ordena una simple imputación de mesadas, en vez de la compensación total y previa que ha debido ordenar con la cesantía definitiva recibida por Ponce Lozano en 1945. Indebida aplicación".

La Sala considera:

De la transcripción íntegra que acaba de hacerse de la formulación de este ataque no aparece de qué manera el Tribunal erró al fijar el monto de la pensión, pues el casacionista se limita a afirmar que tomó como base lo devengado" en el último año o en el último mes, que es lo único que el Tribunal da por establecido en el proceso"; pero sin indicar ni el pasaje de la sentencia en que eso ocurrió, ni las pruebas en virtud de las cuales aquella base "es lo único que el Tribunal da por establecido en el proceso".

Lo que ocurre es que el punto en estudio no es meramente jurídico, sino de hecho y si hubo indebida aplicación de las normas citadas en el ataque, no pudo ser por vía directa, como lo presenta el impugnante, sino a través de errores de hecho, ya que de esta naturaleza es la equivocación en que se incurra al señalar las bases salariales determinantes del monto de la pensión jubilatoria.

Y en cuanto a la compatibilidad entre jubilación y cesantía no encuentra la Sala cuál es el precepto quebrantado por el sentenciador, pues las únicas normas indicadas en el cargo son el literal c) del artículo 14 de la Ley 6ª de 1945, que cosa alguna dice sobre este punto, y el artículo 20 del Decreto 2351 de 1965, que hizo compatibles ambas prestaciones, a partir del 4 de septiembre del mismo año, y cuyo quebranto no aparece por el hecho de que la sentencia hubiera ordenado "una simple imputación de mesadas, en vez de la compensación total y previa que ha debido ordenar con la cesantía definitiva recibida por Ponce Lozano en 1945", que es en lo que radica la inconformidad del casacionista; pero sin que muestre cómo esa imputación que juzga equivocada viola el mencionado precepto, que en forma alguna se refiere al punto materia de impugnación.

En consecuencia, no prospera el cargo.

El cuarto cargo dice así:

"Cuarto cargo. - (Subsidiario del anterior). Falta de aplicación del ordinal 3 del art. 260 del CST y del 262 ibidem.

"Sustentación. - Dentro de la contradictoria motivación de la sentencia impugnada, parece entenderse que como Ponce Lozano cumplió los 50 años de edad el 8 de febrero de 1952 y los 55 en la misma fecha de 1957, su derecho a la pensión sólamente se consolidó en 1957, por lo cual le son aplicables las normas vigentes en esta última fecha.

"De ser esto así el Tribunal ha debido tomar en cuenta el límite de seiscientos pesos mensuales que señala el ordinal 3 del art. 260 del Código, muy inferior a los ciento cincuenta dólares mensuales a que condena a mi mandante; y no ha debido ordenar los pagos "a partir del 26 de enero de 1965", sino a partir del 26 de enero de 1968, fecha en que el trabajador solicitó la pensión, conforme al art. 262 del Código".

Para resolver la Sala considera:

No es de recibo el argumento de que el monto de la pensión debió congelarse en la suma de $ 600.00 que regía en 1957 cuando se consolidó el derecho a ella del actor, pues la sentencia acusada es de 18 de

junio de 1969 y para esta época ese límite había desaparecido, por virtud de sucesivas leyes sobre aumento de pensiones que el a quo analizó en la suya para determinar la cuantía de las respectivas mesadas, punto modificado por el Tribunal en cuanto condenó al pago en dólares y no en pesos colombianos, prescindiendo, por este motivo, de tener en cuenta tales reajustes, como lo dice por modo expreso en su fallo, sin que este proceder del ad quem hubiera sido objeto de censura en el recurso que se decide, lo que lo hace inmodificable.

El segundo argumento carece también de base, ya que a la fecha en que el demandante solicitó el reconocimiento de su pensión estaba derogado el artículo 262 del C. S. del T. por la Ley 171 de 1961.

En consecuencia, no prospera el cargo.

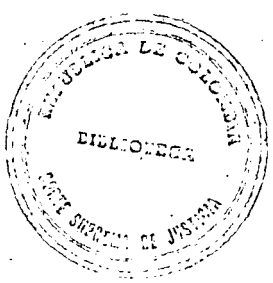
Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia acusada.

Sin costas por no haberse causado.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



DOCUMENTO AUTENTICO

La demanda inicial no constituye documento, en la restricción que precisa el artículo 23 de la Ley 16 de 1968; ésta no la contempla en su contenido de confesión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., siete de febrero de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Acta Nº 3).

Jorge Arcila Díaz demandó, por medio de apoderado, a la Flota Magdalena S. A., para que se la condenara a pagarle lo que le adeuda por los conceptos de salario, cesantía, vacaciones, indemnización por despido y primas, correspondientes a los servicios que le prestó desde el 21 de enero de 1964 hasta el 20 de septiembre de 1965, con una asignación mensual de $ 200.00 más el 3% sobre las ventas brutas de pasajes y encomiendas en la sección de carga, porcentaje del cual sólo percibió el 1%. También, la indemnización moratoria y las costas del juicio.

La demandada se opuso a las pretensiones del actor manifestando no constarle los hechos en que fueron sustentadas y haber pagado lo que se causó, mediante consignación. Tramitada la controversia el Juzgado 4º Laboral del Círculo Judicial de Cali la desató, el 10 de julio de 1968, en sentencia cuya parte resolutiva reza así:

"1º Condenar como en efecto condena a la empresa "Flota Magdalena S. A.", representada por el Dr. David Barrero Pinillos, mayor de edad y vecino de Bogotá, D. E., a pagar tres días después de ejecutoriada esta providencia al señor Jorge Arcila Díaz, mayor de edad y de este vecindario, las siguientes sumas de dinero por los siguientes conceptos: a) por cesantía $ 7.638.53; b) por vacaciones $ 3.653.89; c) por indemnización por despido $ 8.402.35; d) por primas de servicio $ 6.492.73. Total $ 26.187.50.

"2º Descontar de la suma anterior, la cantidad de diez mil veintiseis pesos con 54/100 ($ 10.026.54) moneda corriente, que fueron depositados por la empresa demandada, a órdenes del Juzgado 3º Laboral de Bogotá y a favor del demandante;

"3º Suma líquida a pagar por parte de la empresa Flota Magdalena S. A., al Sr. Jorge Arcila Díaz; Diez y seis mil ciento sesenta pesos con 96/100 ($ 16.160.96) moneda corriente;

"4º Absolver como en efecto absuelve a la empresa Flota Magdalena S. A., representada por el Dr. David Barreros Pinillos, mayor de edad y vecino de la ciudad de Bogotá, de los demás cargos que dieron origen al presente juicio;

"5º Con costas a cargo de la parte demandada".

Por apelación de ambas partes litigantes el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en fallo del 28 de marzo de 1969, resolvió:

"1º Modificar el punto primero de la sentencia apelada en el sentido de fijar la condena en la siguiente forma:

"a) Por cesantía $ 16.342.50; c) por vacaciones $ 7.839.36; c) por primas de servicio $ 14.412.24; d) por indemnización por despido $ 8.402.35; f) por salarios

$ 99.905.84. Total: $ 146.902.29.

"2º Confirmar el punto segundo.

"3. Revocar el punto tercero. En su lugar, fíjase la suma líquida a pagar por la empresa Flota Magdalena S. A. al señor Jorge Arcila Díaz en la suma de ciento treinta y seis mil ochocientos setenta y cinco pesos con 75/100 moneda corriente ($ 136.875.75).

"4º Confirmar el punto cuarto solo en lo referente a los salarios caídos.

"5º Confirmar el punto quinto.

"6º. Con costas a cargo de la parte demandada". Contra la sentencia anterior recurrió en casación la sociedad mencionada y habiéndosele recibido en legal forma se va a decidir mediante el estudio de la correspondiente demanda y del escrito del opositor.

Se persigue el quebrantamiento parcial de la sentencia del ad-quem —en sus condenas por cesantía, vacaciones, primas de servicio y salarios insolutos— para que, en sede de instancia, la Corte confirme las decretadas por el a-quo, así como las absoluciones que impartió este último, y, en consonancia, disponga sobre las costas. Subsidiariamente, "la casación parcial de las condenas efectuadas por el mismo Tribunal, modificativas de las del Juzgado mencionado, para que, en su lugar y luego de revocarlas profiera la H. Corte las decisiones que conforme a la ley correspondan en este juicio, revocando en todo caso y absolviendo en su totalidad a la empresa de pagar la condena por salarios insolutos (comisiones), ya que ésta fue pagada (sic) en su debida oportunidad a la parte actora".

Al efecto, en cargo único que advierte sujetarse a las exigencias del artículo 23 de la Ley 16 de 1968, acusa las violaciones de medio de los artículos 645 C. J.; 6º del Decreto 0118 de 1957; 25, 44, 48, 49, 51, 52, 55, 60 y 61 CPT, las cuales condujeron a la aplicación indebida de los artículos 127, 132, 134, 189, 192, 249, 253-1 y 64 del CST, modificado este último por el 8º del Decreto 2351 de 1965, infracciones en que incurrió el sentenciador a consecuencia de errores ostensibles de hecho, que acontecieron por la falta de apreciación de determinadas pruebas.

Los errores consistieron en dar por demostrado, no estándolo, que la parte patronal no pagó lo que debía como salario pactado, durante la relación laboral; y en no dar por probado, cuando sí lo fue, que la ejecución por la empresa de las condiciones contractuales se ajustó a la ley, por haber pagado los salarios convenidos, y que la sociedad demandada canceló al término del vínculo laboral las prestaciones e indemnizaciones debidas, así como las comisiones que el demandante reclama, sin asidero legal.

Las pruebas dejadas de apreciar fueron: la demanda inicial en sus hechos 6º 7º y 8º, en que se reconoce el pago del 1% de las comisiones pactadas y de su valor de $ 50.190.99; las "planillas de movimientos" de folios 11 a 29 del cuaderno 1º, documentos autéticos provenientes del demandante, relacionados por éste en su libelo como medios de prueba y decretados como tales en audiencia pública; el documento auténtico de folio 41 fte.; la liquidación de prestaciones sociales de folio 75, documento signado por el Jefe de Personal de la demandada y no tachado ni redargüido de falso, y la diligencia de inspección ocular practicada en las oficinas de la empresa por el Juzgado 6º Laboral Municipal de Bogotá, en virtud de comisión que le confirió el Tribunal de Cali.

Para sustentar su ataque el recurrente señala las pruebas que sirvieron al fallador para sus condenas, deducidas con un salario de $ 9.790.59, formado de un sueldo fijo de $ 352.60 y un 3% de comisión sobre las ventas brutas efectuadas en la empresa por el demandante, y advierte que tal juicio obedeció a la falta de apreciación de los documentos que ha destacado conforme a la exigencia de la Ley 16 de 1968. Analiza en forma extensa estas últimas piezas y concluye que siendo el salario convenido,

conforme a ellas, del 1% de comisión, que le fue pagado al demandante, como lo estimó el a-quo, y no el estimado con error por el ad-quem, las condenas impuestas, con modificación de lo resuelto por aquel primer fallador y la adicional por comisiones insolutas, violan, por aplicación indebida, los textos sustantivos enunciados en el cargo.

El opositor censura que el recurrente se pierda en el relato de lo ocurrido en las instancias; rechaza que el fallo impugnado viole las disposiciones procedimentales que se muestran en infracción de medio, y respecto de la cuestión probatoria de fondo estima acertada la deducción del ad-quem, pues si el contrato inicial se celebró con un 3% de comisión, el trabajador no podía renunciar a ese salario, esto es, aceptar después el 1% que le pagó la empresa.

Se considera:

El Juzgado del conocimiento, a cuya decisión aspira el recurrente que se vuelva al quebrantarse la del Tribunal, apreció, en punto al salario mensual del promotor de la litis, que habiéndosele convenido inicialmente en $ 200.00 más un 3% sobre las ventas brutas para un desempeño en Ibagué, se modificó desde que Arcila Díaz pasó a servir en Cali, como Agente de la demandada, a cantidad consistente en un sueldo básico de $ 325.00 y un 1% de las ventas brutas para un promedio de $ 4.583.14 y con base en dicho salario condenó por cesantía, vacaciones, indemnización por despido y primas de servicio, con descuento de lo consignado por la empresa, y absolvió por salarics insolutos y los demás extremos de la litis. El ad-quem, en cambio, estimó sin respaldo probatorio esa modificación salarial —prescindencia hecha de su cuantía, que implicase desmejoramiento— y liquidó las condenas por aquellas prestaciones e indemnización por despido injusto, además de un 2% por comisiones insolutas, sobre un sueldo mensual de $ 9.790.50 resultante del 3% inicial y el básico de $ 325.60. Este juicio lo apoyó en el documento de folios 124 y 125 (contrato para Ibagué con $ 200 fijos y un 3% de comisión) y en la primera diligencia de inspección ocular de folios 126 y 127. Y, como se ha dicho, en la ausencia de prueba sobre la contratación para Cali con un 1% de comisión.

Ostensiblemente, esta decisión no consideró las pruebas que señala el acusador como dejadas de apreciar, acerca de las cuales procede calificar:

La demanda inicial no constituye documento, en la restricción que precisa el artículo 23 de la Ley 16 de 1968; ésta no la contempla en su contenido de confesión; ni el fallador dejó de apreciarla, por cuanto sus condenas precisamente atienden al pago del 1% que dicha pieza contiene, estimando insoluta la diferencia del 2%.

El documento de folio 41 sí fue apreciado por el Tribunal, ya que de él dedujo el sueldo básico que imputó en el salario total. Tampoco responde, pues, esta prueba a la exigencia legal de "falta de apreciación".

La liquidación de prestaciones sociales, de folio 75, no proviene del demandante y el pleito obedece a que no fue aceptada por él.

La diligencia de inspeción ocular es prueba distinta de la documental que singulariza el precepto 23 de la Ley 16 de 1968. En principio, ninguna de estas probanzas abre las puertas al examen probatorio en este recurso.

Por el contrario, las "planillas de movimiento de folios 11 a 29" provienen del demandante, quien las aportó al juicio para establecer hechos fundamentales de sus acciones. Constituyen escrito, son auténticas en el sentido de que las elaboró el actor y no han sido redargüidas de falsas. Responden, por lo tanto, a las calidades que se requieren para estudiar el error de hecho en la casación laboral, por cuanto además, no fueron apreciadas por el fallador. Al estimarlas, pues, la Sala encuentra que dichas planillas registran en el renglón de "comisiones del agente" una cantidad que corresponde al 1% del valor de las entradas brutas Y tal testimonio constante del propio actor, en las circunstancias que relie-

va el pleito, obliga a inferir, en apreciación de juzgador, que esa era la comisión convenida, para el desempeño en Cali, como lo sostiene la empresa y no lo encontró establecido el ad-quem. Fuera de que la aplicación práctica que hicieron ambas partes, acerca de este punto del contrato que las vinculó, también constituye criterio para su interpretación. Se configura entonces el error evidente que acusa el cargo, ya que dejó de darse por establecido el salario verdadero que se integraba con el básico y el porcentaje del 1% que evidencian las piezas de que se ha hecho mérito, como lo juzgó el a-quo.

En consideraciones de instancia, que ya proceden porque el documento dejado de apreciar por el ad-quem dió prosperidad al ataque, puede agregarse que la estimación de la Sala aparece corroborada por otras probanzas del juicio. Así, la inspección ocular que ordenó el ad-quem y que invoca el acusador, ahora sí atendible, exhibe que "el agente de Cali —empleo que fundamenta sus pretensiones— devengaba como remuneración fija $ 325.60 más el 1% sobre el movimiento de venta de tiquetes y encomiendas", y no el 3% supuesto por el ad-quem; que según la misma diligencia, en palabras del Revisor Fiscal de la empresa, "el porcentaje del 1% asignado a la ciudad de Cali, viene rigiendo desde el año de 1962, aproximadamente", y Arcila contratado para Ibagué en enero de 1964, aparece como Agente en Cali en mayo de 1964, en las planillas de esta Agencia elaboradas, mes por mes, desde entonces, hasta la terminación del vínculo. Y la prueba ocular recoge, lo mismo que la practicada en la primera instancia, que el trabajador percibió su sueldo básico y el porcentaje dicho del 1%, sin que ni ellas ni otra alguna de las que obran en el expediente denoten reclamo por la diferencia insoluta del 2%, conducta del demandante que indica también cuál era el verdadero porcentaje convenido.

Todavía puede agregarse, en el orden de estas mismas consideraciones, que al Tribunal interesó un proyecto de contrato, con comisión del 1%, de folios 5 a 8, para confirmar su juicio sobre el porcentaje del 3, que estimó no podía variarse sin la voluntad del trabajador, no contenida en aquella pieza; mas adelantó este juicio sin reparar en que la tal comisión venía gobernando las relaciones laborales desde mucho antes, según lo expuesto, y que la referida propuesta, aparte de establecer debidamente la remuneración convenida, suprimía la parte fija de la misma, sentido éste en que debió precisarse la probanza comentada. Como debe replicarse igualmente a la observación del opositor sobre la invalidez de la reducción del salario, que además de la jurisprudencia que sobre el particular invoca el acusador, en el presente negocio nada prueba que el 1% de comisión sobre las ventas en Cali determine esa modificación unilateral, con perjuicio del trabajador, respecto del 3% de las mismas en Ibagué. Este aspecto de hecho fue descartado por el Tribunal y en verdad el proceso no contiene elementos para juzgar ilícito el cambio del porcentaje de comisión del Trabajador al pasar de la una ciudad a la otra.

Debe, en consecuencia, casarse el fallo recurrido, porque el error acusado ostenta que sus condenas obedecieron a la deducción de un salario que no devengó el trabajador ni tenía derecho a devengar ya que no fue el convenio, y, con estimación del apreciado por el a-quo han de confirmarse las decisiones sobre cesantía, vacaciones, indemnización por despido y primas y la absolución por comisiones insolutas, conforme al alcance que fijó el recurrente a su demanda.

Por último, logrado el propósito principal del acusador —que se vuelva a la decisión del a-quo— no procede considerar su petición subsidiaria en el recurso. Con todo, se advierte que esta señala como objeto de mayor importancia la revocatoria de la condena del Tribunal por los salarios insolutos, resuelta favorablemente por la Corte en instancia, y que las otras decisiones del Juzgado se ajustan a la Ley, atendidos los factores de tiempo servido, salario y despido injusto, en consonancia con la demanda inicial.

Lo referente a las costas se regulará conforme a las resultas de las instancias, es-

to es, en un 50% para la parte demandada, en la primera, en razón de las condenas y absoluciones que se le han impartido, y sin lugar a ellas por la segunda, para ninguna de las partes, pues la alzada que ambas provocaron no modificó el fallo del a-quo.

Por la prosperidad del recurso extraordinario no hay lugar a ellas en el mismo.

En mérito de todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, Casa Parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto por sus ordenamientos 1º, 3º, 5º y 6º condenó a la Flota Magdalena S. A. a pagar al demandante Jorge Arcila Díaz, ambos de las condiciones que singularizan los autos, $ 136.875.75 como suma líquida por los conceptos de cesantía, vacaciones, primas de servicio, indemnización por despido y salarios, confirmó las costas de primer grado e impuso las de segundo a la demandada, y en sede de instancia CONFIRMA la sentencia de primer grado en sus puntos 1º, 2º, 3º y 4º que concretaron las condenas en $ 16.160.96, y modifica el 5º sobre costas reduciéndolas a un 50%. No la casa en lo demás.

Sin costa en la segunda instancia y en el presente recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar Edmundo Harber Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CLAUSULAS DE UNA CONVENCION COLECTIVA

Como la misión de unificar la jurisprudencia nacional se cumple a través de preceptos legales sustantivos, las cláusulas de una Convención Colectiva, carecen del carácter anotado, pues si bien consagran derechos y obligaciones en el régimen interno de las empresas, no son normas expedidas por órgano o entidad competente para establecer reglas de derecho de carácter general.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. —

Bogotá, D. E., febrero once de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 57).

Edgar Barragán Ramos, mayor y vecino de Cali, demandó por medio de apoderado a la "Compañía Croydón del Pacífico S. A.", para que previos los trámites de un juicio laboral se le condene a pagarle: "a) La suma que resulte probada por concepto del tiempo faltante para el vencimiento de la convención colectiva de trabajo. b) La suma que resulte probada por concepto de indemnizaciones por el rompimiento unilateral e ilegal de la convención", y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda, Barragán Ramos empezó a trabajar en la Compañía Croydon del Pacífico S. A. el día 22 de marzo de 1957; el 26 de junio de 1961 se firmó entre el Sindicato de Trabajadores de Croydon y la Sociedad demandada una convención colectiva, con un término de dos años; en virtud de dicha convención quedó abolida la cláusula de reserva y se prorrogó el término presuntivo del contrato hasta el plazo de la convención colectiva, a la cual quedó sometido el contrato de trabajo de Barragán Ramos, por estar afiliado al Sindicato cuando la aludida convención se firmó. El 29 de mayo de 1962 el demandante fue despedido por la empresa invocando la cláusula de reserva y cuando faltaban 12 meses para el vencimiento de la convención colectiva; en el momento del despido el demandante devengaba un salario promedio de $ 15.20.

Al contestar la demanda el apoderado de Compañía Croydon del Pacífico S. A., negó unos hechos y aceptó otros, se opuso a las peticiones del libelo, por cuanto la causa para el despido fue la existencia de la cláusula de reserva en el contrato individual de trabajo, que tenía aplicación por el hecho de que el trabajador no se hallaba protegido por los beneficios de la convención en cuanto a estabilidad por haber sido expulsado del Sindicato, y no haber adherido a la convención con posterioridad a la expulsión.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento, que lo fue el Segundo del Trabajo de Cali, dictó sentencia por medio de la cual condenó a la Compañía Croydon del Pacífico S. A. a pagar a Edgar Barragán Ramos la suma de seis mil noventa y ocho pesos con 80/100 ($ 6.098.80), como indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo, suma igual al valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltaba para vencerse la Convención Colectiva, y ordenó deducir de la condena la cantidad de setecientos once pesos ($ 711.00) que la empresa pagó como preaviso; las costas las hizo de cargo de la parte demandada, quien apeló.

El Tribunal Superior de Cali, Sala Laboral, reformó la sentencia de primer grado en el sentido de reducir la condena a la suma de dos mil ciento treinta y tres pesos ($ 2.133.00), valor de seis meses de salario, menos lo pagado por preaviso. No hizo condena en las costas del recurso.

Recurrieron ambas partes en casación, y oportunamente presentaron las demandas y las respectivas oposiciones, sobre las cuales se decidirá el doble recurso, comenzando por el del patrono demandado, que pretende la casación total de la sentencia dictada por el Tribunal, con la subsiguiente absolución, pues de prosperar la acusación, sería inoficioso estudiar el recurso del trabajador demandante.

Recurso del patrono demandado.

Persigue, como ya se dijo, que sea casada totalmente la sentencia recurrida, a fin de que, en su lugar, se dicte la que absuelva a la parte demandada. Con base en la causal primera formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo.

Acusa la sentencia por haber incurrido en violación del género indirecto de los siguientes artículos del Código Sustantivo del Trabajo: 47 y 49, por aplicación indebida; 48 (art. 1º del Decreto Legislativo 616 de 1945) por falta de aplicación; 64, 376, 377, 467, y 477, por aplicación indebida; además del artículo 2º del Decreto 0018 de 1958, por falta de aplicación en su primera parte y por aplicación indebida en su parte final. En estas violaciones incurrió el adquem a través de notorios errores de hecho, evidenciados en los autos, a causa de equivocada apreciación de elementos probatorios del proceso.

Los errores de hecho que el impugnador le atribuye a la sentencia son los siguientes: "a). No dar por demostrado, estándolo plenamente en los autos, que el señor Edgar Barragán Ramos estaba fuera del Sindicato de Trabajadores de la Compañía Croydon del Pacífico S. A., en el momento en que se produjo su despido con base en la cláusula de reserva de terminación unilateral pactada expresamente en su contrato de trabajo; b). No dar por demostrado, contra la evidencia procesal, que el mismo Barragán, por obra de su voluntad o de su culpa no siguió cubriendo, después de su expulsión del Sindicato, las cuotas correspondientes a su afiliación, ni interpuso recurso alguno contra la resolución que en ese sentido dictó la Junta Directiva del Sindicato con fecha 9 de febrero de 1962, ni tampoco pagó las medias cuotas a que se refiere el artículo 2º del Decreto 0018 de 1958, y achacar, por el contrario, la culpa a la Empresa; c). No tener por demostrado, estándolo en el proceso, que al momento de producirse el despido por virtud de la cláusula de reserva de terminación unilateral estipulada en su contrato individual de trabajo, suscrito con fecha 22 de marzo de 1957, dicho contrato era el único instrumento regulador de relaciones entre las partes; d). Tener por demostrado, contra la evidencia procesal, que a pesar de la expulsión de que fue objeto por parte de la Directiva del Sindicato de Trabajadores de la Compañía, Barragán siguió siendo miembro de dicho Sindicato; e). No tener por demostrado, contra lo evidenciado en el juicio, que fue por la negligencia de Barragán, como, en definitiva, se consumó su separación del Sindicato y se frustró la oportunidad de acogerse a la Convención Colectiva como adherente de ella".

Señala como mal apreciadas las siguientes pruebas: a). El ejemplar autógrafo de la Resolución Nº 1, dictada con fecha 9 de febrero de 1962 por la Junta Directiva del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Croydon del Pacífico S. A., por medio de la cual se expulsa al demandante del Sindicato, conjuntamente con otros trabajadores (folios 45 y 47); b). Certificación expedida por el Sindicato de Croydon, sobre que a partir del 12 de febrero de 1962 no le fueron hechos descuentos al demandante de la cuota sindical, ni que pagó la cuota prevista en el artículo 2º del Decreto 0018 de 1958 (fl. 48); c). Declaración rendida por Daniel Calderón Díaz, Vicepresidente del Sindicato de Croydon, sobre que

la Resolución de expulsión fue notificada personalmente a cada uno de los expulsados, y que Barragán no apeló de dicha providencia (fl. 93 y 94); d). El reconocimiento de las firmas estampadas en la Resolución Nº 1 por parte de los miembros de la Directiva del Sindicato (fls. 94 a 100); e). El contrato de trabajo entre el demandante y la empresa, en que aparece pactada expresamente la cláusula de reserva de terminación unilateral (fl. 27).

Según el impugnador, las pruebas relacionadas demuestran que la Resolución de expulsión fue dictada y notificada al demandante sin que interpusiera recurso alguno contra ella ,creando así una situación de hecho que no estaba en manos de la Empresa modificar o desconocer; que Barragán se abstuvo de pagar al Sindicato las medias cuotas establecidas por el art. 2º del Decreto 0018 de 1958 para quedar bajo el amparo de la convención colectiva, y que en consecuencia las relaciones laborales entre demandante y demandado se rigieron por el contrato de trabajo en el cual se pactó expresamente la cláusula de reserva. Dice que el Tribunal menospreció la importancia de esas pruebas y creyó que por no haberse presentado la prueba de que la expulsión se había hecho por acto de la Asamblea General del Sindicato, no se operó realmente el fenómeno de la separación del trabajador de esa entidad sindical. Agrega que tampoco tuvo en cuenta el sentenciador la posición culposa y negligente de Barragán ante estos hechos ni la circunstancia de que no se acogió al sistema autorizado por el artículo 2º del Decreto 0018 de 1958.

Se refiere luego el recurrente a la incidencia de los errores de hecho anotados en la violación de las normas relacionadas en la formulación del cargo. Dice que los artículos 47 y 49 del Código Sustantivo del Trabajo no tenían por qué aplicarse al caso en estudio, pues habiéndose pactado la cláusula de reserva, lo procedente era aplicar el artículo 48 del mismo Código, tal como quedó sustituído por el art. 1º del Decreto Legislativo 616 de 1964, que el Tribunal también violó por falta de aplicación. Estima que el art. 64 del C. S. del T. se violó por aplicación indebida, pues habiéndose hecho uso legítimo de la cláusula de reserva, no había lugar a la indemnización por lucro cesante o daño emergente. Refiriéndose a los artículos 376 y 377 del mismo Código, observa que ellos señalan entre las atribuciones de la Asamblea General la expulsión de cualquier afiliado al Sindicato, y que el sentenciador se empeñó en exigir este requisito como única causal determinante de la validez de la expulsión del demandante, sin tener en cuenta que ésta se llevó a cabo de todos modos por el Sindicato y que el trabajador no hizo nada por evitarlo. En relación con los artículos 467 y 477 del C. S. del T., afirma que no son aplicables, pues cuando se produjo el despido ya el demandante estaba fuera del amparo de la Convención Colectiva. Respecto al art. 2º del Decreto 0018 de 1958, dice que el Tribunal lo violó por falta de aplicación en la primera parte, por cuanto Barragán ya no era sindicalizado, y por aplicación indebida en la segunda, pues no pagó la media cuota sindical para beneficiarse de la Convención.

Para el opositor el recurrente parte de una premisa falsa: la de que la expulsión del trabajador por la Junta Directiva del Sindicato estaba ajustada a los ordenamientos legales, y en cambio el ad-quem partió de una premisa muy diferente: la de que dicha expulsión no tenía validez alguna, premisa que a juicio del opositor, el recurrente no logra desquiciar.

Se considera:

El Tribunal, para llegar a la conclusión de que el demandante estaba amparado por la Convención Colectiva celebrada por la Sociedad demandada y su Sindicato de Trabajadores, dijo lo siguiente: "La Sala está de acuerdo con el Juez en cuanto a la operancia y vigencia de la Convención Colectiva, por cuanto si bien es cierto el trabajador fue expulsado por la Junta Directiva del mismo, ésta, de acuerdo con normas expresadas no es la entidad con competencia suficiente para tomar tal determinación, reservada a la Asamblea General —artículo 376 del C. S. del T. Así mismo de

acuerdo con el art. 377 ibidem, la prueba aparejada no es la idónea para acreditar el hecho. En consecuencia, se tendrá al trabajador como sindicalizado toda vez que tampoco puede valorarse el oficio de folio 48, referente al pago de las cuotas a que alude el Decreto 018 de 1956, por cuanto que a Barragán no se le hicieron los descuentos de contribución, no por culpa suya, sino porque el patrono no hizo las deducciones a que se refiere el mismo decreto. Continúa entonces Barragán amparado por la Convención Colectiva vigente desde el 26 de junio de 1961, la cual suprime la cláusula de reserva para acoplar los contratos individuales al colectivo'.

Claramente se observa que si el ad-quem llegó a la conclusión de que el demandante pertenecía al Sindicato cuando fue despedido de la empresa, no fue por una defectuosa valoración de las pruebas, sino porque estimó que la expulsión de un trabajador del Sindicato es privativa de la Asamblea General de la entidad sindical, según lo dispone el art. 376 del C. S. del T. y que la prueba idónea para demostrar tal hecho, que no se aportó al juicio, es la exigida por el art. 377 ibidem, o sea la copia pertinente del acta de la respectiva reunión. No desconoció el Tribunal que Barragán hubiese sido expulsado del Sindicato por la Junta Directiva, hecho que expresamente acepta, sino que consideró que esa expulsión no era válida por las razones ya dichas. Es decir, no incurrió en error de hecho evidente en torno a la desvinculación del demandante de la entidad; sólo que al valorar desde el punto de vista legal el hecho de que la Junta Directiva dictó la Resolución de expulsión, estimó que tal acto no produjo los efectos que señala el impugnador, o sea la expulsión válida del trabajador del Sindicato.

Por otra parte, tampoco ignoró que al demandante, a partir de la resolución dictada por la Junta Directiva, no se le hicieron los descuentos de que habla el Decreto 0018 de 1958. Pero estimó que si ellos no se hicieron no fue por culpa del trabajador, sino porque el patrono no hizo los descuentos. Y como no se ha demostrado lo contrario por el impugnador, o sea a que tales descuentos no se hicieron por culpa o voluntad del trabajador, pues esa voluntad o culpa no se deduce necesariamente de la no interposición del recurso contra la mencionada resolución, no se configura el error de hecho que se le atribuye al sentenciador de tener como sindicalizado al demandante o beneficiario de la Convención a pesar de no haber contribuido con las cuotas sindicales o las medias cuotas en el período anterior a su despido.

Como el ad-quem no incurrió en errores de hecho evidentes, pues reconoció la existencia de hechos debidamente acreditados, pero los valoró en forma tal que no dió por demostrada la existencia de la expulsión válida de Barragán del Sindicato por no haberse realizado con las formalidades legales, fundamentó este último que no ha sido desquiciado, es ineficaz la acusación que se hace por la vía indirecta de ser el fallo violatorio de la ley a través de errores evidentes de hecho en que no incurrió el Tribunal. En consecuencia, no prospera el cargo.

Segundo cargo.

Acusa la sentencia de haber incurrido en la violación del género directo de las siguientes disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo: 47, 48, 49, 64, 376, 377, 467 y 477 y del artículo 2º del Decreto 0018 de 1958, por los conceptos que señala en la demostración del cargo.

Para el impugnador no se han discutido y el Tribunal tuvo por probados los siguientes hechos: a). Que fue expedida por la Junta Directiva del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Croydon del Pacífico un Resolución por medio de la cual se expulsó al señor Edgar Barragán Ramos de dicho sindicato; b). Que con posterioridad a la fecha de la Resolución Barragán no siguió pagando las cuotas como afiliado, ni manifiesta acogerse a los beneficios de la Convención, ni cubrió las medias cuotas señaladas por el artículo 2º del Decreto 0018 de 1958 ni se opuso en forma alguna a la efectividad de aquella providencia;

c). Que el demandante no interpuso recurso alguno contra la mencionada Resolución; d). Que en el contrato individual de trabajo celebrado entre Barragán y la Compañía el 22 de marzo de 1957 se estipuló expresamente la cláusula de reserva de terminación unilateral, de la cual hizo uso la empresa al despedir al trabajador el 20 de mayo de 1962; y e) Que entre la empresa y el mencionado Sindicato se celebró una Convención Colectiva el 26 de junio de 1961.

Dice el recurrente que a pesar de haber aceptado la realidad de los hechos anteriores, el sentenciador no aplicó a ellos las disposiciones legales pertinentes sino las que no lo eran, incurriendo en infracciones del género directo de las siguientes normas así: De los artículos 47 y 49 del C. S. del T., por aplicación indebida, porque ellos consagran normas sobre término presuntivo semestral y sobre prórroga automática de los contratos y en el caso sub-judice lo que había ocurrido era la aplicación de la cláusula de reserva pactada en el contrato individual de trabajo, por lo cual no podía fallarse el caso con prescindencia de tal hecho. Del artículo 48 (art. 11º del Decreto 616 de 1954), por falta de aplicación, pues si esta disposición otorga validez a la cláusula de reserva de terminación unilateral y la empresa hizo uso de ella para despedir al demandante, no podía ser condenado a indemnización alguna; del art. 64 del C. S. del T., por aplicación indebida, pues no es procedente la indemnización cuando se hace uso legítimo de la cláusula de reserva para terminar unilateralmente el contrato de trabajo; de los artículos 376 y 377, por aplicación indebida, pues si la expulsión decretada por la Directiva del Sindicato fue consentida o aceptada por el sancionado, se consumó el hecho a causa de su tolerancia, además de que el demandante no cubrió más las cuotas como sindicalizado ni las medias cuotas como adherente; para el impugnador teóricamente la expulsión no ha debido cumplirse, pero se cumplió, y ante este hecho no podía resultar pertinente la aplicación de los preceptos indicados, de los artículos 467 y 468, por aplicación indebida, y del artículo 2º del Decreto 0018 de 1958 en su primera parte por falta de aplicación y en la final por aplicación indebida.

Se considera:

Como ya se vió al estudiar el cargo anterior, estimó el ad-quem que la Junta Directiva del Sindicato no era competente para expulsar de la asociación sindical al demandante Barragán, por ser esta facultad privativa de la Asamblea General. En consecuencia el sentenciador no aplicó indebidamente el art. 376 del C. S. del T., pues no otra cosa dice esa norma. Ni tampoco hizo aplicación indebida del artículo 377 al exigir como prueba de la expulsión el acta de la reunión de la Asamblea General en que se decretó la expulsión, por cuanto así lo prevé esta disposición respecto a todas las decisiones que son privativas de la Asamblea. La circunstancia de que Barragán no hubiese interpuesto recursos contra la Resolución de la Junta Directiva que decretó su expulsión, no valida al acto ilegal. El artículo 376 contiene normas de orden público, que el consentimiento tácito o expreso del trabajador no puede derogar.

Tampoco valida la expulsión el no pago de las cuotas sindicales por parte del demandante. Si la retención de su valor no se hizo por la empresa, a ello fue ajeno el trabajador, a quien no se le puede responsabilizar por la decisión de la Junta Directiva de no incluírlo en la relación de afiliados al Sindicato. Y no siendo válida esa expulsión, legalmente pertenecía a la entidad y no era necesario, para beneficiarse de la Convención Colectiva, que pagara la media cuota con la cual debían contribuir los no afiliados para gozar de los beneficios convencionales, según lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 0018 de 1958, norma que, por lo tanto, no fue violada por el adquem.

Al no producirse la violación de las normas referidas, tampoco se produjo la de las otras relacionadas por el acusador, pues habiéndose eliminado en la Convención Co-

lectiva la cláusula de reserva para terminar unilateralmente los contratos de trabajo, no podía usarse por el patrono, quien al despedir al demandante con base en ella, rompió unilateralmente el contrato de trabajo sin causa legal, debiendo indemnizar los perjuicios causados por esa terminación ilegal. En consecuencia, no prospera el cargo.

Es de advertir que si la Sala llegó a una decisión diferente en el juicio de Clodomiro Cano contra Compañía Croydon del Pacífico (Sentencia de octubre cuatro de mil novecientos sesenta y ocho), en el cual se plantearon en las instancias los mismos hechos y argumentos del caso sub-lite, ello se debió a que la sentencia del Tribunal reconoció validez a la expulsión del trabajador del Sindicato hecha por la Junta Directiva, con fundamento en una prueba que no aparece en el presente juicio, o sea la copia de los Estatutos del Sindicato de Trabajadores de Croydon del Pacífico S. A., y que al estudiarse el cargo por violación indirecta de la Ley, a través de errores de hecho, éstos no se demostraron.

Demanda del trabajador.

Pretende que se case en su totalidad la sentencia recurrida y que en su lugar esta Corporación confirme en todas sus partes el fallo de primer grado.

Con fundamento en la causal primera formula cuatro cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo. - "La sentencia recurrida violó, por aplicación indebida, la norma contenida en el art. 47 del C. S. del T., en relación con los arts. 21, 45, 46, 64, 467 y 477 ibidem, los arts. 2º y 47 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada el 26 de junio de 1961, entre la "Cía. Croydon del Pacífico S. A." y su Sindicato de trabajadores y el art. 1602 y 1604 del C. C.".

Dice el recurrente que el contrato de trabajo suscrito entre las partes, modificado en cuanto hace relación a su plazo por la convención colectiva de trabajo celebrada entre la Empresa y su Sindicato de Trabajadores, no podía mirarse como de duración indeterminada, sino por el contrario como de término fijo, o sea por un período de dos años a partir del 26 de junio de 1961, fecha en que se firmó la Convención Colectiva, según los puntos 2º y 47 de la misma, concordantes con los arts. 45, 46 y 477 del C. S. del T. En consecuencia mal podía el Tribunal aplicar la norma contenida en el artículo 47 del C. S. del T. para determinar el monto de la indemnización establecida por el artículo 64 de la misma obra, pues lo jurídico y lo lógico era, como lo hizo el a-quo, desechar no sólo el art. 48 del Código, sino también el 47, tanto como causal de terminación del contrato como en lo que hace relación a sus efectos indemnizatorios.

Se considera:

El Tribunal luego de referirse a la cláusula de la Convención Colectiva en la cual se pactó que la 'empresa no podía dar por terminado los contratos de trabajo a término indefinido que tenga celebrados con sus trabajadores permanentes cuya antiguedad sea mayor a seis (6) meses, invocando como causal el vencimiento del plazo presuntivo y solamente lo hará por las causales previstas en la presente convención", consideró que el demandante se encontraba en los casos previstos en la convención, por haber prestado sus servicios durante cuatro años, 3 meses y 4 días, y ser su contrato de trabajo a término indefinido. Y agregó: "El preaviso y el presuntivo están suspendidos en la Convención como causal de despido, pero continúan vigentes los efectos indemnizatorios del segundo. Es decir, que el patrono no podía invocar el vencimiento del término semestral para fenecer el contrato de trabajo, pero que de hacerlo, tendrá irremediablemente a su cargo la indemnización por un período similar".

Ahora bien: si el ad-quem llegó a la conclusión de que en la convención no se había eliminado el plazo presutivo de los contratos a término indefinido, lo hizo con base en el estudio de la Convención Colec-

tiva de trabajo, que es una prueba del proceso. Por lo tanto, determinar si ella, como lo pretende el impugnador, sustituyó el plazo indefinido de los contratos individuales, por un término fijo igual al de la vigencia de la convención, es una cuestión de hecho, ajena a la violación directa de la ley. Este motivo es suficiente para rechazar el cargo, además de que en él se incurre en error de señalar como violadas normas de la convención colectiva que no son susceptibles de acusarse en el recurso de casación, pues no tienen el carácter de normas sustanciales nacionales. En consecuencia, se desestima el cargo.

Cargo segundo. - "La sentencia recurrida violó, por interpretación errónea, la norma contenida en el art. 47 del C. S. del T., en relación con los arts. 21, 45, 46, 64, 467, y 477 de la misma obra, las cláusulas 2ª y 47 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 26 de junio de 1961 entre la "Cía. Croydon del Pacífico S. A." y su Sindicato de Trabajadores, y los arts. 1602 y 1614 del C. C.".

Para el impugnador es ilógico e injurídico que estando suspendido el artículo 47 del C. S. T. por la Convención Colectiva de Trabajo como causal de despido o terminación del contrato, continúen vigentes los efectos indemnizatorios. Dice que es ilógica la interpretación, pues no hay efecto sin causa; e injurídica, pues no habiendo tiempo presunto de duración del contrato, sino término fijo pactado por escrito en la Convención Colectiva, se condena al pago de seis meses de salarios y nó a los correspondientes al período que faltaba para cumplirse el plazo pactado.

Se considera:

El Tribunal aplicó el artículo 47 del C. S. del T., porque estimó que la Convención Colectiva celebrada entre la Empresa demandada y su Sindicato, no había modificado el término presuntivo del contrato de trabajo. Es decir, lo aplicó a un supuesto fáctico que encontró demostrado, sin que para llegar a esta conclusión hubiese interpretado el contenido de la norma, que es muy clara cuando dice que si la duración del contrato no ha sido expresamente pactado o no resulte de la naturaleza o servicio que debe ejecutarse, se presume celebrada por términos sucesivos de seis en seis meses. Siendo las cuestiones de hecho ajenas a la acusación por interpretación errónea, el cargo es inadmisible. Además, el impugnador insiste en este cargo en el mismo error del anterior, de señalar como violadas normas de la Convención Colectiva de Trabajo que no son sustanciales en el orden nacional.

Cargo tercero. - "La sentencia recurrida violó, por apreciación erronea, las normas contenidas en las cláusulas 2ª y 47 de la Convención Colectiva de Trabajo de 26 de junio de 1961, suscrita entre la Compañía Croydon del Pacífico S. A. y el Sindicato de Trabajadores de ella, en relación con los arts. 45, 46, 64, 467 y 477 del C. S. T. los artículos 1608 y 1614 del C. C.".

Dice el recurrente que la sentencia acusada violó las cláusulas citadas de la Convención Colectiva, por apreciación erronea, pues de ellas no se deduce que quedaron vigentes los efectos indemnizatorios del plazo presuntivo cuando quiera que se diera por terminado el contrato invocando como causal el vencimiento de aquél. "De ellas no se deduce otra cosa —continúa el acusador— que el querer expreso de las partes de abolir el vencimiento del plazo presuntivo como causal de terminación de los contratos de trabajo y en consecuencia, el establecimiento en estos, como término de duración, de un plazo fijo de dos años igual al de duración de la Convención Colectiva de Trabajo. Si fue "abolida la cláusula de reserva y el plazo presuntivo, quedó establecido un término fijo de duración de los contratos igual a dos años, que dá derecho al trabajador despedido injustificadamente, a que se le indemnice con el pago de los salarios correspondientes al tiempo que faltare por el vencimiento de la Convención Colectiva, o sea doce meses, veintiseis días, como se decretó por el a-quo".

Se considera:

Como la misión de unificar la jurisprudencia nacional se cumple a través de pre-

ceptos legales sustantivos, las cláusulas de una Convención Colectiva, se repite, carecen del carácter anotado, pues si bien consagran derechos y obligaciones en el régimen interno de las empresas, no son normas expedidas por órgano o entidad competente para establecer reglas de derecho de carácter general. De manera que si el impugnador acusa violación directa de normas contenidas en la Convención Colectiva de Trabajo que rige las relaciones entre la Sociedad demandada y el Sindicato de Trabajadores, el cargo es inadmisible.

Pero si se entiende que la acusación predica la violación de normas legales sustantivas a través de errores de hecho por la apreciación errónea de la Convención Colectiva, que es una prueba del proceso, tampoco prosperaría el cargo, pues el Tribunal apreció correctamente la cláusula 47, al afirmar que en ella únicamente se pactó que para terminar el contrato de trabajo no se haría uso de la cláusula de reserva ni del vencimiento del plazo presuntivo de los contratos a término indefinido, pues no otra cosa dice la norma, en la cual nada se estableció en relación a que dichos contratos se entenderían celebrados por el término de la Convención, que es la deducción que saca el recurrente. Son dos cosas diferentes, y así lo entendió el Tribunal la eliminación que se hace en la Convención Colectiva, de dos modos legales para terminar el contrato, y otra la fijación de plazos fijos a los contratos de trabajo, sobre lo cual las partes nada pactaron, no siendo dable presumir, por lo tanto, que la intención de ellas fue señalar como término fijo el mismo de la Conveción Colectiva. En consecuencia, no prospera el cargo.

Cuarto cargo. - "La sentencia acusada violó por aplicación indebida, la norma contenida en el art. 64 del C. S. T., en relación con los artículos 21, 45, 46, 467 y 477 ibidem, las cláusulas 2ª y 47 de la Convención Colectiva de Trabajo de 26 de junio de 1961 suscrita entre la "Cía Croydon del Pacífico S. A." y su Sindicato de Trabajadores y los artículos 1602 y 1614 del C. C.".

Dice el recurrente que el sentenciador violó el art. 64 del C. S. del T., por cuanto le hizo producir efectos distintos a los contemplados en ella, pues estando demostrado que se abolió la cláusula de reserva, y el plazo presuntivo de los contratos de trabajo celebrado con trabajadores cuya antiguedad sea mayor de seis meses, requisitos que reunía Barragán, su contrato estaba regulado en cuanto a su duración por el artículo 47 de la Convención Colectiva, en concordancia con los artículos 45 y 46 C. S. del T., o sea que terminaba el 25 de junio de 1963, y por tanto, la indemnización de perjuicios a título de lucro cesante por la ruptura unilateral e ilegal del contrato, debe consistir en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltaba para cumplirse el plazo pactado en la Convención, y no los correspondientes al tiempo que faltaba para cumplirse el plazo presuntivo, que había sido eliminado como causal de despido.

Se considera:

El Tribunal no encontró demostrado que el plazo del contrato de trabajo celebrado entre las partes fuese el mismo de la Convención Colectiva, y por el contrario, estimó que era a término indefinido y se entendía celebrado, en consecuencia, por períodos sucesivos de seis en seis meses. Sobre esta base aplicó correctamente el artículo 64 del C. S. del T. al condenar a la indemnización por lucro cesante tomando como base el plazo del contrato que dió por demostrado. Si el término era igual al señalado para la Convención Colectiva como lo pretende el recurrente, es una cuestión de hecho ajena a la acusación por vía directa. No prospera el cargo.

Es de observar que el ad-quem condenó a una indemnización igual al valor de seis meses de salario, cuando lo procedente era la condena por la cantidad equivalente a los salarios correspondientes al tiempo faltante para vencerse el plazo presuntivo. Pero este aspecto del fallo no ha sido tocado en el recurso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Labo-

ral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali, Sala Laboral.

Sin costas en el recurso .

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

José Enrique Arboleda V., J. Crótatas Londoño C., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DEPOSITO DE LA CONVENCION COLECTIVA

La convención colectiva deberá depositarse necesariamente en el Departamento Nacional del Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos (celebrarse por escrito y en tantos ejemplares cuantas sean las partes), la convención no produce ningún efecto. (art. 469 C. S. del T.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., once de febrero de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Acta Nº 5).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial de Guillermo Acosta Montero contra la sentencia dictada el 17 de mayo de 1969, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, para decidir el ordinario de trabajo que le promovió el recurrente a la Caja Seccional de los Seguros Sociales del Valle del Cauca, partes que responden a las condiciones generales registradas en el expediente radicado en esta Sala bajo el número 3.681.

El actor demandó, previo agotamiento de la vía reglamentaria, reajuste de salarios, dominicales y días festivos trabajados durante siete meses de 1956 y todo el año de 1957; cesantía; preaviso de cien días; valor del plazo presuntivo y de vacaciones debidas conforme a Convención Colectiva, e indemnización moratoria según el artículo 65 C. S. del T., derechos causados por los servicios que le prestó a la demandada, desde el 1º de junio de 1956 hasta el 4 de enero de 1962, como Farmacéutico de la Clínica Central del ICSS. en aquella ciudad, con sueldo último de $ 850.61, en virtud de contrato que fue roto ilegalmente por la demandada.

Se opuso ésta a las pretensiones del actor aceptando tan solo los hechos relativos a la existencia del contrato y a su duración y tramitada la controversia el Juzgado Primero Municipal del Trabajo de Cali resolvió, en fallo del 23 de julio de 1968:

"Primero. - Condenar al Instituto Colombiano de Seguros Sociales Caja Seccional del Valle del Cauca, a pagar a favor del señor Guillermo Acosta Montero o a quien sus derechos represente, la cantidad de Seis mil setecientos veintiocho pesos con treinta y siete centavos ($ 6.728.37) M/cte. por concepto de auxilio de cesantía e indemnización por la terminación ilegal del contrato de trabajo.

"Segundo. - Absolver al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Caja Seccional del Valle del Cauca, de las demás reclamaciones formuladas por el actor.

"Tercero. - Costas parciales a cargo de la parte demandada".

Por apelación del demandante conoció del asunto el Tribunal mencionado de Cali, entidad que en la providencia también indicada confirmó la del inferior.

El recurso extraordinario.

Recibido en legal forma por la Corte persigue el quebrantamiento parcial de la decisión del ad-quem, en cuanto absolvió de las súplicas sobre vacaciones proporcionales de acuerdo con las convenciones colec-

tivas que amparaban al promotor de la litis y a la indemnización moratoria, para que, en su lugar se las despache favorablemente. Para estos efectos se formulan cuatro cargos, que se consideran en su orden. No hubo escrito de oposición.

Primer cargo.

Acusa interpretación errónea de los artículos 467, 469, 470 y 476 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para sustentarlo, el recurrente transcribe la cláusula 12 de la Convención Colectiva celebrada entre la demandada y el Sindicato a que estaba afiliado el demandante el 4 de septiembre de 1959, sobre reconocimiento y pago proporcionales, por fracción de año, de vacaciones para los trabajadores que se retiran de la Caja cuando hayan trabajado por lo menos tres meses; la cláusula 19 de la Convención de 1º de agosto de 1960, sobre vigencia de la anterior y la 9ª de la de 1º de agosto de 1961, sobre continuidad del mismo derecho, y precisa los folios a que han obrado en el expediente dichas convenciones indicando que de la primera aparecen dos copias, una expedida por la Dirección Regional del Trabajo del Valle del Cauca y la otra por la División de Asuntos Colectivos, ambas del Ministerio del Trabajo, con expresión esta última, de su autenticidad y del depósito efectuado el 1º de septiembre de 1960; de la segunda, dos copias también, de las cuales la expedida por la dicha Regional no menciona la fecha de depósito y la de la Secretaría de la División de Asuntos Colectivos manifiesta que "no se encontró" tal "fecha de depósito", y que la última, de 1961, es copia expedida y autenticada por la Dirección Regional del Valle, esto es, expresa haber sido tomada en forma fiel de su original.

El acusador alega que los artículos del Código Laboral destacados en el cargo ordenan darle cumplimiento a lo estipulado en las convenciones colectivas y, en consecuencia, debió decretarse el pago, a favor del trabajador, de lo correspondiente a las vacaciones proporcionales causadas por el tiempo servido del 1º de junio de 1961 al 4 de enero de 1962. Pero el Tribunal no lo hizo así, "no porque desconociera la existencia de las convenciones colectivas de trabajo, sino por no haber sido depositadas en el término de 15 días siguientes a su celebración", es decir, "porque no se cumplió uno de los requisitos esenciales para su validez: el depósito a tiempo o dentro del término legal de 15 días".

Se considera:

El ataque, por interpretación errónea, no es acertado. Pues el fallador no se equivocó al entender lo que disponen los textos 467, 470 y 476 C. S. T., citados para integrar la proposición ni el 469 de la misma obra —que se muestra fundamental en ella, por lo alegado— ya que tales preceptos establecen, conforme al juicio del Tribunal, que la Convención Colectiva debe depositarse necesariamente, dentro de los 15 días siguientes al de su firma, y sin el cumplimiento de este requisito, a más de los que instituye la dicha regla legal, no produce ningún efecto. La decisión absolutoria, en cuanto fue determinada por esa exégesis de la norma, no solo no padeció error sino que responde al correcto entendimiento del texto de ley, como lo tiene explicado la jurisprudencia de la Corte. Otra cosa es que el ad-quem hubiese apreciado que el depósito no se efectuó, o que no lo fue dentro del término debido —asunto que se estudiará con la oportunidad del segundo cargo— pero tal apreciación no equivoca lo que dispone el legislador, sino que atiende, y en forma correcta, a una exigencia suya consagrada en términos de necesidad, para que la Convención Colectiva produzca efectos.

El cargo, en consecuencia, es infundado.

Segundo cargo.

Por la vía del error de derecho acusa la violación de los mismos textos del ataque anterior, aplicados indebidamente, al desconocer el Tribunal el depósito exigido por el legislador, según las pruebas reseñadas, para los efectos de las convenciones celebradas entre la Caja del ICSS en el Valle y el

Sindicato a que estaba afiliado el demandante.

Se considera:

Para el fallador no se cumplió el requisito legal del depósito oportuno de las convenciones mencionadas, porque la Secretaría de la División de Asuntos Colectivos del Ministerio del Trabajo, al diligenciar probanza que ordenó el ad-quem, informó que la de 1961 "no se encontró depositada en los archivos de este Ministerio".

Sin embargo, a folio 66 del cuaderno 1º del expediente, obra la Convención referida con la constancia de la Dirección de la Regional del Trabajo del Valle del Cauca, de que tal documento es copia fiel tomada de su original. La Sala ha entendido, respecto de tales expresiones oficiales, que ellas acreditan los requisitos de ley sobre celebración por escrito de la Convención y depósito de la misma en oportunidad legal, pues de otra suerte, el funcionario correspondiente no podría, ni debe, expedir la copia respectiva. En el presente caso, por lo tanto, el hecho de que la División de Asuntos Colectivos en Bogotá no hubiese encontrado en sus archivos constancia sobre el depósito que debía efectuarse de la Convención, no destruye la atestación del funcionario de Cali, y no existiendo en el expediente, por otra parte, prueba del reglamento que obligue al depósito en aquella División y que le niegue validez al efectuado en la dicha Regional, sede de los celebrantes, ha de aceptarse cumplida la formalidad necesaria ante funcionario competente.

Prospera el cargo, por lo expuesto, y en consideraciones de instancia, la Corte con apoyo en las Convenciones expresadas y en los hechos no discutidos sobre servicio de 7 meses y 4 días y un salario de $ 776.00 revocará la absolución de lo resuelto sobre este punto por el a-quo y en su lugar dispondrá el reconocimiento y pago a favor del demandante de la suma de $ 231.00 por concepto de vacaiones proporcionales. Se agrega que no procederá condena por la misma suma a título de prima de vacaciones, pedida también en el libeleo inicial, con respaldo en otras cláusulas, porque el acusador no la comprendió en el alcance del recurso extraordinario, limitado en forma expresa a las dichas "vacaciones proporcionales".

Tercer cargo.

Interpretación errónea del artículo 65 del C. S. del T. Porque si bien "la jurisprudencia ha establecido que, para aplicarlo, se requiere que el patrono haya obrado de mala fe, por lo menos con falta de buena fe", "eso vale para los casos" de persona natural, pero no cuando se trata de personas morales, debido a que éstas "no tienen ni buena, ni mala fe, no tienen ánimo, no quieren, ni odian, ni aman".

Se considera:

El cargo procura la indemnización moratoria del artículo indicado, que el Tribunal no ordenó por encontrar atendible el comportamiento patronal debido a "la doble investigación fiscal y penal" que registra el expediente.

Mas tal juicio responde al correcto entendimiento del texto que se supone violado, el cual obliga a atender a la buena fe patronal para no pagar lo debido, en los términos de la jurisprudencia, sin que ésta nunca haya distinguido entre personas naturales y morales, en la forma y para los efectos que aduce el recurrente.

Según la norma citada la sanción es para el patrono, concepto que comprende a toda clase de personas que reciben y remuneran trabajo subordinado a voces del artículo 22 del C. S. del T., y no es exégesis atendible la de que de ella pueden exonerarse las personas naturales, en el supuesto de su buena fe, mientras que respecto de las personas morales no procede considerar su comportamiento, el cual, por lo demás, se expresa por medio de sus agentes o representantes.

Se rechaza el cargo.

Cuarto cargo.

Acusa aplicación indebida del artículo 65 del C. S. del T., a consecuencia de error de hecho "al apreciar y dejar de estimar algunas pruebas". Estas son las providencias de la Contraloría General de la República, del Juzgado Penal del Circuito de Cali y del Tribunal Superior del mismo lugar, que absolvieron al trabajador de toda responsabilidad o culpa.

Se considera:

El ad-quem confirmó la absolución del Juzgado, sobre la indemnización moratoria que persigue el cargo porque encontró atendible la tardanza patronal en pagar la cesantía causada, debido a la "doble investigación fiscal y penal, que duró algunos años, desde la iniciación del sumario (21 de agosto de 1961) hasta el fallo del Tribunal (25 de junio de 1868)".

El recurrente no precisa cuáles de las pruebas que destaca dejó de apreciar el fallador y cuáles otras apreció mal, afirmando globalmente que "si hubiera hecho una estimación correcta de esas pruebas y de esos documentos habría concluído en que sí hubo mala fe en los funcionarios de la demandada encargados de hacer el pago de las prestaciones debidas a los trabajadores y de retener la cesantía del actor". Ha de entenderse, pues, que lo que se afirma es la mala apreciación de aquellos documentos, como lo denota también la circunstancia de que el fallador invocó en respaldo de su absolución aquellas investigaciones de la Contraloría y de la justicia penal, con cita además de fechas y providencias. Mas la mala apreciación de documentos auténticos, como son los referidos, no está contemplada por la ley que gobierna el presente recurso extraordinario, para el error de hecho, el cual se circunscribe a la falta de apreciación de los mismos. Y no puede la Corte, en presencia de tal rigor legal, adentrarse en el estudio probatorio propuesto.

Por lo anterior se rechaza el cargo.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, Casa Parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto al confirmar el fallo del a-quo absolvió por el extremo de vacaciones proporcionales conforme a las convenciones colectivas que obran en los autos; en sede de instancia revoca esa decisión de primer grado y en su lugar Condena a Caja Seccional de los Seguros Sociales del Valle del Cauca, a pagar a favor del demandante Guillermo Acosta Montero la suma de doscientos treinta y un pesos ($ 231.00) m/l. por dicho concepto. No la casa en lo demás.

Sin costas.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LIBRE FORMACION DEL CONVENCIMIENTO

En los juicios el fallador goza de autonomía para apreciar las pruebas, y si bien debe analizar todas las que se alleguen oportunamente a los autos, puede darle preferencia a cualquiera de ella , sin sujeción a la tarifa legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., febrero doce de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C).

(Acta Nº 3).

Manuel A. Maldonado, mayor y vecino de Bogotá, demandó a Epimenio Bautista, también mayor y de esta vecindad, y a la "Asociación Pro-Vivienda de Trabajadores" domiciliada en Bogotá, para que se les condene solidariamente a pagarle ciento diez pesos con cuarenta y seis centavos ($ 110.46) por concepto de cesantía; sesenta y cuatro pesos con noventa y ocho centavos ($ 64.98) por prima de servicios; ocho pesos con sesenta y seis centavos ($ 8.66) diarios a partir del 6 de abril de 1960 y hasta cuando se verifique el pago de lo pedido, y las costas del juicio. En la primera audiencia de trámite el demandante adicionó la demanda en el sentido de agregar como petición la indemnización por lucro cesante.

Relatan los hechos de la demanda que Pro-Vivienda de Trabajadores es o fue propietaria de una cantera ubicada en jurisdicción del Municipio de Soacha, que explotaba por intermedio del señor Epimenio Bautista como contratista independiente, quien a su vez contrató trabajadores entre los cuales se encontraba Manuel A. Maldonado; el demandante prestó sus servicios a Bautista desde el 3 de noviembre de 1959 hasta el 6 de abril de 1960, fecha en la cual sufrió un accidente de trabajo; el contrato de trabajo terminó en esta fecha, por despido de Maldonado hecho por Bautista, quien se negó a pagarle las prestaciones correspondientes al accidente de trabajo, viéndose obligado el demandante a citar a la Asociación Pro-Vivienda de Trabajadores a la Inspección de Trabajo y allí, previo concepto de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial del Miniterio del Trabajo, se le canceló el valor de seis meses de salario y el de la correspondiente indemnización. Al demandante se le adeuda el auxilio de cesantía, la prima semestral de servicios y la indemnización por lucro cesante. El salario promedio que devengaba era de doscientos sesenta pesos mensuales.

Como fundamentos de derecho invocó los art.s 250, 306 y 65 del C. S. del T.

Al contestar la demanda, Asociación Pro-Vivienda de Trabajadores aceptó ser propietaria de una cantera en Soacha y negó los demás hechos. Se opuso a las peticiones con fundamento en que Bautista y Maldonado, asociados, convinieron un contrato de obra con ella, pero sin dependencia entre los contratistas y la entidad contratante, ni dependencia entre los propios contratistas, por lo cual el demandante no tuvo contrato de trabajo con la Asociación, ni con el contratista Bautista de quien era asociado. Epimenio Bautista no contestó la demanda.

El Juez del conocimiento, que lo fue el Primero Laboral de Bogotá, estimó que el demandante trabajó en las canteras de la Asociación Pro-Vivienda de Trabajadores en virtud de un contrato de trabajo acordado con el contratista independiente Epimenio Bautista, y dio aplicación al artículo 34 del

Código Sustantivo del Trabajo en relación con la solidaridad entre el beneficiario de la obra y el contratista, pues encontró demostrado que las labores a que se dedicaron Maldonado y Bautista no eran extrañas a las actividades de la Asociación. En consecuencia condenó solidariamente a los demandados a pagar al demandante Manuel A. Maldonado ciento diez pesos con 50/100 ($ 110.50) por concepto de cesantía; sesenta y nueve pesos con 32/100 ($ 69.32) por prima de servicios, y ocho pesos con 66/100 ($ 8.66) diarios a partir del 7 de abril de 1960 hasta la fecha en que se haga el pago de las prestaciones sociales deducidas en la sentencia. Absolvió a los demandados de las demás peticiones, e hizo de cargo de ellos las costas del juicio.

Apeló el apoderado de la Asociación Pro-Vivienda de Trabajadores. El Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Laboral, consideró que Asociación Pro-Vivienda de Trabajadores fue patrono de Manuel A. Maldonado, y que por lo tanto debía responder directamente de las obligaciones ante su trabajador. Estimó que había actuado de buena fe al no pagar oportunamente el auxilio de cesantía, cuya condena rebajó a setenta y tres pesos con 62/100 ($ 73.62), y la prima de servicios, condena que mantuvo, y en consecuencia la absolvió de la indemnización por mora, dejando en firme esta condena para Epimenio Bautista, así como las otras, a pesar de que dio por demostrado que no tuvo vínculo laboral con el demandante, por haberse conformado con la sentencia al no interponer el recurso de apelación. No hizo condena de costas en la instancia.

Recurrió en casación el demandante. El recurso se decidirá previo el estudio de la demanda y el escrito de oposición, presentados oportunamente.

Alcance de la impugnación.

Pretende la casación parcial de la sentencia recurrida, en cuanto en el numeral 3º de la parte resolutiva exonera a la Asociación Pro-Vivienda de Trabajadores de la indemnización por mora en el pago de prestaciones sociales, y en su lugar, constituída la Sala en Tribunal de instancia, se condene a la Asociación Pro-Vivienda de Trabajadores a responder solidariamente por el pago de la indemnización moratoria.

Formula un solo cargo con base en la causal primera de casación.

Cargo único.

"El Tribunal de Instancia, al exonerar a la Asociación Provivienda de Trabajadores del pago de la indemnización moratoria, por el no pago oportuno de las prestaciones sociales a Manuel Maldonado, profirió un fallo violatorio, por vía indirecta, de los arts. 65 y 34 del C. S. del T., ya que aplicó indebidamente el art. 65 del mencionado estatuto, en virtud de errores evidentes y ostensibles de hecho en la apreciación de algunas pruebas y en la desestimación de otras, error que condujo al fallador a dar por demostrado, sin estarlo, que la Asociación Provivienda de Trabajadores, tuvo el carácter de patrono del demandante y no de simple beneficiario de la obra y que en tal virtud la mencionada Asociación había obrado de buena fe y por ello no se hacía acreedora a la sanción moratoria en el pago de prestaciones. Igualmente al cometer en forma ostensible, el fallador de segunda instancia el error grave antes anotado incurrió en violación del art. 34 del citado Código al no hacer extensiva la solidaridad al beneficiario de la obra para el pago de las prestaciones e indemnizaciones que se cobran".

Como pruebas erróneamente apreciadas señala los documentos de folios 16, 21, 22 y 53; los testimonios de José Aníbal Lara y Jorge Alvarez Restrepo (folios 51 y siguientes); la confesión ficta del demandado Epimenio Bautista (fl. 48 y siguientes), y posiciones del Dr. Héctor Bayardo Guerra (fl. 25).

Para el recurrente el documento de folio 16, firmado por el demandante a instancias de Asociación Provivienda de Trabajadores, en el cual afirma que fue víctima de un accidente de trabajo cuando se hallaba a las órdenes del contratista de Provivienda, Epimenio Bautista, y que nunca tuvo contrato

de trabajo con Asociación de Provivienda; el de 21, carta suscrita por el Dr. Héctor Bayardo Guerra, en su carácter de representante de Asociación de Provivienda de Trabajadores, en donde dice que Manuel A. Maldonado sufrió un accidente de trabajo en las canteras de dicha entidad cuando trabajaba por cuenta del contratista independiente señor Epimenio Bautista; el de folio 22, en el cual el Dr. Héctor Bayardo Guerra declara que la Asociación Provivienda de Trabajadores "Contrató, contrato de obra, con el señor Epimenio Bautista, la explotación parcial de una cantera de su propiedad, para cuya labor el señor Bautista contrató contrato de trabajo, al señor Manuel A. Maldonado", constituyen plena prueba para demostrar claramente que el señor Epimenio Bautista fue un contratista independiente con respecto a la Asociación Pro-vivienda de Trabajadores, y por consiguiente que dicho señor Bautista fue el único patrono de Manuel A. Maldonado y éste su trabajador. Sin embargo, continúa el acusador el fallador de segunda instancia no les dio el valor probatorio que tales documentos tienen a la luz de las disposiciones legales, habiendo cometido un error ostensible de hecho. Dice que lo mismo hizo con el documento que obra a folio 53, en donde se consignó ante un funcionario administrativo de trabajo que la calidad de Epimenio Bautista fue la de contratista independiente y de trabajador la de Maldonado.

En relación con los testimonios de José Aníbal Lara y Jorge Alvarez Restrepo, quienes sostienen que Epimenio Bautista y Manuel A. Maldonado celebraron con la Asociación Provivienda de Trabajadores un contrato de obra; dice el recurrente que el Tribunal, al concluír que Maldonado no tuvo la calidad de trabajador de Epimenio Bautista ni éste la de contratista independiente, erró ostensiblemente, por cuanto le dio a dichos testimonios un valor probatorio superior a la prueba documental, hecho reñido con los principios procesales vigentes. Agrega que por este error concluyó que la Asociación Provivienda de Trabajadores obró de buena fe al no cancelar oportunamente las prestaciones sociales, siendo así que la buena o mala fe para efectos del art. 65 del C. S. del T, se da respecto a quien tiene el carácter de patrono, más no para el beneficiario de la obra.

Refiriéndose a la confesión ficta de Epimenio Bautista, quien habiendo sido notificado para absolver posiciones no compareció, dice que de ella se deduce que Bautista tuvo el carácter de contratista independiente y que Manuel A. Maldonado fue su trabajador. Respecto a la absolución de posiciones del doctor Héctor Bayardo Guerra agrega el impugnador que el absolvente confesó que Epimenio Bautista tuvo el carácter de contratista independiente, dejando sin valor alguno las afirmaciones del apoderado judicial de Asociación Provivienda de Trabajadores, quien al contestar la demanda sostuvo que tanto Bautista como Maldonado habían tenido el carácter de socios, modalidad sobre la cual también declararon los testigos José Aníbal Lara y Jorge Alvarez Restrepo.

Finalmente el casacionista manifiesta que fueron tan graves los errores de hecho cometidos por el Tribunal que lo llevaron a incurrir en graves contradicciones entre la parte motiva y la resolutiva, pues habiendo considerado que Bautista no tenía el carácter de patrono de Maldonado como contratista independiente de Asociación Provivienda de Trabajadores, lo condenó solidariamente con ésta al pago de prestaciones sociales.

Termina así el recurrente: "Del análisis de las pruebas dejadas de apreciar y de las que fueron mal apreciadas, se deduce claramente que Epimenio Bautista tuvo el carácter de contratista independiente de la Asociación Provivienda de Trabajadores, que Manuel A. Maldonado, tuvo el carácter de trabajador de Epimenio Bautista. Como conclusión de lo anterior, existe total solidaridad entre el contratista independiente y la beneficiaria de la obra, para el caso Asociación Provivienda de Trabajadores, para responder por el pago de las deudas laborales causadas en favor del trabajador del contratista Manuel A. Maldonado. Por la misma razón, no es posible aplicar en

forma indebida el art. 65 del C. S. del T. en el sentido de predicar del beneficiario de la obra, la buena o mala fe, como lo hizo el fallador de segunda instancia, ya que tal predicamento solamente cabe del patrono, para el caso de Epimenio Bautista pero no de Asociación Provivienda de Trabajadores, quien solamente responde por el fenómeno de la solidaridad".

Para el opositor la decisión de fondo del Tribunal consiste en la declaración de que tanto Bautista como Maldonado fueron trabajadores de Asociación Provivienda de Trabajadores, y por lo tanto las decisiones por mora y solidaridad son sólo consecuencia de ella, por lo cual la acusación ha debido dirigirse sobre esa decisión de fondo. Respecto a la buena fe de Asociación Provivienda de Trabajadores, dice el opositor que la forma en que se contrató a Bautista y Maldonado, las condiciones en que realizaron su labor, daban margen para que la Asociación considerara al demandante fuera de la relación propia de un contrato de trabajo.

Se considera:

Fundamentó su acción el demandante en la existencia de un contrato de trabajo con Epimenio Bautista, quien a su vez era contratista independiente del beneficiario de la obra, Asociación Provivienda de Trabajadores, y señaló a ambos como obligados en virtud de la solidaridad establecida en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Asociación Provivienda de Trabajadores sostuvo en el juicio que tanto Bautista como Maldonado eran contratistas independientes, quienes se asociaron para desarrollar la labor contratada. El Juez de primera instancia encontró demostrada la hipótesis del demandante y condenó a Bautista y a la Asociación a pagar solidariamente a Maldonado las prestaciones debidas y la indemnización por mora.

Se apartó el Tribunal en el fallo de segunda instancia de los fundamentos de hecho aducidos por las partes y dio por demostrada una tercera situación, o sea que entre Maldonado y Asociación Provivienda de Trabajadores existió un contrato de trabajo, descartando así la relación de trabajo entre el demandante y Epimenio Bautista, el otro demandado.

Llegó el ad-quem a esta conclusión por estimar que "de las declaraciones aportadas a los autos, de las posiciones que Provivienda le formuló al actor (quien pregunta en posiciones también confiesa) y de las afirmaciones hechas por este ultimo se establece que cuando las partes emplean la palabra "contratista" no lo hacen en virtud de la difinicion que la Ley Sustantiva del Trabajo le da, sino porque consideran que deben darle ese nombre por el solo hecho de que entre Bautista y el demandante se comprometieron a sacar carbón, por metros cúbicos, a destajo, o "por contrato', repartiéndose entre los dos el valor que Provivienda le entregaba directamente a Bautista. Empero, en parte alguno de los autos está demostrado que Epimenio Bautista hubiera obrado con autonomía técnica y directiva, como un verdadero patrono del actor, usando sus propias herramientas y afrontando todas las responsabilidades que la explotación del carbón llevara consigo. Y no obstante que Epimenio Bautista fue declarado confeso previa la tramitación del respectivo incidente respecto de los hechos contenidos en las posiciones que le formuló la parte demandante, de los cuales se pone de presente que él como contratista independiente, contrató los servicios de Maldonado por su cuenta y bajo su dependencia, la realidad que arrojan los autos es bien diferente". Se refiere luego el Tribunal a las preguntas formuladas por Provivienda al demandante, que a su juicio constituyen confesión, y a los testimonios de José Aníbal Lara y Jorge Alvarez Restrepo, para concluír que de estas pruebas se deduce la existencia del contrato de trabajo entre Maldonado y Asociación Provivienda de Trabajadores.

Como puede observarse, el Tribunal consideró más convincentes los testimonios que la confesión y los documentos sin que por ello incurriera en una errónea apreciación

de las pruebas, pues como lo ha dicho la jurisprudencia: "En los juicios el fallador goza de autonomía para apreciar las pruebas, y si bien debe analizar todas las que se alleguen oportunamente a los autos, puede darle preferencia a cualquiera de ellas, sin sujeción a la tarifa legal".

Por otra parte, al no tener en cuenta el Tribunal la confesión de Epimenio Bautista en relación con el vínculo que lo unió con el demandante Maldonado y el codemandado Asociación Provivienda de Trabajadores, no hizo sino darle aplicación al principio de que la confesión de una persona no puede hacerse valer contra terceros. Respecto a las afirmaciones hechas por Asociación Provivienda de Trabajadores en los documentos a que se refiere la acusación, bien podía el fallador desecharlos sí estimó más convincentes los testimonios que acreditan una situación más desfavorable para ella, cual es la de considerarla como patrono del demandante, y en consecuencia obligada directamente, que la de beneficiaria de la obra, posición en la cual sólo responde a través de la solidaridad con el contratista independiente, que es el verdadero patrono. En relación con el carácter de confesión que el ad-quiem dio a las afirmaciones contenidas en las preguntas del pliego de posiciones elaboradas por el apoderado judicial de Asociación de Provivienda de Trabajadores, ninguna objeción sobre este aspecto hizo el recurrente.

No habiéndose demostrado el error de hecho que se le atribuye al Tribunal, consistente en haber dado por demostrado que entre el demandante Maldonado y Asociación de Provivienda de Trabajadores existió un contrato de trabajo, queda en firme la conclusión sobre la buena fe de esta última, que no solamente se fundamenta en este hecho, sino en otros que no han sido desvirtuados, como que Asociación Provivienda sostuvo, al igual que el demandante, que Epimenio Bautista era contratista independiente, y el convencimiento que tenía de que ambos eran socios de la explotación de la cantera. En consecuencia, no prospera el cargo.

Es de advertir, como lo anota el casacionista, que el ad-quem incurrió en error al condenar a Epimenio Bautista por la indemnización moratoria, siendo así que no lo consideró vinculado al demandante, y por este concepto absolvió a Asociación Provivienda. Pero este olvido del artículo 486 del Código Judicial, que no es posible corregir en casación, no tiene incidencia en las conclusiones a que llegó sobre la existencia o inexistencia de la buena fe del patrono.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda V.. J. Crótatas Londoño C., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESTACIONES SOCIALES EMANADAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Cuando se trata de prestaciones generadas en la existencia del contrato de trabajo, el tiempo de servicios y el salario, basta al trabajador probar estos tres factores para que de allí se derive el derecho a tales prestaciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veinticuatro de febrero de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: doctor Crótatas Londoño).

(Acta Nº 5).

La firma Cristalería Peldar S. A. interpuso, mediante apoderado, recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Zipaquirá, Sala Laboral, con fecha veintitrés de junio de mil novecientos sesenta y nueve, en el juicio ordinario de Hernando Jiménez contra la nombrada firma. La parte recurrente presentó la respectiva sustentación en oportunidad y la opositora la replicó dentro del término legal. En consecuencia, cumplidos los trámites previos de rigor, y como quiera que la demanda de casación llenó los requisitos de forma, según calificación hecha por la Sala, se entra a decidir el recurso.

Como antecedentes litigiosos se tiene: 1) Hernando Jiménez demandó a la sociedad "Cristalería Peldar S. A." para que fuese condenada a pagarle indemnización compensatoria por rompimiento unilateral e injusto del contrato de trabajo, auxilio de cesantía, compensación por vacaciones, "la parte proporcional que le correspondía por concepto de prima de servicios" e indemnización moratoria.

2) Como hechos sustentatorios de sus pretensiones el actor adujo: a) Que suscribió con la sociedad un contrato de trabajo a término fijo de dos años, que empezó a regir el 20 de septiembre de 1965, para prestar sus servicios a la Empresa; b) Que la remuneración estipulada fue de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) mensuales; c) Que la Empresa lo despidió con apoyo en la causal del numeral 13, letra A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1964, cuatro meses y veinticinco días después de la iniciación del contrato, y d) Que la demandada se ha negado al pago de "salarios, vacaciones, primas, cesantía e indemnizaciones" que adeuda.

3) El juicio fue decidido en primera instancia por el juez promiscuo municipal de Cogua, en sentencia de trece de enero de mil novecientos sesenta y siete, que luego quedó sin efecto por razón de la nulidad de lo actuado a partir de la primera audiencia de trámite decretada por el Tribunal, y más tarde en sentencia de diez de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho, en la cual se condenó a la sociedad demandada al pago de indemnización compensatoria por lucro cesante en cuantía de setenta y seis mil seiscientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 76.666.66) y a las costas de la instancia, y se absolvió por los restantes conceptos de la demanda.

4) Para decidir el recurso de apelación interpuesto por ambas partes, el Tribunal, en el fallo objeto del recurso extraordinario, confirmó la condena por lucro cesante, redujo la condena por costas de la primera instancia, y condenó, a su vez, al pago de la prima de servicios proporcional al tiempo trabajado en el segundo semestre de mil novecientos sesenta y cinco. al de la indemnización moratoria a partir de la fecha de terminación del contrato hasta la del pago

de esta última prestación y al de las costas de la segunda instancia.

La demanda de casación.

Sobre los antecedentes vistos, y después de formular una larga alegación previa sobre la ausencia de fundamento por parte del Tribunal para la condena por prima de servicios e indemnización moratoria, el recurrente plantea la casación total de la sentencia de segundo grado para que la Sala, en función de instancia, "confirme la de primer grado, salvo en cuanto a las costas, que deberán ser impuestas al actor", lo que significa que el casacionista acepta la decisión en cuanto a la condena por lucro cesante y propone sólo su quebrantamiento en lo tocante con la condena por prima de servicios e indemnización moratoria, pretensiones por las cuales absolvió el a-quo.

Con este propósito presenta tres cargos, entre los cuales los dos primeros se refieren a las dos materias aludidas y el tercero exclusivamente a la indemnización por mora. La Sala entra a estudiar, en su orden, tales cargos.

Primer cargo:

Contiene la acusación de que la sentencia es violatoria "por falta de aplicación, del art. 26 de la Constitución, en relación con los arts. 25 y 50 del C. P. L., el primero no aplicado y el segundo indebidamente aplicado, y con los arts. 306 y 65 del C. S. T., éstos también indebidamente aplicados".

Para sustentar este ataque el recurrente anota:

"Cuando el art. 26 de la Carta garantiza que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, se remite no sólo a las disposiciones procesales que regulan la competencia del juez y el rito correspondiente, en general, sino también a todas aquellas normas de procedimiento que tienden a impedir la sorpresa o la trampa que privarían a cualquiera de los litigantes de la oportunidad de defenderse.

"Una de tales normas es el art. 25 del procedimiento laboral que entre los requisitos de validez de la demanda incorpora: 'lo que se demanda, expresando con claridad y precisión los hechos y omisiones'."

"En la demanda del 22 de abril de 1966 (fs. 8 a 12 del cuaderno I) el actor se cuida de afirmar que la empresa no le pagara oportunamente la prima del año anterior al de su despido (1965). No obstante lo cual, en las 'peticiones' dice: '3ª Que se condene a la demandada pagarle a mi patrocinado la parte proporcional de la prima de servicios que le corresponda como empleado que fue de la misma'."

No habla el demandante de "primas" sino de "prima", en singular. Lógicamente debe entenderse que pide la del semestre en curso y no la del inmediatamente anterior, que debió haberse pagado antes del 20 de diciembre, o cuya falta de pago ha debido afirmarse "con claridad y precisión" para que la empresa conociera la acusación concreta.

"El sentenciador, al no tomar en cuenta esas omisiones del libelo inicial y en cambio castigar a la empresa con una condena por no haber demostrado el pago de la prima de servicios de 1965, que no se le pidió concretamente en la demanda ni cuya deuda se le achacó a lo largo de ambas instancias por la contraparte ni por ninguno de sus apoderados, deja de aplicar la garantía constitucional referida, en relación con el art. 25 del C. P. L. y el 471 del C. J. sobre consonancia del fallo con las pretensiones. Además, no habiéndose pedido el pago de la prima de 1965 en la demanda, ni alegado el no pago durante el proceso, ni siquiera el juez de primer grado hubiera podido lícitamente condenar a pagarla 'extra petita' o 'ultra petita', conforme al art. 50 del C. P. L., que otorga esa facultad al 'Juez de primera instancia' pero la niega al fallador de la segunda que fue quien la utilizó indebidamente en la condena comentada.

"Con lo cual, además, quedó violado, por aplicación indebida a un caso no regulado por ella, la norma del art. 306 sobre pago de la prima de servicios, y consecuencial-

mente, porque la supuesta deuda insoluta de esa prima es el soporte de la sanción moratoria, el art. 65 del Código Laboral, que autoriza dicha indemnización.

"No sobra aclarar que la cita del libelo de demanda no implica en la acusación el cambio de la vía directa por la indirecta, pues no la invoca como elemento de prueba cuya falta de apreciación o apreciación equivocada condujera al sentenciador a un error, de hecho o de derecho. Sino que toda acusación contra una sentencia por condenas no pedidas, obliga necesariamente a citar las peticiones respectivas".

El opositor, por su lado, observa, en síntesis, que el actor en el juicio usó en las peticiones de su demanda tanto el término "prima" en singular, como el vocablo "primas", en plural, y no pidió expresamente la parte proporcional de la prima correspondiente a 1966, prescindiendo de la del año anterior, caso en el cual sí se configuraría una condena extra petita, pero que, además, la parte demandada no cumplió con la exigencia de dar respuesta con claridad y precisión a los hechos de la demanda y, en particular, al hecho sexto que se refiere al no pago de las "primas", ni en la relación de medios de prueba se anunció ninguna encaminada a establecer dicho pago. Agrega que, conforme a reiterada jurisprudencia, que parcialmente cita, "la carga de la prueba, en lo atinente a prestaciones, pesa sobre el patrono demandado, bastándole al trabajador demostrar la existencia del contrato de trabajo y su desarrollo real". Transcribe, de otra parte, una jurisprudencia de la Corte según la cual la norma del artículo 26 de la Carta se refiere exclusivamente a los aspectos de competencia y forma del juicio, pero no a la pretermisión de cualquier norma de procedimiento. Anota, finalmente, que el cargo "entraña una acusación por error in procedendo, la que acarrería una declaración de nulidad, evidentemente no solicitada e imposible dentro de las provisiones legales vigentes en el momento en que se formuló".

Se estudia:

La acusación, como se ve en su texto, se apoya en que el actor ha debido afirmar con claridad y precisión la falta de pago de la prima de servicios correspondiente al segundo semestre de 1965, pero que se concretó a demandar el pago de la "prima", en singular, con lo cual ha de entenderse, "la del semestre en curso" y no la inmediatamente anterior. Pero que como el sentenciador no tomó en cuenta las omisiones del actor, castigó a la Empresa con la condena por no haber demostrado el pago de la prima de servicios de 1965.

Se plantea así, con toda claridad, una equivocada apreciación o interpretación de la demanda cuando se pretende que el Fallador no entendió lo pedido y dio, en consecuencia, como demandada la prima de servicios de 1965 y no la de 1966. Esto conlleva, aunque el acusador afirme lo contrario, la fundamentación del ataque en un error de hecho derivado de tal equivocada apreciación o interpretación del libelo inicial del juicio, y la violación de la ley, entonces, habría ocurrido por la vía indirecta. Pero como no sólo la censura escogió contradictoriamente la directa sino que, aun tomándola por la primera, no aparece propuesta la falta de estimación de documento auténtico, la presentación del cargo es inadecuada. Aparte de esto, basta examinar la demanda en juicio para comprobar que el actor pidió con toda precisión y claridad respecto de la prima de servicios, pues en la petición f) solicitó "la parte proporcional que le corresponde, por concepto de prima de servicios", es decir, la que cabía reclamar legalmente por los meses servidos en el segundo semestre de 1965, pues no hay fundamento alguno para suponerla demandada por el servicio en el año de 1966, que fue inferior a tres meses, y por lo tanto no daba base legal para su exigencia. A más de que cuando se habla de "prima de servicios", sin hacerse referencia a la de un lapso determinado, debe entenderse obviamente la expresión en el sentido nominativo de la prestación, como la contempla el artículo 306 del C. S. del T., y no limitada a un semestre o un año determinado, el último, sino al tiempo de servicios, máxime si en los hechos se afirma, como ocurre en el hecho sexto de la demanda inicial, que la Empresa

no ha pagado al actor las "primas" que salga a deberle de acuerdo con la ley.

De otro lado, cuando se trata de prestaciones generadas en la existencia del contrato de trabajo, el tiempo de servicios y el salario, basta al trabajador probar estos tres factores para que de allí se derive el derecho a tales prestaciones, en forma que al demandado corresponde probar su pago y que, aun no solicitadas, el juez a-quo, en el ejercicio de la facultad conferida por el artículo 50 del C. del P. L., puede condenar a su cancelación; y afirmado que el demandado no las ha cubierto, tanto el a-quo como el ad-quem deben condenar a su solución con base en tales factores.

En estas condiciones, si el Tribunal, con apoyo en la petición sobre prima proporcional de servicios y sobre la base de que éstos fueron prestados entre el 20 de septiembre de 1965 y el 15 de febrero de 1966, y de que la empresa demandada no probó pago alguno por el concepto pedido, condenó a la cancelación de la proporcional al trabajo cumplido, más allá de los tres meses, dentro del segundo semestre de 1965, obró con estricta sujeción a la ley. No se hallan entonces violadas las disposiciones que cita el cargo por los conceptos que él contiene, y ha de declararse su no prosperidad.

Segundo cargo:

Mediante este cargo se censura la sentencia del ad-quem por violación, en el concepto de aplicación indebida, del artículo 306 del C. S. del T. y consecuencialmente el 65 del mismo estatuto, y para sustentarlo el casacionista argumenta:

"Para condenar al pago de la prima de 1965, el sentenciador no hace refereucia a ninguna prueba del proceso que lo lleve a decir que tal prima fue "pedida". Sencillamente lo induce, por sí y ante sí, con estas palabras: 'La petición tercera se refiere al pago proporcional de la prima de servicios, desde luego por el tiempo de servicios'. La frase final es de su caletre.

"Pues no. La aplicación recta del art. 306 no puede desestimar que él ordena una prima periódica, pagadera por semestres del calendario, y no por semestres contractuales ni al finalizar la relación laboral. Por lo tanto, cuando en una demanda no se afirma la deuda de una prima correspondiente a un semestre anterior al que corría al extinguirse el contrato y se pide el pago de una sola prima, la condena a pagar otra distinta entraña una indebida aplicación del referido precepto sustancial".

El opositor glosa la sustentación de este cargo por cuanto no se expresó en él si la acusación se formula por via directa o indirecta, no obstante deducirse del texto que el recurrente considera que el Fallador erró al dar por establecido, sin estarlo, que el actor demandó el pago de la prima correspondiente a 1965; y también por las razones expresadas en relación con el cargo primero.

Se estudia:

Desde luego, para que el Fallador de segunda instancia pudiese entrar en el examen sobre el derecho a prima de servicios solo era menester que aludiese a la petición correspondiente, y es así como el mismo impugnador reconoce que el Tribunal estudia el punto con base en la petición tercera de la demanda. Se trata entonces ya de establecer si en tal petición quedó o no comprendida la prima por el tiempo servido en 1965. Y este punto se definió al decidirse sobre el cargo primero. Lo mismo ha de decirse sobre la forma de petición a que se refiere el acusador en el segundo párrafo de la sustentación, pues como se dijo antes, la simple demanda de la prestación con su nombre legal o la negación de su pago por el actor, obliga al Tribunal a decidir sobre la materia dentro del marco que le señalen el tiempo de servicios y el salario, y corresponde al patrono la prueba del pago durante todo el lapso de ejecución del contrato.

No se encuentra, como en el cargo anterior, que el Fallador haya aplicado indebidamente los artículos 65 y 306 del C. S. del T. y por ello el cargo no prospera.

Tercer cargo:

En él se acusa la sentencia de violar, por interpretación errónea, el artículo 65 del C. S. del T., y se argumenta así para sustentarlo:

"El sentenciador, para aplicar la sanción moratoria del art. 65 del C. S. T., se limita a argüir que la empresa no demostró haber pagado la prima de 1965. Es la aplicación mecánica de la norma que en buena hora ha repudiado la reiterada jurisprudencia de la Sala.

"De investigarse si hubo o no motivos plausibles para no consignar el valor de esa prima o para no aducir la prueba de su pago (que ahora se acompaña), se habría hallado fuéra de la oscuridad de la demanda sobre el particular, el motivo invocado en la demanda de reconvención para pedir la compensación con la indemnización pactada con el trabajador respecto de los gastos de viaje hasta Zipaquirá".

A lo anterior replica el opositor con la transcripción parcial de una sentencia de esta Sala en la que se define el concepto de la interpretación errónea y agrega que el acusador no explica en qué consiste la errónea interpretación del precepto por el Sentenciador y que la argumentación restante conduciría al planteamiento de la violación por error de hecho, pero sin que se citara el documento auténtico dejado de apreciar por el Tribunal.

Se estudia:

Como lo ha dicho en múltiples oportunidades esta Sala, la interpretación errónea como concepto de violación de la ley, consiste en dar a ésta una inteligencia que pugna con su recto sentido. Debe entonces aparecer claramente de la confrontación entre la inteligencia que el Fallador dio a la norma y la que ésta rectamente ha de tener.

En el presente cargo, el impugnador se concreta a expresar que el Sentenciador dio al precepto del artículo 65 una aplicación mecánica y que no investigó "si hubo o no motivos plausibles para no consignar el valor de esa prima o para no aducir la prueba de su pago". Mas ocurre que el ad-quem no dio al citado mandato del Código ningún sentido contrario al verdadero, sino que lo aplicó a la situación debatida con el alcance que la jurisprudencia de esta Sala le ha dado. En efecto, para decidir sobre la pertinencia de la sanción moratoria expresó, entre otras cosas: "en el presente juicio no se ha controvertido el nexo contractual ni la relación de trabajo; tampoco lo atinente a derecho, por parte del trabajador, a las prestaciones sociales".

"La suma consignada por la parte demandada... lo fue para pago de cesantía y 15 días de salario (preaviso)..."

"Al examinar la petición tercera, se vio que el demandante tiene derecho al pago de prima de servicios, proporcional al tiempo servido en el segundo semestre de 1965; que esa prestación es social y que la parte demandada no probó pago alguno en relación con ella".

"El pago que debe efectuar el patrono a la terminación del contrato de trabajo, ha de abarcar todas y cada una de las prestaciones sociales; si una o varias de ellas no son pagadas, incurre el patrono en la sanción consagrada en el artículo 65 precitado".

En el primer párrafo transcrito, el Tribunal alude claramente a los hechos que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, atenúan la severidad punitiva del artículo 65 del Código por configurar la buena fe patronal, cuando expresa que tales hechos no se han controvertido. No hay, según este aserto del Fallador, base en el proceso para que pueda entrarse en la búsqueda de los elementos configurantes de la buena fe que excluye la sanción moratoria. Y luego de reiterar la existencia del derecho a la prima de servicios proporcional al trabajo del segundo semestre de 1965, y de observar que no se aportó prueba de que la prestación hubiese sido cancelada, llega a la consiguiente aplicación del precepto antes citado.

Si lo dicho por el Tribunal sobre la no existencia de controversia respecto de los

hechos que pudieran dar pie a la calificación de la buena fe patronal, es decir, que el patrono no planteó su defensa sobre tales hechos o circunstancia, carece de fundamento porque esa controversia sí se halla en el proceso, es ya una cuestión de hecho que no se ha propuesto en la censura.Y esa misma expresión del ad-quem encierra la afirmación de que no están establecidos los "motivos plausibles" que hayan podido dar pie al patrono para, de buena fe, abstenerse de pagar o consignar el valor de la prima de servicios, lo que, para su réplica, conduciría también necesariamente a un proceso de enjuiciamiento fáctico, con apoyo en los elementos de prueba del proceso.

De otro lado, lo que se infiere sin duda de la sustentación del ataque, es que la presunta errada interpretación del mandato del artículo 65 consiste en que el Fallador no consideró que éste lleve implícito el poder exonerante de la buena fe, basada en los "motivos plausibles" que justifiquen el no pago de las prestaciones. Pero no existe en la motivación del fallo expresión ninguna que rechace la inteligencia que a este respecto ha dado por largo tiempo la jurisprudencia laboral al precepto. Por el contrario, podría afirmarse que, aunque se trata de un proceso de aplicación del mandato a una situación fáctica, el primer párrafo transcrito lleva implícito ese entendimiento de que la existencia de hechos que configuran buena fe patronal da pie a la exoneración de la pena moratoria.

No está, entonces, por lo expresado, configurada la interpretación errónea del artículo 65 del C. S. del T. por parte del Tribunal y, en consecuencia, el cargo de quebrantamiento de la ley en tal concepto no prospera.

Por lo cual, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CALIFICACION DE INCAPACIDADES

Los facultativos contratados por los patronos están obligados: a) Al realizarse el accidente, o al diagnosticarse la enfermedad profesional, a certificar si el trabajador queda o no incapacitado para contiuar desempeñando sus labores; b) Al terminar la atención médica, a calificar la incapacidad que pueda resultar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veinticuatro de febrero de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga).

(Acta Nº 6).

Surtido el trámite legal se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por ambas partes contra la sentencia en que el Tribunal Superior de Cali puso fin a la segunda instancia del juicio ordinario del trabajo adelantado por Hernando Mejía Giraldo contra la sociedad denominada Hans Friedeberg & Cía., representada por su gerente.

Antecedentes.

En la demanda inicial del juicio se pidió se condenara a la sociedad denominada "Hans Friedeberg & Cía. — Manufacturas de Cuero Miami Style", domiciliada en Cali, representada por su gerente, a pagar al demandante Hernando Mejía Giraldo varias cantidades de dinero por concepto de salarios insolutos, auxilio de cesantía, prima de servicios, indemnización por accidente de trabajo, auxilio monetario por accidente e indemnización moratoria, como también por lo demás que resulte probado y por las costas del juicio, con base en los siguientes hechos:

En virtud de contrato escrito de trabajo el demandante empezó a prestar sus servicios a la demandada, como Agente Vendedor, a partir del 22 de enero de 1961, habiéndosele asignado como zona para el desarrollo de su labor los Departamentos del Tolima, Huila, Caldas y la ciudad de Girardot. Como remuneración de sus servicios se convino el 5% como comisión sobre el valor de las ventas, debiéndose liquidar en los primeros días del mes siguiente a aquél en que efectuara las ventas. En desarrollo del contrato, el actor realizó ventas hasta el 18 de febrero de 1961 por valor de $ 82.698.00 que le determinaron un salario promedio de $ 4.165.80. El citado 18 de febrero de 1961, el demandante, en ejercicio de sus funciones de vendedor, sufrió un accidente de trabajo, que lo incapacitó temporalmente para trabajar y que le dejó una incapacidad permanente parcial. Informada la empresa del accidente, lo hizo trasladar a la ciudad de Cali, donde fue intervenido primeramente por el Dr. Benjamín Martínez M., y el 22 de abril del mismo año, nuevamente por los doctores Lema Gutiérrez e Ignacio Arboleda, habiéndosele fijado oportunamente la incapacidad temporal en más de seis meses, contados a partir del accidente. Estando todavía incapacitado, el demandante, por órdenes de la Empresa, se vio obligado a realizar nuevas ventas, labor que desarrolló, efectuándolas por cuantía de $ 21.468.95. Como la demandada no adelanta dinero a sus Agentes Vendedores, el actor obtuvo dinero para iniciar su correría mediante el endoso, a favor de la citada firma, de un cheque girado a favor de él por Manuel Baena L., contra la casa principal, en Cali, del Banco de Colombia, por valor de $ 3.138.85 y que había sido antefechado para el 25 de enero

de 1961, suma que le fue entregada por instalamentos. La demandada solo ha pagado al demandante la suma de $ 7.533.12 "valor que comprende el reintegro de la suma que mi mandante le consignó mediante el endoso del cheque a que me refiero en el hecho anterior y el de parte de las comisiones a que tiene derecho". La demandada adeuda al demandante "el valor del saldo que arroja a su favor la comisión que le corresponde sobre las ventas, el monto de los salarios a que tiene derecho durante los seis primeros meses de la incapacidad temporal que ha sufrido y el valor que se le debe cubrir como liquidación de la incapacidad permanente parcial, que a solicitud de la misma Empresa, le fue fijada por la División de Medicina del Trabajo, Seccional de Cali, en dictamen Nº 312 de fecha 28 de agosto de 1961, que se encuentra en firme al no haber sido recurrido por ninguna de las partes". Y en forma reiterada el demandante solicitó a la empresa le fuese liquidado y pagado el valor de su incapacidad temporal y, oportunamente, el de la incapacidad permanente parcial que se le fijó, sin haber sido atendido ni en lo uno ni en lo otro, circunstancia por la cual se vio en la necesidad de poner fin al contrato con fecha 11 de septiembre de 1961.

En la contestación de la demanda, el apoderado de la empresa se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas; manifestó que los hechos debían probarse; y propuso las excepciones perentorias de petición antes de tiempo, petición de modo indebido, inexistencia de la obligación, carencia de acción, culpa, dolo, inepta demanda sustantiva en la parte demandada, indebida representación en la parte demandada, pago de lo no debido, pago total de la obligación y la innominada.

Concluído el debate el Juzgado Segundo del Trabajo de Cali, al que correspondió el conocimiento del negocio, lo definió en sentencia de 13 de noviembre de 1963, en la que condenó a la demandada a pagar al demandante la cantidad de cincuenta y cinco mil trescientos cuarenta y ocho pesos con veintiocho centavos ($ 55.348.28) por concepto de indemnización y auxilio monetario por el accidente de trabajo de que dan cuenta los autos, por cesantía y por prima de servicios, lo mismo que las costas del juicio, y la absolvió de los demás cargos de la demanda.

En virtud de apelación interpuesta por ambas partes contra esta decision, el Tribunal Superior de Cali, la revisó, por conducto de su Sala Laboral, en fallo de 13 de julio de 1965, reformándola en el sentido de concretar la condena de la empresa demandada a los seis meses que le corresponde al demandante por incapacidad temporal, a la cesantía y a la prima de servicios y reduciendo su monto a la cantidad de diez mil quinientos treinta y ocho pesos con noventa y seis centavos ($ 10.538.96); de absolver a la dicha sociedad por concepto de incapacidad permanente parcial; y de mantener los otros pronunciamientos de esa providencia de primer grado . No impuso, además, las costas de la segunda instancia.

Contra esta providencia interpusieron ambas partes el recurso de casación, que les concedió el ad-quem y admitió y tramitó esta Sala de la Corte y el que pasa a decidirse, con la advertencia de que se estudiará primero la demanda de la empresa por la finalidad que persigue y la incidencia que tiene su definición en la resolución del libelo del otro recurrente.

Recurso de la demandada.

Solicita el apoderado de la empresa se "case la sentencia recurrida, por cuanto esta providencia condena a la sociedad demandada al pago de una indemnización por incapacidad temporal, cesantía y prima proporcional, y se declare en consecuencia que la sociedad 'Hans Friedeberg & Cía. Manufacturas de Cuero y Miami Style" no adeuda suma alguna al demandante señor Hernando Mejía Giraldo por concepto de prestaciones sociales, indemnizaciones, ya que la suma consignada por la sociedad demandada dentro del juicio cubre en mucho, el valor total que le correspondía al demandante por los conceptos de cesantía y prima proporcional".

Para el logro de este resultado y con invocación de la causal primera de casación

laboral, se formulan dos cargos, así:

Primer cargo:

La sentencia acusada viola directamente el artículo 199, igualmente los artículos 203, 204 y 227 del Código Sustantivo del Trabajo; los primeros por haberlos aplicado, no debiendo hacerlo, y el último por no haberlo aplicado, siendo el caso de hacerlo, o sea por dar aplicación a los artículos 199, 203 y 204 del Código Sustantivo del Trabajo a un hecho inexistente y dejar de dar aplicación al artículo 227 de la misma obra a un hecho establecido .

Segundo cargo:

La providencia recurrida viola el art. 227 del Código Sustantivo del Trabajo en forma directa, por no haberle dado aplicación, no obstante hallarse plenamente acreditado el hecho de la incapacidad sufrida por el señor Hernando Mejía Giraldo, incapacidad proveniente no de un accidente de trabajo, ni de una enfermedad profesional .

Se sostiene en la fundamentación que en los autos no existe prueba alguna que acredite que el demandante sufrió un accidente estando al servicio de la demandada. Lo único que al respecto obra en el expediente es la afirmación del actor hecha en el hecho quinto de su demanda, la que carece de respaldo probatorio. El Tribunal en el fallo impugnado, así lo reconoce, pues asevera: "A pesar de que la base única y principal de la demanda es el accidente de tránsito, hecho del cual deriva el petitum, lo cierto es que de ello no existe en el informativo ningún antecedente, rastro o dato aprovechable..." (folio 31 del 2º cuaderno)". Por tanto, "dar por sentada la existencia del accidente de tránsito para convertirlo en accidente de trabajo, es violar directamente el artículo 199 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicarlo a un hecho inexistente, motivo suficiente para casar la sentencia recurrida, en la forma solicitada en esta demanda".

Lo que sí es un hecho cierto comprobado y aceptado por ambas partes, es que el demandante estuvo incapacitado para trabajar, por algún tiempo, cuando prestaba sus servicios a la demandada. Pero eso no implica el reconocimiento de un accidente de tránsito en ejercicio de funciones laborales, que es lo que configura el accidente de trabajo y determina el pago de salarios durante la incapacidad temporal que ocasiona. Por consiguiente, se aplicaron los artículos 203 y 204 del Código invocado a un hecho inexistente, a una situación que no regulan.

Ahora bien, como no está demostrado que la incapacidad para trabajar que tuvo el demandante la motivara un accidente de trabajo, ni que proviniera de una enfermedad profesional, "lógicamente tiene que concluírse que el trabajador tenía derecho al auxilio monetario por enfermedad no profesional, de que trata el Capítulo III, del Título VIII del Código Sustantivo del Trabajo" y, por consiguiente, el Tribunal ha debido darle aplicación al artículo 227 de dicho Código. Como así no lo hizo, violó esta norma, dando origen a la causal de casación contemplada en el inciso primero del artículo 87 del C. P. del T.

El opositor, a su vez, considera que estos cargos no pueden admitirse, porque en el desarrollo de cada uno de ellos se hace referencia a situaciones fácticas, que rechazan la modalidad de la violación directa, que es la vía escogida para la impugnación; y porque ni siquiera intenta destruír el recurrente varios soportes probatorios del fallo que acusa, como que se limita a invocar en forma acomodaticia y parcial uno de sus apartes, omitiendo dediberadamente transcribir, para refutar, el resto de la motivación en que se apoya la decisión adoptada por el ad-quem.

Para resolver, la Corte considera:

1. Los precedentes cargos sometidos al estudio de la Corte no guardan completa armonía con el alcance de la impugnación del recurrente, puesto que la finalidad que con ella persigue es la absolución de la empresa demandada por concepto de prestaciones sociales e indemnizaciones, al paso que las acusaciones referidas se contraen a uno solo

de los extremos aludidos, como es el relacionado con los salarios completos del actor durante la incapacidad temporal que tuvo en el desarrollo del contrato que vinculó a las partes, a causa del accidente de trabajo de que fuera víctima, reconocidos en el fallo censurado con base en lo previsto por los artículos 199, 203 y 204 del C. S. del T., pues el impugnador considera la condena ha debido limitarse a la cuantía, por el tiempo y la causa previstas en el artículo 227 de la misma obra, que es el que en su sentir debió aplicarse al caso confrontado en autos.

2. Pero no solo por esta incongruencia los cargos son inadmisibles. Ocurre que si bien en la sentencia de segundo grado se manifiesta que "no existe en el informativo ningún antecedente, rastro o dato aprovechable" acerca del accidente de tránsito que en la demanda se aduce como "base única y principal" del petitum que contiene, también es cierto que allí mismo se agrega a continuación lo siguiente: "Pero dado que la Empresa lo acepta en su origen y consecuencias, a través de la conexión con el Médico tratante Dr. Ignacio Arboleda Méndez (fs. 12 y 192 a 193), del memorial consignatorio (entre fs. 156 a 157), del testimonio del Sr. Luis A. Corral Valdivieso (fs. 229 a 231) y de los pliegos absolutorios de las partes (fs. 237 a 240 y 257 a 262), así mismo lo admitió el Juzgado y también lo respalda la Sala, con una incapacidad temporal mínima de (6) meses".

Por lo anterior, para el ad-quem el accidente padecido por el demandante al servicio de la demandada, tanto en su origen como en sus consecuencias, soporte de la decisión impugnada, si está establecido con las piezas procesales que menciona, evidencia que, por lo visto, no comparte el recurrente, puesto que lo da por no probado. Hay, pues, una discrepancia entre él y el sentenciador alrededor de esta situación de hecho, lo que indica que si hubo infracción de las nomas sustantivas laborales enunciadas en los cargos formulados y sustentados, tuvo que serlo a través de la valorización realizada del acervo probatorio en referencia y no en la forma directa escogida en las dos acusaciones en comento. Se ha incurrido, en consecuencia, en un error de técnica, que hace inaceptables las impugnaciones que se analizan.

Por tanto, se rechazan los cargos estudiados.

Recurso del demandante.

Pretende el actor con su recurso la casación parcial de la sentencia acusada, "en cuanto mediante ella absolvió a la sociedad demandada de las peticiones que se formularon por concepto de indemnización por accidente de trabajo y salarios caídos, y, que constituída la Corte en tribunal de instancia, modifique o reforme la sentencia de primer grado en el sentido de condenar a la sociedad "Hans Friedegerg & Cía. Manufacturas de Cuero Miami Style" a pagar al señor Hernando Mejía Giraldo el valor de indemnización por accidente de trabajo según el salario deducido en juicio, lo mismo que al pago de la indemnización moratoria consagrada en el Art. 65 del C. S. del Trabajo, a partir del día en que terminó el contrato y hasta cuando se efectúe el pago de todos los salarios y prestaciones debidos".

Para la consecución de este resultado y con invocación de la causal primera de casación laboral, formula y sustenta dos cargos, así:

Primer cargo:

La sentencia acusada viola indirectamente los Arts. 199, 217 y 204 literal b) del C. S. del Trabajo, que dejaron de aplicarse debiendo hacerlo, en concordancia con los Arts. 1º, 2º y 3º del Decreto 832 de 1953, Art. 2º de la Ley 77 de 1948 y Arts. 2º, 4º, 7º y 8º del Decreto 3767 de 1949 que también fueron violados. La violación se produjo a consecuencia de errores evidentes de hecho por errónea apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras que más adelante se singularizarán.

"Los errores de hecho consisten: 1º) En dar por no demostrado, estándolo plenamente, que la Empresa autorizó a un mé-

dico particular y en forma expresa para que por los médicos oficiales se calificara prejudicialmente la incapacidad que le sobrevino al demandante por causa del accidente de trabajo; y, 2º) En dar por no comprobada legalmente, estándolo en forma suficiente, cuál es la incapacidad definitiva que el accidente ocasionó al demandante.

"Las pruebas equivocadamente apreciadas son las documentales o conceptos contenidos en los documentos de folios 10 y 11 y 190 y 191 del expediente, y la declaración rendida por el testigo Ignacio Arboleda Méndez (fls. 192 a 194). Las pruebas dejadas de apreciar son la documental de folio 12 del informativo, el dictamen pericial de folios 226 y siguientes, la confesión hecha al preguntar en posiciones por parte de la Empresa (fls. 251 y ss.) y las posiciones absueltas por el representante legal de la demandada (Fls. 258 y ss.)".

En el desarrollo de este cargo se sostiene que se apreció equivocadamente el testimonio del Dr. Ignacio Arboleda Méndez, porque si bien de su contexto se desprende que no es médico de la empresa demandada, ni de ella recibió autorización directa para tratar, como lo hizo, al demandante, también es cierto que según el mismo declarante y el documento de folio 12 que el Tribunal dejó de apreciar, reconocido por el representante de la demandada, no tachado ni redarguido de falso, fue la empresa que solicitó por conducto del testigo "el favor de enviar los antecedentes clínicos y médicos al Departamento Legal de la Oficina Seccional del Trabajo para que se dictaminara la incapacidad del Trabajador demandante". Por tanto, si hubiera estimado el documento y apreciado correctamente la declaración habría concluído que no era menester se acreditara que el deponente representaba a la demandada para que el concepto del Departamento mencionado se produjera, pues por conducto del testigo lo solicitó confesando que "nos es indispensable para efectos legales, ya que el 18 de los corrientes se cumple el primer semestre de incapacidad", efectos legales que no son otros "que la calificación de la incapacidad del trabajador demandante".

Los conceptos contenidos en los documentos de los folios 10 y 11 y 190 y 191 del expediente, "también se apreciaron erróneamente, porque se les resta todo valor al pretender que no fueron conocidos oportunamente por la Empresa", siendo así que de ellos mismos "se colige sin lugar a dudas que el Médico Laboral envió sendas copias del concepto a la persona autorizada para formular la solicitud de concepto, debiéndose entregar una también al demandante, y tal hecho del envío y conocimiento de tales conceptos o concepto por parte de la Empresa, no ha sido en modo alguno discutido, mucho menos desvirtuado", lo que quiere decir que lo consintió o aceptó. "Y la circunstancia de que se hubiera pretermitido la elaboración de un acta como requisito previo para formular la consulta al Médico Laboral, en nada resta fuerza vinculante al concepto de éste sobre incapacidad definitiva, porque si tal omisión existe se debe únicamente a la Empresa. Y sabido es que nadie puede alegar su propia torpeza y negligencia en su personal provecho". "Por otra parte —se sigue diciendo—, si el juzgador hubiera apreciado el dictamen pericial de folios 226 y siguientes, la confesión hecha al preguntar en posiciones (preguntas 1ª, 9ª, 10ª y 19ª) y las posiciones absueltas por el representante legal de la demandada, habría tenido que evidenciar que si bien la Empresa no contrató en principio los servicios profesionales del médico tratante del trabajador, sí le pagó los honorarios que el tratamiento exigió, así como el valor de la asistencia farmacéutica y hospitalaria, de lo cual se colige que la Compañía consintió en que aquél médico prestara sus servicios profesionales a nombre de la Empresa. Y fue como al médico tratante de Hernando Mejía, que la sociedad le pidió el envío del "telex" "así como también la historia radiográfica, etc." al Médico Laboral para la calificación de la incapacidad (Fl. 12)".

"En resumen —termina el recurrente—, si el fallador no hubiera apreciado erróneamente aquellas pruebas y hubiera dejado de apreciar estas últimas, antes reseñadas, no habría incurrido en los errores de hecho

no hallarse comprendida la lesión entre las anotados. Habría concluído entonces que fue la Empresa la que solicitó por conducto de un médico particular y prejudicialmente al Médico Laboral de la Seccional de Cali, la calificación de la incapacidad definitiva del trabajador demandante; y, que según el concepto de dicho Médico Laboral, las lesiones producidas por el accidente le ocasionaron un 60% de disminución de su capacidad laboral, dándole derecho a una indemnización equivalente a trece meses de salario (Fl. 191). Debido a los errores de hecho anotados, se incurrió en la violación indirecta de los Arts. 199, 217 y 204 literal b) del C. S. del Trabajo, que definen el accidente de trabajo, consagran la obligatoriedad de los conceptos emitidos por los Médicos Laborales de las Oficinas Seccionales del Trabajo y establecen, en caso de incapacidad permanente parcial consecuencial a accidente de trabajo, el derecho a la indemnización correspondiente en proporción al daño sufrido fijada de acuerdo con la tabla de valuación de incapacidades. Igualmente se violaron en forma indirecta los Arts. 1º, 2º y 3º del Decreto 832 de 1953 y el Art. 2º de la Ley 77 de 1948, aquéllos reglamentarios de los Arts. 217 y 204 del C. S. del Trabajo, y éste último referente a una de las funciones que tiene la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial. Respecto de los Arts. que del Decreto 3767 de 1949 se citan en la sentencia acusada, debe advertirse que actualmente no tienen operancia, por cuanto la materia fue íntegramente reglada por el Decreto 832 de 1953. Debe, pues, casarse la sentencia acusada y condenar al pago de los trece meses de indemnización por accidente, tal como lo hizo el juez a-quo, pero con el salario promedio mensual realmente demostrado, que lo es de $ 4.354.07".

El opositor, por su parte, reitera el planteamiento con que sustenta su recurso extraordinario, de que no está probado el accidente de trabajo, por lo que sobra la argumentación del recurrente tendiente a sostener la existencia de la causal primera de casación laboral, lo que no obsta para que refute los soportes del cargo formulado, afirmando que en el "juicio no se ha demostrado que las partes de común acuerdo hayan solicitado la intervención de los médicos oficiales y por la misma causa no fue legalmente notificado el concepto emitido por el doctor Henry Cajiao L. ya que él fue irregularmente solicitado por un facultativo que no era médico de la Empresa, pues consta en autos que a dicho facultativo no acudió la empresa en busca de sus servicios profesionales para ninguno de sus trabajadores; fue el señor Hernando Mejía quien solicitó tales servicios y quien le manifestó al mismo médico con alguna posterioridad, que sus servicios profesionales serían pagados por la Empresa a la cual trabajaba. De manera que el doctor Ignacio Arboleda Méndez no ha sido, ni médico al servicio de la Empresa, ni le prestó sus servicios profesionales al señor Hernando Mejía por cuenta y orden de la Empresa demandada, y por lo mismo no tenía ninguna representación legal de la Empresa, ni estaba sometido a las disposiciones contenidas en el Art. 217 del C. Sustantivo del Trabajo. Y en estas condiciones el dictamen del médico oficial se produjo en forma irregular, sin intervención directa de las partes, y no fue notificado a ninguna de ellas y por lo mismo carece de todo valor probatorio, y estas circunstancias fueron las tenidas en cuenta por el H. Tribunal Superior de Cali para desestimar dicho dictamen; luego debe concluírse que no hubo por parte de esa Entidad una apreciación errónea de este hecho, a la luz de las disposiciones legales que regulan esta clase de prueba".

Para Resolver la Corte Considera:

1. De conformidad con los ordinales a) y b) del literal 1º del artículo 217 del C. S. del T. y con los artículos 1º y 2º del Decreto reglamentario 832 de 1953, los facultativos de la empresa a cuyo servicio se encuentre un trabajador accidentado, están obligados a certificar, al sobrevenir el accidente, si dicho servidor particular queda o no incapacitado para continuar desempeñando sus labores y a calificar la incapacidad definitiva que de ese infortunio le resulta, de acuerdo con las tablas de valuación sobre la materia, una vez que ello sea posible por haber terminado la atención médica completa; y si esto último no fuere posible, por

expresamente clasificadas en las tablas vigentes, o no ser dable acudir a la analogía, deben solicitar a los médicos del Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio del Trabajo, o, en su defecto, a los médicos legistas, la correspondiente clasificación, de acuerdo con el artículo 211 del invocado C. S. del T., para lo cual deben enviarles todos los antecedentes clínicos del caso.

Esta calificación de la incapacidad definitiva así obtenida, es la que sirve de base al patrono para pagar al trabajador accidentado el valor de la indemnización prevista en el ordinal b) del literal 2º del artículo 204 del citado estatuto sustantivo laboral, si el concepto médico es aceptado por ambas partes. Si lo controvierten, la diferencia puede hacerse dirimir administrativamente, al tenor de las mentadas normas sustantivas y del artículo 3º del mencionado Decreto 832 de 1953. Para ello, la parte inconforme debe dirigirse al Inspector del Trabajo que corresponda, exponiéndole las objeciones fundamentales sobre los puntos que rechaza, a fin de que dicho funcionario convoque a la contraparte "a una audiencia de conciliación, de la cual se sentará un acta suscrita por las partes, en donde quedarán expuestos los puntos concretos de la controversia y se convendrá en solicitar el estudio del caso por los Médicos del Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial, o, en su defecto, por los médicos legistas", solicitud que debe elevar el Inspector a los facultativos mencionados acompañando copia del acta y todos los elementos disponibles, como radiografías, exámenes de laboratorio, conceptos de especialistas, los que debe suministrar la empresa, la que está obligada asimismo, si estos elementos no existen, a costear el valor de los exámenes que los médicos oficiales consideren indispensables para la mayor eficacia de su labor. Emitido el concepto oficial, se notifica a las partes, para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, puedan pedir su reposición o, en subsidio, interponer el recurso de apelación ante el Director del Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial. En firme este último concepto, una vez surtidos dichos recursos, o el primero por no haberse reclamado oportunamente, es de obligatoria aceptación para las partes.

En caso de que en el lugar correspondiente no exista Inspector del Trabajo, se prescinde de la conciliación y tramitación subsiguiente, y la solicitud de calificación de la incapacidad definitiva que se controvierte, se eleva directamente por ambas partes, con todos los antecedentes clínicos, a los Médicos del Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial, o, en su defecto, a los Médicos legistas.

Claro que esta calificación administrativa de la incapacidad definitiva puede omitirla el trabajador, para acudir, en cambio, a la judicial dentro del proceso que promueva ante Juez competente en demanda de la indemnización correspondiente. Pero en ese caso, claro está, el concepto tiene que solicitarse oportunamente o decretarse oficiosamente, rendirse por el perito que el Juez designe y sujetarse a las previsiones de los artículos 719 y 720 del Código Judicial, aplicables en los juicios laborales por mandato del artículo 145 del C. P. del T., para que esa prueba técnica produzca efectos legales y pueda ser válidamente apreciada por el sentenciador al definir el negocio.

2. En el presente caso, al tenor del concepto extrajudicial del médico de la Seccional de la División de Medicina del Trabajo de Cali (fs. 10 y 11 y 190 y 191); de la declaración rendida por el médico particular Ignacio Arboleda Méndez (fs. 192 a 194); de la copia de la comunicación a éste dirigida por el representante de la sociedad, que se trajo con la demanda (fs. 12), implícitamente reconocida por dicho representante (fs. 258 vto. y 259) y cuya autenticidad no se ha rebatido dentro del juicio; del dictamen pericial producido dentro del proceso (fs. 226 y ss.); del cuestionario formulado para las posiciones que absolvió el demandante y del contenido mismo de éstas (fs. 239 y ss. y 251 y ss.); y de las posiciones del representante de la demandada (fs. 258 y ss.), una vez acaecido el accidente que tuvo el actor y de su traslado a la ciudad de Cali

por vía aérea, cuyo pasaje costeó la empresa, ésta le hizo suministrar las atenciones médicas, farmacéuticas y hospitalarias iniciales y luego el trabajador, por su propia iniciativa, se puso en manos del doctor Ignacio Arboleda Méndez, quien lo siguió tratando, sin recibir autorización directa para ello de la demandada, pero cuyos honorarios ella posteriormente canceló, lo mismo que el valor que requirió el tratamiento ordenado. Dicho médico tratante, quien no pudo fijar al paciente la incapacidad definitiva, recibió del representante de la sociedad la carta antes mencionada, hasta cuya fecha el actor estuvo incapacitado para ejercer sus labores habituales, carta en la que le comunicó lo siguiente:

"Como quiera que Ud. ha estado tratando al señor Hernando Mejía, agente viajero de esta empresa, a raíz del accidente sufrido el 18 de febrero de 1961, atentamente nos permitimos rogarle se sirva expedir el telex sobre el brazo accidentado, que nos es indispensable para efectos legales, ya que el 18 de los corrientes cumple el primer semestre de incapacidad. El telex solicitado, así como también la historia radiográfica, etc., favor enviarlos al Departamento Legal de la Oficina Seccional del Trabajo".

En atención a esta solicitud el doctor Arboleda Méndez remitió al médico oficial la información correspondiente, la que le sirvió para rendir el concepto 312 a que se ha hecho referencia, "con base —se dice allí— en lo dispuesto en el Art. 2º del Decreto 832 de 1953", en el que se avalúan las secuencias dejadas al trabajador por el accidente en la articulación del hombro derecho, en el miembro superior del mismo lado y en la mano "en un sesenta por ciento (60%) de disminución de capacidad laboral, por analogía que se establece según lo dispuesto en el artículo 210 del Código Sustantivo del Trabajo, con el numeral 39 del grupo IV del artículo 209 del citado Código, cuya valuación le da derecho a una indemnización equivalente a 13 meses de salario"; y en el que asimismo se agrega: "Sobre el problema de la infección ósea, cuya duración no puede predecirse, siendo inciertos la evaluación y el pronóstico, este Despacho legalmente no puede dictaminar hasta tanto la evolución sea definitiva o se cumplan los 2 anos de que trata el numeral 1 del artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo".

El anterior concepto fue dirigido al doctor Arboleda Méndez, con la suplica de que hiciera llegar una copia al señor Mejía y con la advertencia de que el original es "para la empresa", la cual no ha negado lo haya recibido.

Un ejemplar de este documento oficial fue el que se trajo con la demanda para fundamentar la pretension indemnizatoria del demandante y de él, además, se aparejó una copia al proceso expedida por la Seccional de Medicina Industrial del Trabajo de Cali, y sin que haya sido objeto de tacha alguna por la contraparte.

3. Del análisis probatorio precedente se desprende que el concepto médico oficial acerca de la secuela definitiva que le sobrevino al demandante a causa de las lesiones que le dejó el accidente que tuvo al servicio de la demandada, en la articulación del hombro derecho, en el miembro superior del mismo lado y en la mano, se emitió por haberse solicitado por el médico tratante doctor Ignacio Arboleda Méndez, quien no la pudo precisar, y en virtud de exigencia al respecto hecha por el patrono del paciente. Se trata, en consecuencia, de un dictamen oficial dado, como en él mismo se expresa, con base en lo estatuído por el artículo 2º del Decreto 832 de 1953, que lo prevé para el caso de que al médico particular no le sea posible fijar la incapacidad definitiva, por la naturaleza de la lesión o lesiones producidas por el accidente. No en manera alguna de uno que tienda a dirimir la controversia surgida entre empresa y asalariado al rededor del concepto que sobre el particular haya rendido el médico tratante, para cuya producción se requiere la intervención del Inspector del Tratado y el trámite a que anteriormente se aludió. Por tanto, cuando el fallador de segundo grado le negó validez y eficacia probatoria, como lo hizo en la providencia acusada, para negar la indemnización reclamada, por no haberse acudido

previamente a dicho funcionario y sometídose la actuación al trámite en comento, incurrió en un error evidente acerca de la situación confrontada en autos.

Es cierto que el médico tratante, por cuyo conducto se pidio ese concepto, no era el de la empresa, ni ella lo habia contratado directamente para que atendiera al trabajador accidentado. Pero como se hizo cargo de sus honorarios y de los costos del tratamiento ordenado, le pidió enviara al médico oficial "el telex" del brazo lesionado del actor, "así como también la historia radiográfica, etc.", los que "nos son indispensables para los efectos legales, ya que el 18 de los corrientes cumple el primer semestre de incapacidad", según los elementos probatorios antes mencionados, es indudable consintió la actividad del facultativo como realizada por su cuenta y a su nombre para la cabal ejecución de las obligaciones que pesaban sobre la empresa por razón de la relación laboral que la vinculaba con el trabajador.

En estas condiciones, y no habiéndose negado la recepción del dictamen oficial referido, que se produjo para los efectos indicados por la demandada, y no habiéndoselo tachado tampoco, resulta justificada la censura hecha por el recurrente en el presente cargo contra el fallo impugnado, por habérsele desconocido validez y eficacia probatoria al concepto memorado y absuelto por ello a la empresa demandada de la indemnización proveniente de la incapacidad definitiva que le dejó al demandante el accidente de trabajo de que aquí se trata. Por lo mismo, prospera la mentada acusación, resultado que conduce al quebrantamiento parcial de la decisión aludida, para en su lugar hacerse por la Corte el pronunciamiento que al caso corresponde.

"Segundo cargo:

La sentencia acusada viola indirectamente el Art. 65 del C. S. del Trabajo, que dejó de aplicarse debiendo hacerlo, en concordancia con los arts. 249, 306 y 204 literales a) y b) del mismo Estatuto sustantivo. La violación se produjo a consecuencia de error evidente de hecho por equivocada apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras, que en la sustentación del cargo se singularizarán.

"El error evidente de hecho consiste en dar por establecido, siendo lo contrario, que la sociedad demandada obró de buena fe y no ha sido renuente en el pago de salarios y prestaciones al consignar varios días después de terminado el contrato una suma por lo que confesaba deber, cuando tenía que ser necesariamente otra su creencia de deber.

'El Tribunal incurrió en el error de hecho anteriormente precisado al confirmar la absolución del a-quo por concepto de salarios caídos, si bien en el fallo acusado no dice expresamente que la sociedad demandada actuara de buena fe al consignar lo que creía deber, pero debe entenderse que comparte el criterio del juzgador de primera instancia que despacha tal pedimento en forma totalmente simplista, expresando: "No hay lugar a aplicar sanción por mora en el pago de los salarios al tenor de lo dispuesto en el artículo 65 del C. S. del T. por cuanto la empresa depositó oportunamente lo que de buena fe estimó deber al trabajador" (fl. 302).

"Las pruebas erróneamente apreciadas son las documentales de folios 156v y 177 del expediente, contentivas de las diligencias de pago por consignación que hizo la Empresa en favor del trabajador demandante. Las pruebas dejadas de apreciar son las siguientes: 1º) La documental de folio 12 proveniente del representante legal de la sociedad demandada; 2º) Las declaraciones de los testigos Ignacio Arboleda Méndez y Luis A. Corral Valdivieso (fls. 192 a 194 y 229 a 231); 3º) La absolución de posiciones del representante legal de la Compañía demandada (fls. 257 a 262); 4º) La confesión hecha por la parte demandada al preguntar en posiciones (fs. 237 a 240); y 5º) Las documentales de folios 196 a 198 del expediente".

En el desarrollo de este cargo se hace un detenido análisis de las pruebas enumera-

das, para concluir que al tenor de ellas la sociedad demandada tuvo oportuno conocimiento del accidente sufrido por el demandante al servicio de la misma, con ocasión del trabajo que realizaba; de él dió aviso a la Compañía de Seguros donde estaba asegurado el trabajador; cubrió la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que requirió el infortunio; y se enteró de la incapacidad temporal y de la invalidez permanente parcial que por esa causa le sobrevino al accidentado, no obstante lo cual tan solo consignó "por concepto de salarios, prestaciones e indemnizaciones sociales", la suma de $ 20.000.00, siendo así que el valor de los salarios correspondientes a la incapacidad temporal únicamente es muy superior, pues alcanza, según la prueba y lo reconocen los falladores de ambas instancias, a la cantidad de $ 26.124.42. Entonces si su creencia de deber era superior a lo depositado, no hay duda que la empresa obró de mala fe al consignar una suma que no cubre sino parte de lo adeudado y de lo que estaba convencida la sociedad debía solucionar. Se confronta, por lo tanto uno de los casos que hacen imperiosa la aplicación del artículo 65 del C. S. del T., como particularmente lo ha dicho esta Sala de la Corte en casación de 15 de enero de 1959 (ordinario de Joaquín Galindo Restrepo contra Esso Colombiana S. A.). No se atuvo a estas previsiones el adquem por haber considerado que la Compañía se comportó de buena fe, a causa de la errónea apreciación de las pruebas enunciadas y de la falta de estimación de los otros elmentos de convicción a que asímismo se ha aludido, y por ello debe prosperar el cargo formulado y sustentado y casarse el fallo impugnado para en su lugar imponer la indemnización moratoria.

El opositor, por su parte, sostiene que esta pretensión no puede aceptarse, porque la empresa demandada si obró de buena fe, pues la cosignación que hizo excede al monto de lo que ella debía pagar al trabajador, "teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 227 del Código Sustantivo del Trabajo y habida consideración de que no se acreditó en ningún momento la existencia de un accidente de trabajo sufrido por el demandante, pero en cambio si aparece demostrada una incapacidad para el desempeño de sus funciones y por lo mismo la Empresa estaba obligada a pagarle en la proporción señalada en la disposición que acabo de citar".

Para resolver, la Corte considera:

De la prueba a que se refiere el recurrente en la presente acusacion ciertamente se desprende que la empresa demandada tuvo conocimiento del acidente surrido por el demandante encontrándose en ejercicio de sus funciones como agente vendedor de la misma; que canceló el valor de la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que impuso tal infortunio; y que se enteró de las incapacidades que por dicha causa le sobrevinieron al trabajador accidentado. Pero no que tuviera el convecimiento, como lo presume el acusador, de lo que precisamente tenía que pagarle al actor al ponerle éste término al contrato de trabajo que los vinculaba, determinación que solo se hizo dentro del proceso mediante las operaciones realizadas por el perito designado por el Juez del conocimiento, teniendo en cuenta los cuestionarios que se le formularon, con base en las estipulaciones del pacto que obra en autos, para saber lo que representó el cinco por ciento (5%) de la comisión convenida como remuneración. Tal convencimiento, por lo demás, no puede pregonarse si se repara en que de conformidad con el concepto médico oficial mencionado en el estudio del cargo precedente, para la mentada época de la desvinculación laboral del demandante, estaba pendiente la definición de la secuela definitiva derivada de la infección ósea sobrevenida al trabajador.

Siendo esto así, como lo es, no es dable aseverar con seguridad que cuando la demandada consignó la cantidad de $ 20.000.00, destinada "a pagar las prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones a que tiene derecho el Sr. Hernando Mejía Giraldo", advirtiendo que es "la que de buena fe cree deber la sociedad", lo hiciera ésta a sabiendas de que la suma a su cargo por tales conceptos era superior. Más

bien las circunstancias antes anotadas permiten presumir que para ello hizo un cálculo que no se aleja demasiado del monto total de $ 30.538.96, que el ad-quem dedujo en el fallo impugnado es el que corresponde por las prestaciones que allí reconoció, lo que impide calificar de írrita la consignación en comento y como tal demostrativa de la mala fe de la consignante, como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia laboral.

En estas condiciones, cuando el Tribunal confirmó el ordinal 2º de la sentencia de primera instancia, que comprende, entre otras cosas, la indemnización moratoria, acogiendo implícitamente la fundamentación del Juzgado, pues no dijo por qué confirmaba, fundamentación consistente en que la empresa depositó "lo que de buena fe estimó deber al trabajador", no se equivocó ostensiblemente en tal apreciación.

No prospera, por lo expuesto, la presente acusación.

Consideraciones de Instancia.

La prosperidad del primer cargo del demandante impone el quebrantamiento del fallo de segundo grado en aquella parte en que absolvió a la empresa demandada del pago de la indemnización proveniente de la incapacidad definitiva que le ocasionó al demandante el accidente de trabajo de que aquí se trata, a que se aludió en el estudio de dicha impugnación, y la consecuencial sustitución de tal pronunciamiento por el condenatorio pertinente por parte de esta Sala de la Corte, en función de instancia.

En orden a la determinación de la misma, además de las consideraciones ya hechas al respecto, se agrega la de que el salario conjugable para ello es el de $ 4.354.07 mensuales deducido por el adquem, puesto que las bases en que se apoyó para precisarlo no han sido ni siquiera rebatidas.

Ahora bien, como la incapacidad definitiva apreciable, clasificada y avaluada por el médico oficial a que ya se ha aludido, le da derecho al demandante a una indemnización equivalente a trece (13) meses de salarios según su concepto, el monto de la misma es de $ 56.602.91, que es diferente al deducido por el Juzgado del conocimiento.

Por lo anterior, al casarse parcialmente el fallo recurrido, se adicionará el monto de la condena que hace reformando el de primera instancia, con la suma que acaba de indicarse, por concepto de la indemnización a que se refiere el ordinal b) del literal 2º del artículo 204 del C. S. del T., por razón de la incapacidad definitiva parcial a que se ha hecho referencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, Casa Parcialmente el fallo recurrido del Tribunal Superior de Cali, en cuanto absuelve a sociedad demandada del pago de la indemnización derivada de la incapacidad definitiva que le sobrevino al actor por el accidente de trabajo de que dan cuenta los autos, y en su lugar, y en función de instancia, Adiciona el monto de la condena contenida en dicha decisión con la suma de cincuenta y seis mil seiscientos dos pesos con noventa y un centavos ($ 56.602.91) por concepto de la mencionada indemnización. En lo demás, no casa la sentencia acusada.

Las costas del recurso de casación son de cargo de la sociedad demandada.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 25 de febrero de 1970, DECLARA INEXEQUIBLE el laudo arbitral proferido el diez y nueve (19) de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969) por el Tribunal de Arbitramento convocado por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social para dirimir el conflicto colectivo entre las "Empresas Públicas Municipales" de Buenaventura y el Sindicato de Trabajadores de las mismas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veinticinco de febrero de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Crótatas Londoño).

(Acta Nº 6).

Por medio de la Resolución Nº 0263, de veinticinco (25) de marzo de mil novecientos sesenta y nueve (1969), el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social convocó e integró un tribunal de arbitramento obligatorio para dirimir el conflicto colectivo existente entre las "Empresas Públicas Municipales de Buenaventura" y el Sindicato de Trabajadores de las mismas, surgido a raíz de la presentación por éste de un pliego de peticiones sobre el cual no hubo acuerdo en las etapas de arreglo directo y conciliación. Como quiera que el árbitro designado por el Ministerio no aceptara el encargo, fue nombrado para reemplazarlo uno nuevo mediante Resolución número 0482 de trece (13) de mayo de mil novecientos sesenta y nueve (1969), y así reintegrado el Tribunal sus miembros tomaron posesión ante la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Valle del Cauca el día dos (2) de septiembre de ese año y celebraron la sesión de instalación el tres (3) de dicho mes. Las deliberaciones se extendieron entre tal fecha y el diez y nueve (19) de septiembre, cuando se pronunció el laudo arbitral.

El veinticinco (25) de ese mes la Secretaría del Tribunal notificó a las partes la sentencia, contra la cual interpuso, en el momento de ser notificado, recurso de homologación el representante de las Empresas. Tal recurso fue concedido por el Tribunal mediante auto de veintiseis de dicho mes, y en tal virtud llegaron los autos a esta Sala.

Por auto de catorce de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, el Magistrado Sustanciador dispuso la solicitud de algunos documentos necesarios para el estudio del recurso y el veintiocho de enero de mil novecientos setenta, en nueva providencia del Magistrado Sustanciador se solicitó a la División de Asuntos Colectivos del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social "copia de la Resolución de dicho Ministerio o del documento en que conste el acuerdo de las partes sobre prórroga del término que la Ley señala a los árbitros para fallar", ya requerida por el auto de catorce de noviembre del año anterior .

En oficio número 003026 de fecha veintitrés (23) del presente mes de febrero, la división mencionada respondió que "dentro del expediente contentivo del Fallo, no se encuentra ninguna Resolución por la cual el Ministerio ordenara prórroga alguna, ni tampoco se encuentra solicitud de las partes en la cual se solicitara la prórroga".

Según consta en las actas respectivas (fls. 1 a 21 del expediente), las deliberacio-

nes del Tribunal de arbitramento se extendieron del tres (3) de septiembre al diez y nueve (19) del mismo mes, es decir, por un término mayor del de diez (10) días señalado a los árbitros por el artículo 459 del C. S. del T. para proferir el laudo. En la reunión celebrada el once (11) de septiembre (fls. 15), los árbitros acordaron solicitar al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, por conducto de la División Departamental del Valle, prórroga hasta por diez días a partir del trece (13) de ese mes, para proferir la decisión, y en la sesión del diez y seis (16) celebrada entre los árbitros designados por el Ministerio y por el Sindicato únicamente, el Secretario dio cuenta de que por marconigrama del doce (12) el Jefe de la División Departamental del Trabajo había pedido al Ministerio en Bogotá la prórroga del término para fallar (fls. 12).

En las sesiones posteriores, de fecha diez y siete (17) y diez y ocho (18) de septiembre no se mencionó el tema de la prórroga y no hay constancia alguna a este respecto en las actas correspondientes. Tampoco en el texto del fallo arbitral del diez y nueve (19) de septiembre se hace alusión a prórroga del plazo para decidir.

La Sala no encuentra, por lo visto, que la prórroga solicitada al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social por el Tribunal para pronunciar su sentencia con posterioridad al plazo de diez (10) días que la ley concede, haya sido otorgada, ni que, por otro lado, las partes comprometidas en el conflicto hubieran acordado la referida prórroga, por lo cual aparece que la sentencia arbitral se profirió fuera del término legal, cuando ya, por consiguiente, el Tribunal carecía de jurisdicción.

En tales condiciones, se impone la conclusión de que el laudo recurrido no tiene vigencia jurídica y, en consecuencia, debe declararse así.

Por lo cual, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, Declara Inexequible el laudo arbitral proferido el diez y nueve (19) de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969) por el Tribunal de Arbitramento convocado por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social para dirimir el conflicto colectivo entre las "Empresas Públicas Municipales" de Buenaventura y el Sindicato de Trabajadores de las mismas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y envíese el expediente al Ministerio del Trabajo para su depósito y efectos legales.

José Enrique Arboleda V., Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONCILIACION

Este precepto (de la cosa juzgada), cuyo linaje carece en nuestro derecho positivo de antecedentes extraños a la legislación laboral, es típico o específico de su respectivo procedimiento, en cuyos trámites tiene vida propia, y aunque su filosofía conduzca al mismo resultado de la cosa juzgada emanada de las sentencias judiciales, su génesis y desarrollo es diferente en todo caso, ya que la conciliación es una institución jurídica exclusiva en el derecho del trabajo, inspirada en la noción de orden público que lo gobierna y de estricta observancia en los conflictos laborales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., dos de marzo de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Edmundo Harker Puyana).

(Acta Nº 8).

Se examina, por recurso de casación concedido a la parte demandante, la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral propuesto por Jorge Enrique González Hernández contra la sociedad "Ingenieros Asociados y Compañía Ltda." (Ingeniesa) para el pago de los siguientes salarios, prestaciones e indemnizaciones: a) los salarios faltantes del plazo presuntivo; b) el auxilio de cesantía; c) el auxilio de invalidez por enfermedad padecida por el actor cuando estaba al servicio de la firma demandada; y d) la indemnización moratoria desde el 20 de octubre de 1964 hasta la cancelación total de las deudas laborales.

Fundó el demandante su acción en estos hechos que se resumen: González trabajó al servicio de "Ingeniesa" desde el 26 de agosto de 1957 hasta el 20 de octubre de 1964 en que la compañía demandada rompió unilateralmente el contrato laboral, sin pagarle la indemnización debida; el último sueldo básico devengado por el actor fue de $ 19.00 diarios; durante la vigencia del contrato, González sufrió una enfermedad "que le ha dejado como secuela incapacidad para trabajar, sin que la demandada le haya pagado indemnización ni prestación por invalidez, ni el auxilio monetario correspondiente a dicha enfermedad".

La empresa, al contestar la demanda por mediación de apoderado, aceptó los hechos relacionados con la existencia de la relación laboral y sus extremos de tiempo del servicio y salario básico; pero negó expresamente la falta de pago del lucro cesante y de la cesantía y en cuanto al auxilio de invalidez expresó que "no se le pagó auxilio de invalidez, porque en concepto del médico de la empresa y de la División de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio del Trabajo, el trabajador González padecía de una enfermedad no profesional".

El Juzgado Séptimo Laboral de Bogotá puso fin a la primera instancia así: 1º) Declarando probada la excepción perentoria de pago del auxilio de cesantía; 2º) Declarando probada la excepción perentoria de cosa juzgada respecto del auxilio de invalidez; 3º) Absolviendo a la sociedad demandada de las restantes peticiones de la demanda; y 4º) Imponiendo al actor las costas del juicio.

En consulta el fallo anterior, el Tribunal

Superior de Bogotá, Sala Laboral, lo confirmó en todas sus partes.

Contra esta sentencia el apoderado del demandante interpuso el recurso de casación de que se ocupa ahora la Corte, con el cual se pretende, según expone la demanda que lo sustenta, que la Sala Laboral de esta corporación case parcialmente la sentencia del Tribunal, de fecha 22 de junio de 1966 'en cuanto por dicho fallo se confirmó en todas su partes el del Juez Séptimo Laboral Municipal de Bogotá, que declaró probada la excepción de cosa juzgada del auxilio de invalidez y absolvió de las demás súplicas de la demanda y que en su lugar, constituída en Tribunal de instancia, condene a la sociedad demandada a pagar el valor del auxilio de invalidez conforme al dictamen que obra a folio 35 del informativo y que lo fijó en una suma equivalente a tres (3) meses de salario y la indemnización moratoria impetrada a razón de $ 19.00 diarios, a partir del 20 de octubre de 1964, en adelante, hasta cuando se cancelen las deudas laborales. Igualmente se aspira con este recurso a que procediendo en función de instancia la H. Corte condene en costas a la parte demandada".

El recurrente invoca la causal primera de casación contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964 para acusar la sentencia de segunda instancia, presentando al respecto un solo cargo por violación indirecta de las normas sustanciales contenidas en el inciso 1º, literal a) del artículo 278 CST y consecuencialmente el inciso 1º del artículo 65 CST. Esta violación —agrega— se produjo a través de la infracción de medio cometida por el Tribunal mediante la aplicación indebida de los artículos 473 y 474 del Código Judicial en relación con el artículo 632 ibidem y el 145 del CPL, así como de los artículos 217 CST y 3º del Decreto 832 de 1953, como consecuencia de los errores de hecho en que incurriera por la equivocada apreciación de unas pruebas y la falta de apreciación de otras.

Singulariza las pruebas mal apreciadas como las siguientes: a) Documental consistente en la copia al carbón sin autenticar de un Acta de Medicina del Trabajo (folio 16); b) Documental contentiva de un concepto de la Medicina del Trabajo distinguido con el número 707 MLT (folio 38). Y como pruebas dejadas de apreciar señala estas: a) Escrito de contestación de la demanda (folio 6); b) Documental consistente en el certificado expedido por el médico Alfonso Torres (folio 14); c) Informe del Instituto Colombiano de Seguros Sociales de marzo 8 de 1965 (folio 29); d) Certificado médico expedido por el doctor Luis Agustín Castillo Ardila (folio 30); y e) Dictamen pericial número 129 - MLT de marzo 15 de 1966 (folio 35).

Intenta el acusador demostrar los errores de hecho que imputa al sentenciador expresando que se comenzó por dar valor de plena prueba al escrito o copia al carbón que contiene el acta compromisoria que celebraron las partes en la Inspección Regional del Trabajo de Cundinamarca, sin que tal documento llene los requisitos formales que señala el artículo 632 C. J. para ser tenido como auténtico; que este documento, carente así de todo valor probatorio, aparece coordinado y relacionado por el **ad-quem** con el llamado "dictamen de la División de Medicina del Trabajo" (folio 38), que para efectos del presente juicio no tiene virtualidad de experticio a la luz del derecho probatorio, sino la de un documento más, contentivo de un concepto científico que se limita a señalar la enfermedad padecida por el demandante González y a sugerir la práctica de un tratamiento, para concluir equivocadamente, con el juzgador de primera instancia, en que se configuró el fenómeno de la cosa juzgada. Analiza luego en extenso los elementos que tipifican esta institución procesal tal como la conciben los artículos 473 y 474 C. J., aplicables al procedimiento laboral por mandato del artículo 145 C.P.L.

Después de considerar demostrados los errores de hecho evidentes cometidos por el sentenciador en la apreciación de los aludidos documentos, prosigue el recurrente manifestando que si el **ad-quem** hubiera estimado las demás pruebas que dejó de

estimar y que el cargo singulariza, como son los certificados médicos de los doctores Alfonso Torres M. y Luis Castillo Ardila, sobre la naturaleza de la enfermedad padecida por el actor, los documentos provenientes del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y el dictamen de la División de Medicina del Trabajo fechado el 15 de marzo de 1966, habría llegado, sin duda, a la conclusión de que estas probanzas eran suficientes para saber que la empresa "estaba abocada a un caso de invalidez que era preciso pagar, pues en ningún momento se ha discutido acerca de la existencia de la entidad patológica o enfermedad de González y antes bien la demandada, a sabiendas de que la enfermedad no es de carácter profesional. pues el demandante en ningún momento ha insistido en considerarla así, ha hecho caso omiso de los diversos dictámenes que en ese sentido conoció y prefirió correr las contingencias de un juicio como el que se está ventilando, conducta que agregada al hecho de que el auxilio de invalidez es una prestación que no ha sido satisfecha, procede aplicar el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como procede hacer lo mimo con el artículo 278 del mismo estatuto laboral, pero que por los errores de hecho en que incurrió el Tribunal en la forma expuesta a través de esta acusación, se abstuvo de dar aplicación en el caso sub-lite a los mencionados preceptos siendo aplicables las normas citadas, razón suficiente para que prospere el cargo, de acuerdo con los términos señalados en el alcance de la impugnación".

A todo lo cual la Sala observa:

1. La cuestión referente al auxilio de invalidez es la principal comprendida por el alcance del recurso.

Sobre ella se limitó a expresar el ad-quem, de manera sucinta, que las partes habían acordado llevar el problema al dictamen de la División de Medicina del Trabajo, por no estar el demandante satisfecho con el certificado médico patronal y que en esta forma sustrajeron del conocimiento de la justicia laboral la decisión del punto debatido, pues se sometieron al concepto médico enunciado que constituye en realidad un verdadero arbitraje contra el cual solo cabían los recursos de reposición y apelación, en los términos del Decreto 832 de 1953; agregando que el análisis completísimo que hace el a-quo sobre este punto releva a la Sala de otras consideraciones tendientes a confirmar el fallo.

Como ocurre con las decisiones de los Tribunales carentes de motivación propia o insuficientemente motivadas, en que el superior se apoya fundamentalmente en las consideraciones del inferior por estimarlas completas, prohijando de tal forma los razonamientos contenidos en la sentencia apelada, como sucede en este caso, han de examinarse en casación los ataques a la sentencia del Tribunal referidos a la providencia adoptada por el ad-quem. Sobre el particular se pronunció así el juzgador de primera instancia:

"Se sostiene en el libelo que el actor durante la vigencia del contrato de trabajo sufrió una enfermedad que le produjo incapacidad para trabajar, sin que hasta el momento haya sido cubierta la prestación por invalidez.

"La demandada acepta que al trabajador no se le pagó auxilio de invalidez porque en concepto del médico de la empresa y el dictamen de la División de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio del Trabajo, González Hernández padecía de una enfermedad no profesional.

"Tanto las certificaciones de los doctores Alfonso Torres M. (fl. 14) y Luis Agustín Castillo (fl. 30), como los dictámenes de la División de Medicina del Trabajo (fls. 35 y 38) acreditan que el trabajador venía sufriendo-desde antes de la terminación de su contrato de trabajo— de una enfermedad no profesional calificada como una Poliartritis Reumática.

"Consta así mismo que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales suministró tratamiento adecuado al actor y aún le suministró hospitalización después de la finalización del vínculo contractual (fls. 28 y 29).

"De acuerdo al acta de la audiencia verificada en la Regional del Trabajo de Cundinamarca el día veintitrés (23) de octubre de 1964 (fl. 16) consta que el trabajador no aceptó el dictamen o certificado médico patronal y en consecuencia ambas partes acordaron remitir el caso a la División de Medicina del Trabajo para los efectos del Decreto 832 de 1953.

"Ahora bien, éste dictamen se produjo el día tres (3) de noviembre del mismo año y el Ministerio del Trabajo determinó que al actor debía suministrársele el tratamiento adecuado de acuerdo al artículo 277 del C. S. del T.

"Al haber admitido el patrono y el trabajador lo resuelto por el Ministerio del Trabajo, lo procedente era —una vez notificado el dictamen— hacer uso de los recursos contemplados en el Decreto 832 de 1953 —artículo 3º— Este dictamen es de obligatorio cumplimiento para ambas partes, una vez en firme.

"Es evidente entonces que existe cosa juzgada respecto del auxilio reclamado. En efecto, si las partes en conciliación zanjaron sus diferencias a éste respecto, no puede entrar la jurisdicción laboral a conocer del mismo asunto (artículos 20 y 78 del C. de P. L.).

"La situación anterior en nada se modifica con el nuevo dictamen 129-MTL rendido el día marzo quince (15) del año en curso (fl. 35). En primer lugar, porque la situación ya había quedado definida por la conciliación de las partes contenidas en la audiencia correspondiente y en el concepto 707 MTL, y allí no se habló de consecuencias o secuelas que se siguieran para el trabajador de su enfermedad no profesional.

"En segundo lugar, porque en el momento del segundo dictamen habían transcurrido más de catorce meses después de rendido el primero de ellos. Si en verdad se produjo la incapacidad que menciona el 129-MTL, ésta no debe correr a cargo del patrono que había definido su situación jurídica frente al trabajador con mucha anterioridad a través de la conciliación.

"Siendo obligatorio el dictamen al cual las partes prometieron acogerse, lo procedente era haber iniciado la acción respectiva para el suministro de la asistencia médica a que allí se alude, previos los trámites para hacer efectiva ejecutivamente una obligación de ese carácter.

"Contra el dictamen 707-MTL era viable interponer los recursos a que hace referencia el Decreto 832 de 1953, pero en ningún caso es posible su revisión a través de un juicio ordinario laboral que no podría modificar —sin lesionar el principio de la cosa juzgada— lo acordado voluntariamente por las partes al acogerse al criterio de la División de Medicina del Trabajo del Ministerio del Ramo.

"No hay constancia de que hubiera sido recurrido el dictamen 707-MTL, pero en todo caso las consideraciones anteriores permanecen inalterables. En caso afirmativo, al quedar en firme por haber sido desatada la impugnación, habría que atenerse a lo resuelto por el superior.

"En caso negativo tampoco podría intervenir la justicia laboral por la vía ordinaria, a lo cual se agrega que el dictamen en cuestión no habla de que el trabajador hubiera quedado en estado de invalidez.

"No prospera por tanto ésta súplica de la demanda y en su lugar se declarará probada de oficio la excepción perentoria de cosa juzgada".

2. Como puede verse de los pasos transcritos, el sentenciador no hizo aplicación de los artículos 473 y 474 del Código Judicial, referentes a la obligatoriedad de la cosa juzgada nacida de las sentencias judiciales, disposiciones estas que el censor estima violadas en infracción de medio, absteniéndose, en cambio, de denunciar como quebran-

tadas las que sí aplicó expresamente y en las que hizo descansar en sustancia su decisión, como fueron los artículos 20 y 78 CPL, que constituyen, sin lugar a dudas, el principal, si no el único, soporte legal del fallo en este punto. Sin que pueda alegarse, como lo quiere el recurrente, que se trata de caso en que, por imperio del artículo 145 CPL sobre aplicación analógica, las normas que estructuran el principio de la cosa juzgada en el derecho común, regulan también la que en el derecho laboral se deriva del acta en que consta la conciliación libremente acordada por las partes, conforme al artículo 78 CPL. Este precepto, cuyo linaje carece en nuestro derecho positivo de antecedentes extraños a la legislación laboral, es típico o específico de su respectivo procedimiento, en cuyos trámites tiene vida propia, y aunque su filosofía conduzca al mismo resultado de la cosa juzgada emanada de las sentencias judiciales, su génesis y desarrollo es diferente en todo caso, ya que la conciliación es una institución jurídica exclusiva en el derecho del trabajo, inspirada en la noción de orden público que lo gobierna y de estricta observancia en los conflictos laborales. Por lo consiguiente, el cargo no resulta viable al no integrarse su proposición jurídica con los textos legales que sirvieron de fundamento a la decisión acusada y cuya denuncia era indispensable para establecer si fueron quebrantados dentro del concepto de violación de medio que plantea el recurrente.

3. Hay más. En el supuesto de que el cargo estuviera correctamente formulado, habría de observarse que el principal error de hecho que se imputa al Tribunal, con carácter de evidente, o sea el haber apreciado indebidamente, como documento auténtico, el escrito al carbón que dice contener el acta de conciliación conforme a la cual las partes remitieron la cuestión al Dictamen de la División de Medicina del Trabajo, vendría a presentar, en últimas, un hecho o medio nuevo en casación, entendido por tal el que no ha sido objeto de controversia, como no lo fue este, durante las instancias del juicio, ya que las partes, en ningún momento, pusieron en duda la autenticidad del acta de conciliación. De acuerdo con la permanente y rigurosa doctrina de la Corte sobre inadmisibilidad de medios nuevos en casación, el error de hecho que se señala al sentenciador no puede ser examinado y siendo este el soporte fundamental del fallo, que no resulta desquiciado, carece de objeto la revisión de los demás elementos probatorios que se indican como faltos de apreciación, pues el resultado de tal evaluación, aun favorable al recurrente, no destruiría la convicción del fallador apoyada en aquellos otros.

Por lo cual, no prospera el cargo.

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.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Juan Benavides Patrón, Luis Fernando Paredes Arboleda, Conjuez; *Edmundo Harker Puyana.*

Vicente Mejía O., Secretario. ...: ... ...

PRESCRIPCION

Conforme al artículo 2539 del C. C., la prescripción de largo tiempo que extingue las acciones ajenas se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente. Pero para la prescripción de corto tiempo, conforme al artículo 2514 del C. C., se requiere específicamente que intervenga pagaré u obligación escrita del deudor.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., marzo diez de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga).

(Acta Nº 12).

Agotado el trámite legal procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia en que el Tribunal Superior de Cartago definió la segunda instancia del juicio ordinario del trabajo adelantado por Rodolfo Sinisterra contra la sociedad denominada Fumigaciones Aéreas Valle Ltda., representada por su gerente.

Antecedentes.

En la demanda inicial del juicio se pidió se condenara a la sociedad "Fumigaciones Aéreas Valle Limitada", representada por su gerente, a pagarle al demandante Rodolfo Sinisterra la cantidad de $ 6.944.40, por concepto de auxilio de cesantía y prima de servicios, y el valor de la indemnización moratoria, con base en los siguientes hechos:

En virtud de nombramiento que se le hizo el día mismo de constitución de la sociedad demandada, prestó el demandante a ésta sus servicios, como gerente, desde el 31 de marzo de 1959 hasta el 6 de octubre de 1961, fecha en que se produjo su renuncia por circunstancias ajenas a su voluntad, habiendo devengado como último sueldo el de dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) mensuales. Y como al momento de su retiro no se le cancelaron sus prestaciones sociales, las reclamó en dos ocasiones por escrito, recibiendo finalmente como respuesta la carta de 20 de diciembre del citado año de 1961, que se acompaña, en la cual la sociedad reconoce le adeuda la cantidad demandada por cesantía y prima de servicios, liquidación que acepta, pero advirtiéndole que había cargado ese valor "a la cuenta corriente del reclamante, para abonar a una deuda que éste tenía con la Sociedad", abono referido que "se hizo sin la autorización del Sr. Sinisterra, y antes bien contra su voluntad", por lo que "es absolutamente ilegal y no está autorizado por ninguna norma legal".

Comisionado el Juez Primero Civil del Circuito de Buga para que notificara el auto admisorio y corriera traslado de la demanda al gerente de la sociedad, tan solo se alcanzó dicho resultado el 8 de febrero de 1965, después de dos citaciones que se le habían hecho y que él suscribió, la primera el 19 de noviembre de 1964 y la segunda el 9 de diciembre del mismo año, según lo revelan las respectivas boletas de citación. Satisfechos en la fecha referida los requisitos memorados, el apoderado que constituyó el representante de la empresa, contestó el libelo limitándose a proponer las excepciones de incompetencia de jurisdicción y de prescripción, de las cuales la pri-

mera quedó resuelta adversamente, por su calidad de dilatoria, desde la primera audiencia.

Concluído el debate, el Sr. Juez del Trabajo de Cartago, que fue el del conocimiento, puso fin a la instancia en sentencia de 8 de noviembre de 1965, condenando a la sociedad demandada a pagar al actor la cantidad de $ 6.944.40, por concepto de cesantía y prima de servicios, y los salarios caídos desde el 19 de noviembre de 1961 hasta cuando se satisfaga la obligación precedente, lo mismo que las costas del juicio, y declarando no probada la excepción de prescripción.

En virtud de apelación de la demandada, el Tribunal Superior de Cartago, por intermedio de su Sala Laboral, revisó esta decisión, en fallo de 1º de febrero de 1966, revocando el recurrido y declarando probada, en cambio, la mentada excepción de prescripción alegada por la demandada. Por lo demás, no hizo condenación al pago de costas "por no haberse causado".

Contra esta providencia interpuso la parte actora el recurso de casación, que le concedió el ad-quem y admitió y tramitó esta Sala de la Corte y el cual pasa a decidirse teniendo en cuenta la demanda del recurrente y la réplica del opositor.

Alcance de la Impugnación.

Persigue el recurrente la casación total del fallo acusado y que, como consecuencia, constituída la Corte en tribunal de instancia, confirme los numerales 1º, 3º y 4º del de primera instancia y modifique el 2º de la misma providencia "en el sentido de condenar a Fumigaciones Aéreas Valle Ltda. a pagarle salarios caídos a don Rodolfo Sinisterra desde el 6 de octubre de 1961, hasta la fecha en que le cancele sus prestaciones sociales y a razón de $ 83.32 por cada día de retardo".

La Acusación.

En orden a este fin y con invocación de la causal primera de casación laboral, formula un solo cargo contra el fallo impugnado, en el que lo acusa de "Aplicación indebida de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 2524 del Código Civil como consecuencia de errónea apreciación jurídica consistente en entender que los principios contenidos en el artículo 2524 del Código Civil, reguladores de la interrupción de la prescripción adquisitiva de derechos ajenos, se predican también para la prescripción de las acciones emanadas de las leyes laborales, regida por el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, que es una prescripción de corto tiempo, relativa a acciones y no a derechos.

"Ese evidente error de criterio jurídico llevó al Tribunal a dejar de aplicar, siendo claramente aplicable, el artículo 2544 del Código Civil, para incurrir en seguida en error evidente de hecho al dejar de apreciar como pruebas los documentos que obran a folios 4, 5 y 6 del Cuaderno principal del expediente, y de los cuales resulta con meridiana claridad que la empresa demandada hizo constar por escrito la obligación a favor de don Rodolfo Sinisterra, con lo cual vino a cumplirse el presupuesto exigido por el ordinal 1º del artículo 2544 del Código Civil para que la prescripción quedara interrumpida. Este evidente error de hecho condujo al Tribunal a no aplicar, debiendo aplicarlos, el mencionado artículo 2544 del Código Civil y los artículos 249, 306 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagran en beneficio de los empleados particulares la cesantía, la prima de servicios y los salarios caídos en eventos, como el presente, cuando el empleador no paga oportunamente las prestaciones que deba al finalizar el contrato de trabajo".

Para fundamentar esta acusación el recurrente hace un estudio separado de los dos aspectos planteados: el referente a la aplicación indebida de los artículos 488 del C. S. del T. y 2524 del C. Civil; y el relacionado con la falta de aplicación de las otras normas sustantivas citadas, como consecuencia del error de hecho que le atribuye al ad-quem al dejar de apreciar las pruebas enunciadas.

En cuanto a lo primero, repara en las notas que, al tenor de las normas civiles que regulan la materia, diferencian la prescripción adquisitiva de los bienes ajenos y la ex-tintiva de las acciones, lo mismo que, respecto de estas últimas, en la circunstancia de que la especial de corto tiempo estatuída, entre otros artículos, en el 2543 del C. Civil, se interrumpe en cualquiera de las formas previstas en el artículo 2544 de la misma obra, convirtiéndose de allí en adelante, al sobrevenir el evento que la interrumpe, de prescripción de corto tiempo en ordinaria, según el final inciso de este último precepto.

Sentado lo anterior, sostiene el impugnador que de la prescripción consagrada en el segundo inciso del citado artículo 2543, se deriva la que establece el artículo 488 del C. S. del Trabajo, para las acciones que surgen del contrato de trabajo, por lo que sin duda alguna pertenece al grupo de las extintivas de corto tiempo, que clasifica el Código Civil. Por lo tanto, cuando se confronta una causal de interrupción en hipótesis distinta de la regulada por el artículo 489 del estatuto laboral, como ocurre con la primera del artículo 2544 del C. Civil, la lógica jurídica indica, en atención a lo preceptuado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que se debe aplicar el mentado artículo 2544 y no disposiciones del mismo Código Civil "que regulan la interrupción de especies distintas de prescripción, como sucede con el artículo 2524 para la adquisitiva y el artículo 2539 para la extintiva de largo plazo". El Tribunal olvidó esto y erróneamente entendió que la prescripción de las acciones laborales se regula por los preceptos de la prescripción adquisitiva común y vino así a "aplicar indebidamente el artículo 2524 del Código Civil, al pretender que solo la notificación de la demanda al Gerente de Fumigaciones Aéreas Valle Ltda. podía interrumpir la prescripción que establece el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, norma esta que también aplicó en forma indebida bajo el supuesto equivocado de que la acción ejercida por el señor Rodolfo Sinisterra estaba prescrita, siendo así que la prescripción fue legalmente interrumpida, como se demostrará al exponer el segundo aspecto del cargo".

En lo tocante con la segunda cuestión, se sostiene que la prescripcion de la acción laboral para el pago de las prestaciones reclamadas, se interrumpió en la forma prevista en el ordinal 1º del citado artículo 2544, que como se ha demostrado es aplicable aquí, pues de conformidad con los documentos de los folios 4, 5 y 6 del Cuaderno Principal del expediente, no apreciados por el ad-quem, la sociedad demandada, por obra de su gerente, reconoció expresamente por escrito que el valor de las Prestaciones que le corresponden al actor y que pesan sobre ella, ascienden a la cantidad de $ 6.944.40 y que dicha suma fué acreditada al señor Sinisterra en la cuenta respectiva de los libros de la empresa, lo que refuerza aún más la copia de los asientos de contabilidad que obran en autos, los que hacen plena fe contra el comerciante que los hizo, máxime en litigios como este, en que el actor no es comerciante. No es óbice para lo anterior, que en la carta del folio 4, la empresa alegue que el señor Sinisterra le debía una cantidad de dinero, porque de esta aseveración no hay prueba alguna y no fue siquiera materia de controversia, por lo que no constituye sino un pretexto para retener las prestaciones de su antiguo servidor con la apariencia de una compensación de mutuas deudas, retención y compensación que, por lo demás, carecen de validez por contrariar lo estatuído por el ordinal 1º del artículo 59 del C. S. del T., pues no hubo autorización del trabajador para ello, ni ha mediado mandato judicial.

Es indudable, por lo tanto, que la prescripción alegada por la empresa no está configurada y que quedó interrumpida "con la consecuencia prevista por el inciso final del mismo artículo 2544, es decir, que la antigua prescripción de corto plazo se convirtió en prescripción extintiva ordinaria, cuyo término señala el artículo 2536 del Código, término que, como es clarísimo, en este caso no se ha cumplido, ni menos aún, se había cumplido cuando le fue notificada la demanda al Gerente de la firma de-

mandada". Como el Tribunal la reconoció, se equivocó ostensiblemente, error en el que no habría incurrido si hubiera apreciado la prueba documental referida, y por ello violó el citado artículo 2544, que no aplicó, lo que lo llevó al propio tiempo a infringir, en la misma forma, siendo claramente aplicables al caso, los artículos 249 y 306 del C. S. del T., que consagran en favor de los trabajadores el auxilio de cesantía y la prima de servicios.

Y del mismo modo quebrantó el artículo 65 del invocado estatuto sustantivo laboral, al no aplicarlo siendo pertinente, pues al tenor de la misma prueba documental la empresa no pagó al término del contrato las prestaciones adeudadas por ella que se demandan; buscó eludir el pago con la aseveración infundada de que el trabajador le debía una suma de dinero; y finalmente evadió la notificación de la demanda a pesar de que el Juez comisionado lo citó en dos oportunidades para la práctica de esa diligencia, la que solo facilitó cuando tuvo la vana ilusión de que se había extinguido la acción del demandante para proponer la excepción de prescripción.

Para el opositor el carácter mixto que expresamente le da el recurrente a su único cargo, de interpretación errónea del artículo 2524 del C. Civil para aplicar indebidamente el 488 del C. S. del T., y de violación indirecta de los artículos 2544 del Código primeramente citado y 249, 306 y 65 del sustantivo laboral, lo hace inestimable, no obstante lo cual refuta los planteamientos hechos para sustentarlo.

Al respecto anota que al diferenciar el impugnador las diversas especies de prescripción, guarda silencio, en lo tocante a la extintiva, acerca del hecho de que el artículo 2539 del C. Civil expresamente se refiere a la interrupción civil, y que dicho estatuto la admite en los términos del artículo 2524, o sea, que no es válida "si la notificación de la demanda no ha sido hecha en la forma legal", lo que, por lo demás, ha venido sosteniendo la jurisprudencia laboral, como puede verse, entre otras, en la casación de 21 de mayo de 1963.

De otro lado, el artículo 488 del C. S. del T. establece una prescripción única de tres años para la extinción de las acciones que dicho Código consagra, término prescriptivo que también estatuye el artículo 151 del C. P. del T. Por tanto, no es dable clasificarla en ordinaria y extraordinaria, subordinando la de la naturaleza laboral a la civil mediante el encuadramiento de aquélla en el inciso 2º del artículo 2543 del C. Civil, puesto que tal cosa la impide la autonomía de las dos ramas del derecho; ni se puede transformar tampoco la única laboral en ordinaria, como equivocadamente lo pretende el recurrente, puesto que si así fuera perdería su característica de única.

Además, aún dentro de la tesis del demandante, los documentos que cita no son ni "pagaré u obligación escrita" a la luz del art. 2544 del C. Civil, "sino ,contrariamente, la declaración de extinción de una obligación por compensación, aceptable a la terminación del contrato laboral, como lo ha aceptado esa superioridad", por lo que "carecían de aptitud, siquiera para interrumpir prescripciones de corto tiempo, en vía de hipótesis". En estas condiciones, el ad-quem no ha podido cometer los errores de hecho que se le atribuyen.

Agrégase finalmente que aún cuando se considerase que se operó una interrupción el 20 de diciembre de 1961, cuando se notificó la demanda el 18 de febrero de 1965, ya había expirado el término de tres años para el ejercicio de las acciones del actor.

Para resolver, la Corte considera:

1. Conforme a la enunciación y desarrollo del cargo sometido al estudio de la Corte, el recurrente acusa el fallo de segundo grado de haber aplicado indebidamente al caso allí definido los artículos 488 del C. S. del T. y 2524 del C. Civil, por haber entendido que esta última norma regula la interrupción de la prescripción de las acciones laborales, siendo así que el pertinente es el 2544 del citado C. Civil, que gobierna lo relativo a la interrupción de la prescripción de las acciones de corto tiempo, como son las emanadas de las relaciones de tra-

bajo, pues al tenor de la prueba documental que invoca, no estimada por el Tribunal, el evento confrontado en autos es de una interrupción de la prescripción de la acción del trabajador demandante para reclamar las prestaciones sociales a que su demanda se contrae, en la forma prevenida por el ordinal 1º del mentado art. 2544, por lo que se transformó de corto tiempo en de largo plazo; error este de valoración de la verdadera situación fáctica del juicio, que llevó al ad-quem a dar por prescrita la acción promovida cuando aún no se había extinguido por el transcurso del tiempo, infringiendo así los artículos 249, 306 y 65 del C. S. del T., los que no se aplicaron.

En estas condiciones, la violación de los preceptos sustantivos laborales que acaban de mencionarse se alega es el fruto de dos causas distintas: la del equivocado entendimiento acerca de la aplicabilidad del artículo 2524 del C. Civil a las acciones laborales, y la del error sobre la situación fáctica revelada en el proceso, que impide la operancia de la citada norma civil y hace posible, en cambio, la del 2544 de la misma obra y, por ende, la de las laborales a que se aludió primero. O sea, que a su quebranto se llega, al tenor de dicho planteamiento, por dos conceptos o vías distintas de las previstas en la causal primera de casación laboral: la directa, que se produce al margen de toda cuestión probatoria, implicada en la referida interpretación errónea; y la indirecta, a través del error de hecho atribuído al sentenciador, consistente en no haber reconocido que la prescripción alegada por la demandada se había interrumpido en la primera forma estatuída por el artículo 2544 citado y se había transformado de corto tiempo en de largo plazo, por lo que el fenómeno extintivo en comento no había sucedido, error que se debió a no haber apreciado la prueba documental que obra en el expediente. Ocurre empero que tal acumulación en un solo cargo contraría la técnica de este recurso extraordinario, según las enseñanzas de los doctrinantes y la reiterada jurisprudencia laboral.

2. Si bien la circunstancia que acaba de anotarse es suficiente para no admitir la acusación hecha, conviene advertir que en el fallo impugnado se declaró prescrita la acción promovida por el demandante, porque contra lo sostenido por el Juez del conocimiento no se interrumpió con la sola presentación de la demanda, seguida de su notificación, pues lo que produce ese resultado es la notificación legal de ese acto, como lo ha sostenido esta Sala de la Corte, cosa que aquí solo se hizo después de vencido el término a que se refieren los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. del T., criterio aquel acerca de la interrupción que corrobora la previsión del artículo 489 del citado estatuto sustantivo laboral; y porque, además, "desde la fecha de las reclamaciones formuladas por el trabajador y su apoderado (noviembre 18 y diciembre 16 de 1961) hasta el día de la notificación de la demanda (18 de febrero de 1965) han transcurido más de los tres (3) años de que habla el art. 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código de Procedimiento Laboral, sobre prescripción de las acciones en materia laboral".

Entendió, por tanto, que el único evento susceptible de interrumpir la prescripción de la acción del demandante para el pago de las prestaciones sociales exigidas que aquí se cuestiona, es el proveniente del reclamo escrito, recibido por el patrono; pero como entre su fecha y la notificación de la demanda han transcurrido más de los tres años a que se refiere la legislación laboral para que ese efecto subsista, la extinción de dicha acción es definitiva. Quedó en esta forma descartada cualquiera otra causal de interrupción de la prescripción, distinta de la particularmente regulada por el citado artículo 489 del C. S. del T., como la alegada por el recurrente, que se presenta, según el ordinal 1º del artículo 2544 del C. Civil, invocado por éste, "Desde que interviene pagaré u obligación escrita, o concesión de plazo por el acreedeor", y que difiere de la interrupción natural regulada por el segundo inciso del artículo 2539 del mismo Código, en tratándose de la prescripción en general de las acciones judiciales, tal como lo ha expresado en los términos siguientes la jurisprudencia civil de la Corte:

"Conforme al art. 2539 del C. C., la prescripción de largo tiempo que extingue las acciones ajenas se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente. De modo que si se trata de ese género de prescripción, el reconocimiento de la deuda hecho expresamente en posiciones, interrumpiría la prescripción. Pero para la prescripción de corto tiempo, conforme al art. 2544 del C. C., se requiere específicamente que intervenga pagaré u obligación escrita del deudor. No basta, pues, el reconocimiento de la deuda en este último caso; es necesario que haya una obligación escrita de mano del deudor o un pagaré suscrito por el mismo. Esta Corte, en sentencia de 29 de octubre de 1898 (Gaceta Judicial. Tomo 14, página 28) interpretó ya del modo estricto que se acuna en este fallo el art. 2544 del C. C. Dijo así esta Corporación: "Ahora, en cuanto a que hubo interrupción de la prescripción, conforme al art. 2544 del citado Código, basta observar que aquélla no tiene lugar sino desde que interviene pagaré u obligación escrita, o concesión de plazo por el acreedor, y desde que hay requerimiento. El art. 2141 del C. C. italiano requiere también para la interrupción de la prescripción de corto tiempo, que haya habido un reconocimiento de la deuda por escrito. Y es abundante la jurisprudencia de las antiguas cortes de casación de Italia en el sentido de que es inadmisible el interrogatorio directo para demostrar tal reconocimiento e interrumpir la prescripción. Y es que cuando la ley exige expecíficamente una prueba para demostrar una obligación o para que se realice un acto jurídico, no puede el intérprete separarse de sus mandatos" (G. J., tomo XLI bis, pág. 193).

Al descartar el Tribunal esa causal de interrupción, no incurrió en el caso de autos en una equivocación manifiesta, pues en la comunicación de la empresa para el actor, de 20 de diciembre de 1961, que obra al folio 4 del expediente, lo que hace es reconocer que las prestaciones que le adeudaba ascienden a la suma de $ 6.944.40, valor que, agrega, le ha acreditado a su cuenta corriente, por cuanto él a su vez le debe a ella la cantidad de $ 13.373.34, por lo que el saldo a cargo del señor Sinisterra y a favor de la sociedad es de $ 6.928.54, que solicita le sea cancelado en el curso de ese año. No se trata, por lo visto, del pagaré o de la obligación escrita a que se refiere el mencionado art. 2544 del C. Civil, en que el deudor se obligue a satisfacer al acreedor la referida cantidad de dinero por concepto de las prestaciones sociales causadas en su favor.

Entonces, si no puede aseverarse que la causal de interrupción de la prescripción aquí cuestionable es la sostenida por el recurrente y no la deducida por el Tribunal, con la secuencia ya anotada, la acusación formulada no puede aceptarse.

Por todo lo expuesto, no se admite la presente impugnación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido del Tribunal Superior de Cartago.

Las costas del recurso son de cargo del demandante.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal Superior de Cali, a cuya jurisdicción pasó, en materia laboral, el territorio del extinguido Tribunal de donde vino este negocio.

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION

(Técnica)

ERROR DE DERECHO. El ataque es totalmente ineficaz, pues según el artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo y conforme a reiterada jurisprudencia sobre la materia, el error de derecho en la casación laboral a diferencia de lo que ocurre en la civil solo puede tener lugar cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir esta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, en cuyo caso no es dable admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., marzo once de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta Nº 11).

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá, Peregrino Delgado demandó, por conducto de apoderado, a la Administración de Salinas Terrestres —Banco de la República — Concesión de Salinas, para que, mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se la condenara a pagarle reajustes de la pensión de jubilación y del auxilio de cesantía, remuneración por trabajo extra nocturno, indemnización por accidente de trabajo, todas las prestaciones relacionadas con la enfermedad que padeció, el subsidio familiar de que venía disfrutando y las costas del proceso.

Relató en el libelo que había prestado sus servicios a la entidad demandada desde el 5 de marzo de 1928 hasta el 21 de marzo de 1961, fecha en la que se le concedió una pensión mensual vitalicia de jubilación, cuyo valor se desconoce. También se le reconoció el auxilio de cesantía correspondiente a trece años largos, en cuantía un poco superior a $ 1.000.00. El 2 de septiembre de 1959 sufrió un accidente de trabajo, sin que se le pagara la indemnización ordenada por la ley; tampoco se le atendió con motivo de la grave enfermedad que padecía en el momento del retiro, ni después de éste se le continuó pagando el subsidio familiar. El último salario devengado fue de $ 450.00 mensuales.

En derecho citó el Decálogo de Moisés, los Códigos Procesales Civil y del Trabajo; los artículos 32, 127, 158, 168, 199, 249 y 260 del C. S. T.; los Decretos 616 de 1954 y 118 de 1957, y los artículos 1612, 1614, 1613, 1615, 1616 y 1617 del C. C.

La empresa se opuso a las pretensiones del actor, manifestando haberle cancelado todos los salarios y prestaciones a que tuvo derecho de acuerdo con la ley. Presentó demanda de reconvención, pero posteriormente desistió de ella.

Agotado el trámite de la primera instancia, el Juzgado la desató, en sentencia de catorce de febrero de mil novecientos sesenta y dos, absolviendo a la demandada de todos los cargos y condenando en costas al demandante.

En virtud de apelación interpuesta por el apoderado de éste, subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, entidad que confirmó la providencia del a-quo mediante fallo proferido el once de junio de mil novecientos sesenta y tres, y contra el cual el mismo procurador judicial ha interpuesto el recurso de casación que la Corte va a decidir, con examen de la respectiva demanda. No hubo escrito de oposición.

El recurrente aspira a que se case la sentencia impugnada y que la Sala, en función de instancia, despache favorablemente todas las súplicas de la demanda inicial. No expresa, sin embargo, qué debe hacerse con el fallo de primer grado que las denegó.

Con tal propósito, bajo el título "Expresión de los Motivos de Casación", formula los cargos que a continuación se examinan:

Primer cargo. - "La sentencia es violatoria de ley sustantiva por la causal primera, por error de hecho, por equivocación, por mala apreciación de prueba trascendental. Es algo más que un error de hecho: es que la sentencia miente".

A manera de sustentación del cargo, el casacionista comienza por transcribir algunos párrafos del fallo acusado, en los cuales el Tribunal explica como la prueba pericial fue bien producida y puesta en conocimiento de las partes, para concluír que no existe la nulidad alegada por el actor. Procede luego a hacer un relato de lo ocurrido en el proceso en relación con la inspección ocular y el dictamen pericial, con transcripción de gran parte de esa diligencia, para oponer su criterio al del fallador en lo relativo a aquel tema, y concluye haciendo las siguientes afirmaciones:

"Por medio de este error de hecho al apreciar la prueba fundamental de la inspección ocular y el dictamen, se me impidió a mí el derecho de criticar ese dictamen, y por medio de ese desconocimiento a dicha prueba, se desconoció el derecho de Delgado que amparan en el Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 57, 127 y siguientes, 199 y siguientes, 200, 201, 204, 249 y siguientes, 260 y siguientes.

"Esta violación fue hecha de modo indirecto, es decir, se incurrió en error de hecho por mala apreciación de una prueba, y con eso de manera indirecta se violó la ley sustantiva laboral".

Para resolver, se considera:

Reiteradamente ha dicho la jurisprudencia que el recurso de casación no es una tercera instancia en la que puedan hacerse toda clase de razonamientos, sino un medio extraordinario de impugnación de las sentencias sujeto a una técnica especial, en cierto modo rigurosa, sin cuyo cumplimiento el recurso resulta inatendible.

El cargo que se examina no se ciñe a esas exigencias de carácter técnico, pues no se indica en él la modalidad de la infracción, si bien, por aludir a la vía indirecta y a error de hecho, pudiera entenderse que aquella se produjo por aplicación indebida. Pero además, no se señala el error o errores de hecho en que pudo haber incurrido el Tribunal, y mucho menos se demuestran con la calidad de ostensibles o evidentes que se requiere para el quebrantamiento del fallo en casación. Tampoco explica como esos errores condujeron al sentenciador a transgredir la ley ni la incidencia de la infracción en las decisiones adoptadas.

El recurrente se empeña en demostrar que no es exacta la afirmación del Tribunal acerca de que el dictamen pericial fue practicado en audiencia pública y puesto en conocimiento de las partes, enfrentando su propio criterio al de aquella entidad; de allí concluye que la prueba fue mal apreciada y en esa equivocada estimación hace consistir el error de hecho, con lo cual confunde la causa con el efecto.

De lo expuesto se deduce que el cargo es ineficaz y, en consecuencia, se rechaza.

Segundo cargo. - "Ataco o acuso la sentencia por error de derecho, consistente en la violación de las reglas legales sobre pro-

ducción de las pruebas, que son obligatorias también en los juicios del trabajo".

"Antes de sustentar esta causal de casación, copio de la edición de 1959 del Código Sustanitvo del Trabajo y Código Procesal del Trabajo, del doctor Jorge Ortega Torres, página 751, la siguiente jurisprudencia:

"Constituye error de derecho, aún cuando el art. 87 del Código de Proc. del Trab. no lo contempla como tal, el consistente en la violación de las reglas legales sobre producción de la prueba, obligatorias también en los juicios del trabajo". (Sent. 8 junio 1954, "D. del T.", vol. XX, núms. 115-117, pág. 67)".

Luego, en su desarrolo, el impugnador afirma que los dictámenes periciales en que se base el fallo no fueron dados en traslado a las partes, con lo cual se violó el artículo 719 del C. J. Y que esta violación constituye un error de derecho mediante el cual se llegó a infringir las disposiciones sustantivas que cita en el primer cargo y que da por reproducidas en este.

Se considera:

El ataque es totalmente ineficaz, pues según el artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo y conforme a reiterada jurisprudencia sobre la materia, el error de derecho en la casación laboral a diferencia de lo que ocurre en la civil sólo puede tener lugar cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir esta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, en cuyo caso no es dable admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo.

Ni esta Corporación ni el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo han admitido que pueda aducirse como error de derecho en el campo laboral el consistente en la violación de las reglas legales sobre producción de las pruebas. El acápite de la la sentencia proferida por el Supremo y que el recurrente invoca en su apoyo, no refleja con exactitud el pensamiento de esa entidad, pues la cita que hizo el compilador es incompleta. Lo que en esa providencia se expresó con toda claridad fue que, aunque la violación de aquellas reglas constituía técnica y jurídicamente un error de derecho, en la casación del trabajo solo podía alegarse como tal el contemplado en el aludido artículo 87. Las siguientes fueron las palabras del Tribunal Supremo en aquella oportunidad:

"El error de derecho, se ha dicho repetidamente por esta Superioridad, sólo tiene lugar en la casación del trabajo, según el artículo 87 del Código de la materia, cuando se da por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo. El cargo, por consiguiente, ha sido mal formulado al pretender que el Seccional incurrió en error de la naturaleza acusada, que no se configura respecto de hechos como el discutido, cuya demostración no requiere prueba **ad sustantiam actus**. Sin duda alguna la equivocación obedeció a que el error en la estimación del mérito legal de las pruebas es calificado en la doctrina común como error de derecho, y tal es el que intenta demostrar el recurrente respecto de los testimonios desestimados por el **ad-quem**; mas no teniendo, generalmente, la prueba producida en el juicio laboral un valor pre-establecido, esto es, no siendo obligatoria para el Juez del Trabajo la tarifa legal de pruebas, no puede darse error por desconocimiento de tal mérito legal, y el de derecho, en la valoración, queda circunscrito al de las pruebas **ad-solemnitatem** que en casos excepcionales requiera la ley para la validez del acto".

"Es asímismo de derecho, si bien el artículo 87 citado no lo contempla como tal, el consistente en la violación de las reglas legales sobre producción de la prueba, obligatorias también en los juicios del trabajo,

conforme a jurisprudencia constante de esta Corporación, que tiene establecido que no deben confundirse los medios legales de prueba y las reglas probatorias o disposiciones formales referentes a la recepción de ellas con la libertad de valoración, o mejor, valoración científica y no tarifaria, de que dispone el juzgador laboral en relación con las legalmente producidas. Los primeros, o instrumentos de verificación en la investigación de la verdad, se hallan definidos en el Código Civil en su título XXI del libro 4º y por el de procedimiento común en el Título XVII de su libro 2º, y a ellos se remite el artículo 51 del Código Procesal del Trabajo. Las segundas, o rito procesal para la producción de la prueba, han sido consagradas por los distintos preceptos del Estatuto Procesal del Trabajo y del Civil que se refieren a la enunciación, la petición, el decreto y la práctica de la prueba. Unos y otras son obligatorios en los juicios del trabajo, debiéndose agregar que las llamadas disposiciones formales deben cumplirse con sujeción a los principios superiores del proceso laboral sobre oralidad, publicidad, concentración e inmediación".

Observa la Sala finalmente que los exámenes periciales a que alude la censura si fueron puesto en conocimiento de las partes. según consta en las actas de audiencia pública de folios 39 y s. y 44 y s., por lo cual el error de derecho tampoco pudo darse en la forma como lo concibe el impugnador.

El cargo se rechaza.

Tercer cargo. - "La sentencia es violatoria de la ley sustantiva por error de hecho al apreciar erradamente algunas pruebas, error de hecho que lo indujo a violar disposiciones sustantivas del Código correspondiente".

El recurrente, siguiendo el mismo sistema adoptado en el primer ataque, procede a transcribir en su mayor parte la prueba testimonial y los certificados médicos allegados al expediente, para afirmar que esas probanzas fueron mal apreciadas por el fallador y que por tal razón "se han violado las disposiciones legales de que he hecho mérito tanto en la demanda principal como en esta de casación, y que ligeramente voy a enumerar: artículos del Código Sustantivo del Trabajo 186 y siguientes, 193 y siguientes, 199, 200, 201, 203, 204, 207, 209, grupo segundo, siguientes, 227 y siguientes, 249 y siguientes, 260 y siguientes".

Se considera:

Este cargo exhibe las mismas deficiencias técnicas del primero, pues no se indica en él la modalidad o el concepto de la infracción; no se señala el error de hecho sino que se le confunde con la equivocada apreciación o la falta de estimación de pruebas, y no se establece relación de causalidad entre el pretendido error y las violaciones que se afirman, ni la repercusión que estas pudieron haber tenido en la parte resolutiva del fallo.

Se trata, en verdad, de un alegato de instancia en el cual el recurrente hace un análisis de las pruebas para oponer el concepto que ellas le merecen a la apreciación que de las mismas hizo el juzgador.

No sobra advertir, sin embargo, que al examinar, por amplitud, la cuestión de fondo, no se encuentra que el sentenciador hubiese incurrido en error alguno, pues es evidente que del acervo probatorio no se desprende que el trabajador a consecuencia de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, hubiese sufrido alguna disminución de su capacidad laboral, susceptible de ser indemnizada.

El cargo se desecha.

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 materia del recurso, proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha once de junio de mil novecientos sesenta y tres.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION ESPECIAL DE JUBILACION

De acuerdo con el artículo 8º, inciso 1º, de la Ley 171 de 1961, la edad no es elemento configurativo del derecho a pensión especial. De acuerdo con esta norma los requisitos para que se adquiera el derecho a esta pensión son: un tiempo de servicio mayor de diez años y menor de quince y el despido sin justa causa. Reunidos ellos no se está en presencia de una mera expectativa, sino de un derecho cierto, que constituye una situación jurídica concreta, con carácter de derecho adquirido que no es susceptible en sus extremos de ser modificado por ley posterior. Existe pues en este caso la causa de la acción y por ello es posible hacer condena de futuro, para cuando el trabajador despedido cumpla la edad establecida por la misma disposición para comenzar a gozar de la respectiva prestación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. —

Bogotá, D. E., marzo trece de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar).

(Acta Nº 13).

Santos Vargas Vargas demandó por medio de apoderado a "Gaseosas Boyacá Ltda.", para que le fuera pagada pensión especial de jubilación cuando cumpliere la edad requerida por la Ley y además para obtener el pago de su cesantía, compensación de vacaciones, tal como lo establecen el Código Sustantivo del Trabajo y la Convención Colectiva vigente al momento del despido, las horas extras trabajadas, la indemnización por despido sin justa causa y los salarios caídos desde la fecha de su desvinculación hasta cuando la empresa le cancele las deudas laborales que para con él tiene.

Como hechos sustentatorios de sus peticiones expuso diez, los cuales se sintetizan en lo fundamental así:

Mediante contrato de trabajo sirvió a la sociedad demandada desde el 3 de octubre de 1956 hasta el 25 de marzo de 1968, fecha esta última en que fue despedido sin justa causa debidamente comprobada, con la afirmación temeraria de haberse presentado al trabajo en estado de embriaguez y obedeciendo el despido a una verdadera persecución de la empresa contra sus trabajadores de cierta antiguedad. No le ha sido pagado su auxilio de cesantía, ni las horas extras, ni las demás prestaciones que reclama y al momento de ser despedido devengaba un salario diario de $ 28.15.

Conoció del juicio el Juzgado Municipal del Trabajo de Tunja, el cual admitió la demanda y ordenó correr traslado de ella a la sociedad demandada.

Cumplido este trámite el apoderado de Gaseosas Boyacá Ltda. contestó en tiempo el libelo, aceptando el hecho noveno, negando los demás o manifestando que se atendría a su prueba en el juicio.

La primera instancia se tramitó en de-

bida forma y el Juzgado le puso fin mediante sentencia de fecha 4 de octubre de 1968 en la cual condenó a la demandada a pagar al actor la suma de $ 2.320.88 por concepto de auxilio de cesantía, le impuso el 50% de las costas y la absolvió de las demás pretensiones.

El apoderado del demandante apeló del fallo y el Tribunal Superior de Tunja —Sala de Decisión Laboral—, profirió sentencia el 12 de febrero de 1969, modificando el del inferior, así:

"1º - Declárase que el demandante Santos Vargas Vargas, tiene derecho a una pensión de jubilación vitalicia mensual cuando cumpla la edad requerida por la ley.

"2º. En consecuencia de la declaración anterior condénase a la Sociedad demandada "Gaseosas Boyacá Ltda." a pagar una pensión vitalicia y mensual a favor del actor Santos Vargas Vargas, cuando éste cumpla los sesenta (60) años y en proporción al salario correspondiente.

"3º. Condénase a la Sociedad "Gaseosas Boyacá Ltda." a pagar al demandante Santos Vargas V. por concepto de indemnización conforme al ordinal d), del art. 8º del Decreto Nº 2351 de 1965, la suma de diez mil ciento cinco pesos con ochenta y cinco centavos ($ 10.105.85), en el término de diez (10) días a partir de la ejecutoria de esta sentencia".

Confirmó en la demás la sentencia recurrida y condenó a la demandada en un 50% de las costas.

Contra la resolución del Tribunal, interpuso recurso extraordinario de casación el apoderado de la empresa, el cual fue concedido y luego de admitirse y tramitarse debidamente por esta Sala, se pasa a decidir teniendo en cuenta la demanda respectiva. No hubo escrito de oposición.

El recurso.

El acusador precisa el alcance de la impugnación pidiendo "que la sentencia de segunda instancia sea casada parcialmente, en cuanto a la condena de futuro relacionada con la pensión sanción, para que en función de instancia la H. Corte confirme la absolución de primer grado".

El recurrente se apoya en la causal primera de casación y formula un solo cargo, así:

"Violación, por vía directa, del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en relación con el 260 del CST, por aplicación indebida al caso de autos, no siendo pertinente".

En la demostración dice el impugnador que el sentenciador da por demostrado que el actor fue víctima de un despido injusto, después de diez años de servicio a la empresa y antes de quince; pero que no da por probado que hubiera cumplido sesenta años de edad al incoar la acción, sino todo lo contrario, puesto que, al condenar al pago de la pensión prevista en el art. 8º de la Ley 171 de 1961, la condiciona a "cuando cumpla la edad requerida". Concluye el recurrente manifestando que las normas jubilatorias no son aplicables "antes de que concurran en el supuesto titular todos los requisitos de edad y tiempo de servicio", y que la alegación sobre la aplicación indebida de la ley en el caso del pleito, no es medio nuevo en casación, porque la sentencia de primer grado declaró la inoportunidad de la acción, por la misma causa.

La Sala considera:

En el recurso extraordinario que se estudia no se discute ya si el trabajador estuvo al servicio de la empresa por más de diez años y menos de quince, ni el hecho de haber sido despedido sin justa causa, cuestión ésta que se acepta implícitamente al no haber sido impugnada la Resolución del Tribunal sentenciador que condenó a la compañía recurrente a pagar al actor la indemnización prevista por el ordinal d) del numeral 4 del artículo 8º del Decreto-Ley 2351 de 1965, adoptado como norma legal permanente por la Ley 48 de 1969. Lo único que se discute es la condena a pagar pensión de jubilación, por no tener el demandante 60 años de edad.

Para el recurrente, a pesar de no haber propuesto alegación sobre la imposibilidad de hacerse una condena para el futuro, se hizo un agravio al artículo 8º de la Ley 171 de 1961, por cuanto se aplicó a caso no regulado por éste, dando como razón que en forma general y con sujeción al artículo 260 del C. S. del T., no es factible en materia de pensión jubilatoria hacer condenas para el futuro.

El Tribunal sentenciador no hizo exégesis ninguna del artículo considerado violado y menos aún del 260 del C. S. del T. y se limitó a aplicar el primero, una vez que, con fundamento en el análisis de las pruebas, concluyó aceptando que el despido del demandante había sido hecho sin mediar justa causa y por tener once (11) años, tres (3) meses y veintitrés (23) días de servicio.

Así las cosas debe determinarse si se dan los mismos presupuestos para que nazca el derecho a la jubilación ordinaria y a la pensión especial por servicio prestado por más de diez años y menos de quince.

De conformidad con el artículo 260 citado se establecen dos requisitos o elementos necesarios para que se cause una pensión de jubilación, en otras palabras para que el derecho nazca como tal a la vida jurídica: edad de 55 para los varones y de 50 para las mujeres y tiempo de servicio continuo o discontinuo de veinte años, en una misma empresa. Mientras no coincidan ambos requisitos no puede hablarse de derecho cierto, sino de una expectativa de derecho a la jubilación, que por constituír una situación jurídica general, legal y reglamentaria, puede ser modificada en favor o en contra del trabajador. Es por esto por lo que ha resuelto la Corte, que esa situación desplaza la posibilidad jurídica de obtener sobre ella condena de futuro, pues faltaría la causa de la acción.

En cambio, de acuerdo con el artículo 8º —inciso 1º— de la Ley 171 de 1961, la edad no es elemento configurativo del derecho a pensión especial. De acuerdo con esta norma los requisitos para que se adquiera el derecho a esta pensión son diferentes: un tiempo de servicio mayor de diez años y menor de quince y el despido sin justa causa. Reunidos ellos no se está en presencia de una mera expectativa, sino de un derecho cierto, que constituye una situación jurídica concreta, con carácter de derecho adquirido que no es susceptible en sus extremos de ser modificado por ley posterior. Existe pues en este caso la causa de la acción y por ello es posible hacer condena de futuro, para cuando el trabajador despedido cumpla la edad establecida por la misma disposición para comenzar a gozar de la respectiva prestación. Es por ello por lo que el artículo comentado, refiriéndose al trabajador que se halle en este caso, el de autos, se exprese así: "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 que cumpla esa edad con posterioridad al despido".

Por lo demás, la Sala ya había resuelto en este sentido un caso semejante en sentencia de 20 de abril de 1968, proferida en el juicio de Juan Araujo de León contra Almacenes Angel S. A., de Barranquilla.

Indica lo dicho que el Tribunal sentenciador no violó el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, y por el contrario lo aplicó en debida forma. El cargo, en consecuencia, no propera.

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 el fallo recurrido.

Sin costas por no haberse causado.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALARIOS VARIABLES

Es innegable que el sistema que consagra el artículo 176 del C. S. T. para la retribución del descanso dominical, en los casos de salario variable, es el de buscar el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solamente los días trabajados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. —

Bogotá, D. E., marzo dieciocho de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández).

(Acta Nº 7).

Por medio de apoderado Miguel Esteban Vega Feria promovió juicio ordinario contra la sociedad anónima denominada "Sears Roebuk del Caribe", a fin de obtener el pago de los descansos en domingos y festivos, reajustes en la liquidación de cesantía, primas y vacaciones, resarcimiento por violación del plazo presuntivo del contrato e indemnización moratoria.

La demanda presenta los siguientes hechos:

El ocho de abril de 1953, Miguel Esteban Vega ingresó al servicio de "Sears Roebuk del Caribe", como conductor de vehículos, pero el 27 de abril de 1958, mediante contrato verbal, fue trasladado al Departamento de Ventas de la misma empresa, como vendedor, con un salario equivalente al 5% sobre el valor de las ventas que hiciera, el cual se le cubría semanalmente. En este cargo, del cual fue despedido, estuvo hasta el 8 de octubre de 1960, es decir, que como vendedor trabajó dos años, cinco meses y once días, sin el pago de los descansos en domingos y festivos, debido al sistema de remuneración adoptado por la Sociedad. Según carta de preaviso recibida de la empresa, el contrato debía terminar el 24 de julio de 1960, pero, vencido este plazo, Vega Ferià, con el consentimiento del patrono, continuó en el mismo empleo hasta el 8 de octubre de ese año. En las ventas a crédito la empresa recarga el valor de las mercancías al comprador, pero sobre ese aumento no pagó al demandante el mencionado porcentaje.

En su respuesta, el apoderado de la Sociedad demandada niega unos hechos y se atiene a lo que se pruebe en relación con otros. Se opone a las solicitudes del libelo y propone las excepciones de pago efectivo y prescripción.

La decisión de primer grado correspondió al Juzgado Primero del Trabajo de Cartagena. En ella condena a la Sociedad demandada al pago de $ 7.121.71 como retribución por descansos dominicales y festivos, y reajustes de cesantía, primas y vacaciones. Absuelve de los demás cargos y condena a la Compañía a pagar las costas de la instancia.

Apelaron los apoderados de ambas partes, y el Tribunal Superior de Cartagena, en providencia del 8 de febrero de 1965, decidió el asunto así:

"Condénase a Sears Roebuk del Caribe S. A." a pagar al señor Miguel Esteban Vega Feria, seis (6) días después de la ejecutoria de la presente sentencia la suma de siete mil setecientos cuarenta y siete pesos con cuarenta y cuatro centavos M/L. ($ 7.747.44), por concepto de: salarios co-

rrespondientes al descanso en domingos y días feriados, diferencia en la liquidación del auxilio de cesantía; diferencias en las liquidaciones de primas de servicio y vacaciones. Se absuelve a la entidad demandada de los cargos de: indemnización por despido y saldos de salarios sobre ventas cumplidas no pagadas".

"Las costas del juicio, deberá pagarlas la parte demandada".

El apoderado de la parte demandada interpuso el recurso de casación, que le fue concedido, y, tramitado convenientemente en esta Sala, se va a decidir, previo el estudio de la demanda presentada para sustentarlo.

El recurso.

Alcance de la impugnación.

Aspira a que la sentencia sea casada parcialmente en el sentido de deducir de las condenas producidas por el Tribunal Superior de Cartagena. "El valor de los descansos en los domingos y festivos comprendidos entre el dos de mayo de 1960 y el 16 de octubre del mismo año, y el valor de los reajustes de cesantía, primas y vacaciones por este mismo lapso. Como consecuencia de ello, se reforme el fallo del juez de primera instancia ajustándolo a tales términos".

Con apoyo en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, propone contra la sentencia recurrida un solo cargo, así:

Por violación indirecta de la Ley Sustantiva del Trabajo, como consecuencia de la errónea estimación de una prueba. En efecto —dice— se violaron los artículos 172, 173, 174 y 177 del Código Sustantivo del Trabajo, relativos al pago del descanso en domingos y feriados, lo mismo que los artículos 127, 186, 198, 192, 249, 253 y 306 de la misma obra, relacionados con salarios, vacaciones, cesantía y prima de servicios.

Considera que la prueba mal apreciada es la inspección ocular que obra a folios 62 y 63 del cuaderno Nº 1 y comenta que de ella en su parte final, hubo estimación equivocada, 'porque no siendo fijo el salario del demandante, para determinar la remuneración computable para los efectos del pago del descanso en domingos y días de fiesta, ha debido tomarse y tenerse en cuenta solamente el promedio de lo devengado por el trabajador semana por semana, como lo ordena el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo y como en realidad se hizo hasta el día primero de mayo de 1960, pero de esta fecha en adelante se tomaron promedios quincenales hasta el día dieciseis de octubre del mismo año. De manera que el período comprendido entre mayo 2 y octubre 16 de 1960 no ha debido tenerse en cuenta para liquidar el valor del descanso en los domingos y feriados comprendidos en él, por cuanto no se sabía cuál era El promedio de salario semanal devengado por el actor. Si la Ley manda que la remuneración de los descansos dominicales en los casos de salarios variables sea el promedio de lo que el trabajador obtuvo en la semana inmediatamente anterior, se produce un quebrantamiento de la norma sustantiva que así lo consagra, si el promedio para remunerar tales descansos se saca arbitrariamente de períodos mayores. Esto es precisamente lo que ha sucedido en el caso que se analiza. Ningún otro promedio distinto al establecido en la Ley puede servir como factor para liquidar la remuneración de los descansos en días festivos y por tanto, es ostensible la defectuosa apreciación de este medio probatorio".

Transcribe, a continuación, un pasaje pertinente del fallo acusado y concluye:

"Es claro a mi juicio, el error en la estimación de esta prueba en la parte a que me he referido y su incidencia en la sentencia acusada, ya que la condena habría sido menor por este aspecto, si respetando la disposición legal que establece la manera de encontrar el promedio para la liquidación del descanso en los días festivos cuando el salario es variable, se hubiera rechazado esa parte de la prueba de inspec-

ción ocular que no daba cuenta de los promedios semanales, sino de los quincenales. No habiéndolo hecho así el Juzgador, erró de hecho y produjo una sentencia violatoria de la Ley, que afecta los intereses de la parte que represento. Si se hubiera apreciado acertadamente la referida prueba, necesariamente se habría ajustado la condena a la realidad procesal".

Consideraciones de la Sala:

El ad-quem dijo en lo pertinente:

"Hechas las correspondientes operaciones aritméticas, teniendo en cuenta los datos que arroja la diligencia de Inspección Ocular en relación con las cantidades recibidas por el trabajador semanal o quincenalmente, y los domingos y días feriados correspondientes a cada semana, cuyo descanso debió ser remunerado, el valor de éstos durante todo el tiempo servido alcanza a la suma de $ 6.312.13".

"Para deducir este valor, se dividió el salario semanal devengado, conforme a la inspección ocular, por el número de días laborados en cada semana, conforme al calendario; el cuociente resultante, constituía el valor del salario de un día y ese se estimó en cada ocasión como valor del descanso en el domingo, o en el día feriado correspondiente, siempre que éstos no coincidieron. Pues en caso contrario, esto es: cuando un día festivo coincidía con el domingo, se estimó como un solo día de descanso".

Es cierto que la inspección ocular, en el lapso a que refiere el cargo, revela las sumas que el demandante devengó, no semanalmente como aparece en relación con el otro tiempo de labores, sino por quincenas, y es innegable que el sistema que consagra el art. 176 del C. S. T. para la retribución del descanso dominical, en los casos de salario variable, es el de buscar el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solamente los días trabajados. Mas de aquella circunstancia de orden probatorio y de esta previsión legislativa, no se infiere necesariamente que el Tribunal, contrariando esta última, hubiese llevado la condenación por descansos dominicales y festivos a un resultado desprovisto de apoyo en la realidad procesal. El dato del salario variable percibido por quincenas, no impide que la remuneración dominical se determine mediante el sistema que prevé el art. 176. Basta, para el efecto, dividir ese valor por 14 y el cuociente representará la retribución del descanso correspondiente a un día. El resultado aritmético es exactamente igual que cuando la operación se hace sobre la base del promedio obtenido en la semana inmediatamente anterior. No demostró el casacionista que el ad-quem hubiese incurrido en una estimación equivoda de la prueba, y menos que, al deducir el monto de la condenación, hubiera causado agravio a la empresa, como consecuencia de ese error. El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas por no haberse causado.

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

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., J. Crótatas Londoño C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA, "PLAZO RAZONABLE" PARA EL PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES Y BUENA FE PATRONAL.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. —

Bogotá, D. E., marzo treinta de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta Nº 14).

Cumplida, como se halla, la tramitación de rigor, procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Heriberto Loeb H. contra la sentencia dictada el catorce de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el juicio ordinario laboral instaurado contra aquel por Jaime Jaramillo Freidel para que se le condenara por concepto de reajuste de prestaciones sociales, comisiones insolutas, indemnización moratoria y las costas del juicio, con fundamento en que le prestó sus servicios personales, como agente vendedor, desde el 21 de julio de 1949 hasta el 20 de septiembre de 1962, con un sueldo de $ 400.00 mensuales, más el 40% de las comisiones sobre casas extranjeras y el 50% de las sobre casas nacionales; en que el día 30 de diciembre de 1950 le rebajó aquellas a un 30% y las últimas en un 45% a partir del 1º de enero de 1956, como puede comprobarse en los libros de contabilidad; y en que el demandado no consignó oportunamente el que estimó deberle.

En derecho citó los artículos 65, 23, 24, 43, 57, ordinal 4, 64, 127 y siguientes del C. S. T.

En la contestación de la demanda se formuló oposición a las pretensiones del actor, aceptándose el hecho primero y negándose los restantes. Se alegó también la excepción de prescripción.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Segundo del Trabajo de Barranquilla, desató la controversia, el día cuatro de julio de mil novecientos sesenta y cuatro, condenando al demandado a pagar la cantidad de $ 12.761.98 por concepto de indemnización moratoria y absolviéndolo de los demás cargos. Esta decisión fue confirmada en el fallo que es materia del recurso extraordinario, interpuesto también por el procurador judicial de la parte demandante y declarado desierto por esta Superioridad por no haber sido sustentado.

Persigue el recurrente la casación parcial de la sentencia impugnada, en cuanto mantuvo la condenación del a-quo por el extremo de indemnización moratoria e impuso las costas de la segunda instancia al demandado, para que la Corte, en la decisión subsiguiente, revoque la de primer grado en el aspecto indicado, y, en su lugar, absuelva a su representado de los denominados "salarios caídos" y de las costas de la apelación.

Para lograr tal propósito, con apoyo en los artículos 87 del C. P. T. y 60 y 63 del Decreto 528 de 1964, formula el siguiente:

Cargo Unico. - La sentencia viola indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia del evidente error de hecho en que incurrió el fallador, consistente en "apreciar que el tiempo transcurrido entre el 20 de septiembre de 1962 y el 10 de junio de 1963 no constituyó, en el caso de autos, tiempo razonable para que el demandado pagase las prestaciones del

demandante, y por ello no fue satisfactoria la conducta de la parte demandada para que se le exonere de la indemnización moratoria".

Tal error provino de la equivocada apreciación de la demanda inicial y su contestación; de la carta del demandado de folio 7 y fechada el 10 de junio de 1963; de los documentos de folios 8 y 19; de la carta del demandante de fecha 14 de mayo de 1963 y su reconocimiento de folio 50; del documento de folios 30 y 31; de la carta de 22 de octubre de 1962, reconocida también en la diligencia de folio 50; de las liquidaciones de 19 de febrero de 1963 y 20 de septiembre de 1962, y de la carta de folio 37, fechada el 18 de septiembre de 1962.

En desarrollo del cargo, el atacante sostiene que la interpretación que el fallador hizo del artículo 65 es correcta en sí misma y acorde con la jurisprudencia de la Sala, pues entiende que la norma consagra una sanción para el patrono de mala fe; que la mora cesa con la consignación y que hay que aceptar como plazo razonable para efectuar el pago o la consignación el tiempo durante el cual los interesados se hallan procurando, de buena fe, la definición del asunto. Pero que, sin embargo, no encontró razonable el tiempo transcurrido entre la terminación del contrato y la fecha en que el demandado consignó lo que creyó deber, por haber estimado en forma equivocada las pruebas singularizadas, las cuales el impugnante analiza ampliamente para hacer notar cómo ellas demuestran que durante aquel lapso las partes estuvieron tratando de llegar a un acuerdo acerca del monto de las prestaciones y como la conducta del demandado estuvo siempre asistida por la mejor buena fe. Y concluye su exposición así: "En últimas lo acontecido fue que el Tribunal apreció el hecho examinado en su sola materialidad de tiempo transcurrido, pero no calificó debidamente, como lo demuestran las pruebas reseñadas, su contenido de buena fe, de razonabilidad, de justificación de la conducta del demandado. Se manifiesta, pues, el errror de hecho que he acusado y la sentencia deberá casarse, como respetuosamente lo solicitó".

La Sala considera:

Está plenamente acreditado en el proceso y no constituye motivo de discusión entre las partes que el contrato de trabajo que las vinculó dejó de regir el 20 de septiembre de 1962 y que sólo el 10 de junio de 1963 el demandado consignó lo que estimó deber. Pero también está debidamente establecido —documento de folio 32— que el mismo día de la expiración del vínculo el patrono elaboró y presentó al trabajador la liquidación de sus prestaciones sociales y que éste, sólo el 22 de octubre siguiente, debido a sus muchas ocupaciones, según lo manifiesta, pudo formularle las observaciones contenidas en la comunicación de esa misma fecha, en la cual expresa, además, que "por mi mente no ha pasado en ningún momento llevar el asunto a pleito siendo mi total deseo llegar a un acuerdo satisfactorio para ambos y continuar nuestra amistad". A esos reparos contesta el demandado Loeb en su carta de 26 de octubre —folios 30 y 31—, a través de la cual pone a disposición de Jaramillo sus libros de contabilidad, con la advertencia de que si de ellos surge alguna reclamación justa ta la pueden arreglar. En vista del silencio del demandante, Loeb resuelve presentarle una nueva liquidación el 19 de febrero de 1963 (folio 34), documento al cual sólo viene a referirse el demandante en la carta que forma los folios 21 a 29, fechada el 14 de mayo de 1963, que comienza con las siguientes manifestaciones: "Lamento mucho que circunstancias especiales fuera de mi control me hayan impedido dar a Ud. mi conformidad o reparos a la liquidación de prestaciones sociales liquidadas a mi favor según memorando de fecha febrero 19 de 1963 y con motivo de mi retiro acaecido el 20 de septiembre de 1962". Esa carta fue recibida por el ex-patrono el 8 de junio —no aparece prueba en contrario de lo aseverado por éste en ese sentido— y en atención a que las exigencias que en ella se consignaban cerraban toda posibilidad de arreglo, procedió a hacer la consignación correspondiente.

De las probanzas referidas fluye, pues, con fuerza incontrastable que si el demandado no pagó o consignó antes del 10 de

junio de 1963 lo que creyó adeudar al demandante fue por que durante el tiempo transcurrido entre esta fecha y la en que terminó el contrato se estuvo buscando un acuerdo acerca del monto de las prestaciones adeudadas. Y que si esas gestiones se prolongaron durante todo ese lapso fue porque el ex-trabajador no pudo contribuir a una más rápida definición del asunto, debido a sus múltiples ocupaciones y a las circunstancias especiales fuera de su control a que él mismo alude.

En tales condiciones es preciso reconocer, conforme a reiterada jurisprudencia sobre la materia, que la situación planteada encuadra dentro del concepto de "plazo razonable" que se tiene admitido y que el empleador procedió en todo momento con notoria buena fe.

La conclusión contraria del ad-quem es, por consiguiente, manifiestamente equivocada y como, a consecuencia de ello, hizo una aplicación indebida del precepto legal que la censura indica como infringido, la demanda debe tener éxito.

El cargo prospera, por lo tanto.

Con fundamento en las mismas razones que se han tenido para resolver la acusación es decir, en la ausencia de mala fe en el demandado, puesto que la demora en consignar lo que creyó deber se encuentra plenamente justificada, se revocará el ordinal primero de la decisión del Juzgado y, en su lugar, se absolverá al demandado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia materia del recurso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el catorce de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro, en cuanto condenó a pagar indemnización por mora y las costas de la apelación, y, como Tribunal de instancia, revoca el ordinal primero de la sentencia del a-quo, dictada el cuatro de julio de mil novecientos sesenta y cuatro. y, en su lugar, ABSUELVE a HERIBERTO LOEB H. por el extremo de indemnización moratoria. No la casa en lo demás.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial Y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Alvaro Díaz Granados Goenaga, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDICE

SALA DE CASACION CIVIL

PRIMER TRIMESTRE DE 1970

(Enero - Febrero - Marzo)

OBJECIONES A LA PARTICION. — *Legitimación para recurrir en casación contra la sentencia aprobatoria de una partición. El interesado ha de agotar los recursos de instancia que tenía a su disposición.* - Sentencia de 20 enero de 1970. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio de sucesión de Manuel M. Borrás Neira. Magistrado Ponente Dr. César Gómez Estrada.. 5

PRESCRIPCION ADQUISITIVA ORDINARIA *Requisito de la buena fé. Su apreciación corresponde al sentenciador de instancia.* —Sentencia de 20 de enero de 1970. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia en el juicio seguido por Aura Echeverri Velásquez de Ballesteros frente a Belisario Henao Cárdenas y otros. Magistrado Ponente Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 9

REIVINDICACION. — *Quebranto de la ley sustancial. Versando el juicio sobre domi nio y reivindicación es forzoso citar las normas sustanciales que los consagran.*— Sentencia de 29 de enero de 1970. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el juicio promovido por Jorge Luz Rojas y María Teresa Pulido de Rojas contra Alfonso Mendoza Moreno. Magistrado ponente Dr. César Gómez Estrada. 23

REIVINDICACION. — *Derecho real de herencia. - Efectos de la cesión cuando es genérica y cuando se vincula a determinados bienes.* — Sentencia de 30 de enero de 1970. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio promovido por María del Carmen Figueroa v. de Delgado contra el "Instituto Homeopático Luis G. Páez". Magistrado Ponente Dr. Guillermo Ospina Fernández 29

FILIACION NATURAL Y PETICION DE HERENCIA. — *El estado civil no es suceptible de prueba libre. Legitimación en causa pasiva en la filiación natural. Para reconocer la filiación natural paterna por posesión notoria no se requiere comprobar la filiación materna. — Sentencia de 5 de* febrero de 1970. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio de Leonor Díaz contra María Emelina Gómez y otra. Magistrado Ponente Dr. César Gómez Estrada 43

RESOLUCION DE PROMESA DE CONTRATO POR MUTUO CONSENTIMIENTO DE DE LAS PARTES. — *No hay inconsonancia cuando el juez decide sobre materias que debe resolver de oficio.* Sentencia de 6 de febrero de 1970. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Vélez en el juicio promovido por Héctor E. Ruiz Arce y otro contra José Vallez Aguilera. Magistrado Ponente Dr. Ernesto Cediel Angel 54

CONTRATO DE OPCION. — *La sentencia en juicio de ejecución del hecho debido tiene fuerza de cosa juzgada material.* — Sentencia de 9 de febrero de 1970. —

NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de El Espinal en el juicio promovido por Julio y Luis Eduardo Lamprea Charry y otros contra Francisco Tamayo Fierro y otros. Magistrado Ponente Dr. César Gómez Estrada 63

FILIACION NATÚRAL. — *La impotencia generandi desvirtúa la presunción de paternidad. Su prueba debe ser de carácter científico. En concurrencia con la cónyuge del causante al hijo natural le corresponden las tres cuartas partes de la herencia.* — Sentencia del 24 de febrero de 1970. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio promovido por Ana Julia Angela Cuadros contra Sixta González v. de Cuadros. Magistrado Ponente Dr. Ernesto Cediel Angel .. 79

SEPARACION DE BIENES. — *Apreciación de la confesión. — Declaración extrajuicio.* — Sentencia del 25 de febrero de 1970. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio promovido por Imelda Castañeda de Garzón contra Nepomuceno Garzón. Magistrado Ponente Dr. César Gómez Estrada 96

FILIACION NATURAL. — *El art. 780 del C. C. no es aplicable a la posesión del estado civil.* - Sentencia del 26 de febrero de 1970. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de El Espinal en el juicio seguido por Carlota Vásquez de Monroy y otra contra la sucesión de Arturo Rodríguez Peña. Magistrado Ponente Dr. César Gómez Estrada 105

OPOSICION AL REGISTRO DE MARCAS. — *Las marcas y los nombres comerciales están sujetos a diverso régimen legal. El nombre comercial no requiere de registro para ser objeto de derecho.* — Sentencia de 27 de febrero de 1970. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio promovido por Ulpiano Zuleta Carrasquilla contra Industria de Calzado Tomy Ltda". Magistrado Ponente Dr. César Gómez Estrada 114

ESTIPULACION PARA OTRO. — *Cuando se adquiere el derecho por el tercero. Cuando se extingue la facultad de revocar la estipulación. Naturaleza jurídica de la aceptación por el tercero.* — Sentencia de 10 de marzo de 1970. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el juicio propuesto por Pedro Puerto S. contra Ana del Socorro Recalde y otros. Magistrado Ponente Dr. César Gómez Estrada 121

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DEL CONSTRUCTOR POR DAÑOS CAUSADOS A LOS VECINOS. — Sentencia del 13 de marzo de 1970. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de la sociedad "Aerovías Nacionales de Colombia S. A." contra Ana Lucía Duarte de Mojica. Magistrado Ponente Dr. César Gómez Estrada 128

INDICE

SALA PENAL

Primer Trimestre de 1970

ROBO. — *El cometido con "llaves sustraídas", configura específicamente el agravado, que contempla el art. 404 del C. P., en el ordinal 3º.* — Por sentencia de 16 de enero de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de segunda instancia, de 29 de enero de 1969, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por la que se condenó a Luis Felipe Rincón López y Antonio de Jesús Cruz Quintero, por el delito de robo. Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres .. 142

RECONSTRUCCION DE PROCESOS PENALES. — *Se rige por las disposiciones del Decreto 1897 de 1948. Si el extravío o pérdida del proceso ocurre cuando este se hallaba para la celebración de la audiencia pública, no ha de tramitarse de nuevo el juicio, sino que se prosigue, a partir del momento en que quedó pendiente, y la copia del auto de proceder, autenticada por el secretario del juzgado, "presume de derecho la existencia del sumario a que se refiere y la de las pruebas en las que se funda no siendo, por tanto, necesario, la reconstrucción del sumario.* Por sentencia de 16 de enero de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de segunda instancia de 21 de marzo de 1969, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, por la cual se condenó a Ovelio Annichiarico Van Strahlen y a Ana Joaquina Van Strahlen, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera 144

NULIDAD CONSTITUCIONAL. — *Se reitera la doctrina de la Corte, sobre su elavoración doctrinaria. No se cercena el derecho de defensa al procesado, por ordenar el Presidente del Consejo de Guerra Verbal, que se reciba indagatoria, durante la celebración de éste, a otro sindicado, por ser facultad discrecional de dicho funcionario, el ordenarlo.* Mediante sentencia de 16 de enero de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de segunda instancia, de 15 de julio de 1968, del Tribunal Superior Militar, por la que se condenó al sargento Tomás Gordon Arrieta y otros, por el delito de múltiple homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano 156

AUTO DE PROCEDER. — *Por su importancia y trascendencia no es un acto procesal de forma libre, que el juez pueda realizar de cualquier manera. El artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, señala los requisitos que debe contener y que son de* ..nececesaria observancia. *Por sentencia de* 23 de enero de 1970, la Corte CASA la de segunda instancia, de 16 de mayo de 1969, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, por la que se condenó a Oscar Botero Londoño, por el delito de violencia carnal, y en su lugar se ordena reponer el proceso a partir del auto de proceder, inclusive ..... Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez 165

DEMANDA DE CASACION. — *Ha de ajustarse a los requisitos de forma y de fondo, que señala el artículo 56 del Decreto 528 de 1964.* Por sentencia de 30 de enero de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación, interpuesto contra la de segunda instancia de 25 de junio de 1969, por la que

el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, condenó a Bernardo Gónzalez Cardona, por los delitos de falsedad en documentos y peculado. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera 173

DERECHO DE DEFENSA. — *No se viola este derecho, cuando el defensor omite pedir la práctica de una prueba en el juicio, pues tal pretermisión, no debe entenderse como inercia del personero judicial, conculcante de sus deberes profesionales, sino como parte del planteamiento general de la defensa por él concebida, tanto más, cuanto la defensa formal o técnica la realizó de manera plena y efectiva.* Mediante sentencia de 9 de febrero de 1970, se DESECHA por la Corte, el recurso de casación interpuesto contra la de segunda instancia de 11 de octubre de 1968, del Tribunal de San Gil, por la cual se condenó a José Concepción Lozada y Rafael González Flórez, por los delitos de homicidio y lesiones. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 178

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. — *La Corte cambia su criterio, en el sentido de que prescrita la acción penal, al juez sólo corresponde declararla y por el solo hecho de ser más favorable al acusado, no puede dictar sentencia absolutoria, pues hacerlo, es desconocer la facultad que la ley otorga al sindicado de renunciar a la prescripción.* — Por auto de 20 de febrero de 1970, la Corte REVOCA la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 9 de octubre de 1969, a favor del abogado Alexander Salcedo Cabrales, por supuestas faltas a la ética profesional, y en su lugar se declara prescrita la acción y se ordena cesar todo procedimiento. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 185

DEFENSOR DE OFICIO. — *La Corte cambia su doctrina, en el sentido de que este puede sustentar el recurso extraordinario de casación, sin poder especial, por ser el sumario, juicio y recurso de casación, fases en la evolución formativa del proceso. El art. 108 del C. de P. P., es norma prevalente y normativa de los deberes del defensor y el derecho de defensa no es ajeno al recurso de casación.* Por auto de 27 de febrero de 1970, la Corte Depone su providencia de 12 de diciembre de 1969, en el sentido de que el defensor de oficio si tiene personería para sutentar el recurso y presentar la correspondiente demanda, y declaró desierto el recurso por ineptitud formal de la demanda, en el proceso contra Jairo Mejía López. Magistrado Ponente: Dr. José María Velasco Guerrero 188

ESTUPRO. — *Causal 1ª de Casación. — Para que el error sirva de base a la casación, ha de ser manifiesto, es la reiterada doctrina de la Corte. La promesa formal de matrimonio debe apreciarse con la objetividad del medio en que actúan los protagonistas y la fe que la víctima haya depositado en el promitente.* Mediante fallo de 27 de febrero de 1970, la Corte NO CASA la sentencia de segunda instancia de 22 de mayo de 1969 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, por la que se condenó a Angel María Pacheco Rosas, por el delito de estupro. Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto 195

NULIDADES CONSTITUCIONALES. — *El artículo 26 de la Constitución señala cuatro garantías, con naturaleza, objeto y consecuencias propias. Alegada en casación una nulidad constitucional o supralegal, ha de señalarse cual de las garantías del art. 26 de la Carta fue pretermitada. Prueba pericial. La ley señala las oportunidades para atacar el dictamen pericial, y si las partes las dejan pasar, precluye para ellas la oportunidad para hacerlo en la instancia superior o en casación. Causal 1ª de casación. Cuando se alega error de hecho o de derecho, éste ha de aparecer de modo manifiesto en los autos.* Por sentencia de 27 de febrero de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de segunda instancia, de 4 de julio de 1968, por la que el Tribunal Superior de Aduanas, condenó a Juan Gallego Carvajal, Luis Eduardo Guarnizo, Carlos Gallego Carvajal y Luis Francisco

González, por el delito de contrabando. Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez 200

DEFENSOR DE OFICIO. — *La Corte no puede nombrarle defensor de oficio, al recurrente en casación, por tratarse de un recurso extraordinario, especial facultativo de las partes, que no constituye una tercera instancia y la institución de la defensa de oficio, se halla contemplada sólo para las instancias.* — Por auto de 27 de febrero de 1970, la Corte NIEGA la petición al procesado Teódulo Romero, para que se le designara defensor de oficio, para el recurso de casación, en el proceso que se le adelantó en Ibagué. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 210

CUESTIONARIOS PARA EL JURADO. — *Se ratifica la doctrina de la Corte, sobre la inexistencia de nulidad, cuando en una misma pregunta se interroga al jurado, sobre varios delitos cometidos en el mismo lugar, con circunstancias, modalidades y móviles idénticos. Tratándose de concurso material de delitos, la imprecisión gramatical, al redactar los cuestionarios para el jurado, no constituye nulidad supralegal, cuando no existe duda acerca de que los delitos imputados se cometieron en concurso real o material.* Mediante fallo de 27 de febrero de 1970, la Corte NO INVALIDA la sentencia de segunda instancia de 12 de marzo de 1969, del Tribunal Superior de Ibagué, por la que se condenó a Adalberto García Ibagué (Alias Pipí o Cariño) por los delitos de homicidio y robo, que fue recurrida en casación. Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo 213

PREVARICATO. — *La interpretación errónea que el funcionario haga de una norma, no significa que haya procedido con conocimiento ilícito, y aceptar lo contrario, sería proclamar la infabilidad del funcionario.* Por providencia de 6 de marzo de 1970, la Corte REVOCA el auto de proceder de 9 de mayo de 1968, dictado por el Tribunal Superior del extinguido Distrito Judicial de Honda, contra el Dr. Luis E. Torregrosa Rozo, por el delito de prevaricato y en su lugar se le sobresee definitivamente. Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo. 222

COMPETENCIA. — *A partir de la vigencia del Dec. 1896 de 1969, que organizó la Empresa Industrial y Comercial del Estado, denominada Industria Militar, el empleado civil al servicio de esta Empresa, no está al servicio de las Fuerzas Armadas y por tanto, no puede cometer el delito de "peculado militar", debiendo ser juzgado por la justicia ordinaria.* Por auto de 6 de marzo de 1970, la Corte DIRIME la colisión negativa de competencia suscitada entre el Comando de la Novena Brigada, con sede en Neiva y el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad, para conocer del proceso, adelantado contra Anselmo García Rodríguez, por el delito de peculado, dando el conocimiento del negocio al Comando de la Novena Brigada. Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez 233

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. — *En el concurso de delitos, real o formal, no se puede tomar en cuenta las disposiciones que reglamentan estas figuras, sino la respectiva norma, en forma independiente, como lo estatuye el artículo 105 del Código Penal.* Por sentencia de 6 de marzo de 1970, la Corte DECLARA PRESCRITA la acción penal en el proceso adelantado contra Emilio Daguer V., Domitilo Contreras y otros, por el delito de contrabando y ordena que cese todo procedimiento. Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo 237

DERECHO DE DEFENSA. — *En razón de que la Ley 74 de 1968, aprobó los pactos internacionales acogidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el "derecho de defensa" dejó de ser una creación doctrinaria de la Corte, con fundamento en el artículo 26 de la Carta. Diferencias entre el delito de robo y el de extorsión. No existe nulidad, por falta de defensa, cuando el defensor no asiste a la audiencia pública en los juicios en que no interviene el jurado, pero con antelación, ha hecho conocer los reparos a los cargos*

formulados al incriminado. Mediante sentencia de 9 de marzo de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra el fallo de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, calendado el 1º de julio de 1969, por el que se condenó a Hector Zuleta Zapata, por el delito de robo. Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez 241

APLICACION DE LA LEY PROCESAL PENAL. —*Las normas sobre competencia, como repetidamente lo ha sostenido la Corte, "son de aplicación inmediata y el criterio de favorabilidad hace relación con las normas sustanciales".* Por sentencia de 9 de marzo de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de segunda instancia de 29 de mayo de 1969, por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, condenó a Sigifredo Sierra Pineda, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 248

JUZGAMIENTO DE MILITARES. — *"En ningún caso" un oficial, aún cuando pertenezca a una Corporación jurisdiccional, puede juzgar a un superior o a otro más antiguo, por la rigida organización militar.* Por auto de 10 de marzo de 1970, la Corte declara la NULIDAD DE LO ACTUADO, por el Tribunal Superior Militar, en el proceso seguido contra el Coronel (r) Luis Felipe Acosta y otro, por el delito de múltiple homicidio, Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez 252

VEREDICTO. — *La declaratoria de contraevidencia, es cuestión reservada a las instancias, no siendo causal de casación, según reiterada doctrina de la Corporación.* Por sentencia de 16 de marzo de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra el fallo de segunda instancia, de 19 de mayo de 1969, por la que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, condenó a Leonel Gutiérrez Navarro, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 255

DETENCION ARBITRARIA. — *Se ratifica la doctrina de la Corte, sobre los elementos que estructuran este ilicito, instituído, para tutelar la libertad individual, contra los abusos de autoridad en que pueda incurrir un funcionario o empleado público en ejercicio de sus funciones.* Por auto de 18 de marzo de 1970, la CORTE llama a responder en juicio criminal, por el delito de detención arbitraria, al ex-gobernador del Departamento del Meta, Dr. Ricardo Roa Latorre y ordena su detención precautelativa. Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo... 258

SALA DE CASACION LABORAL

PATRONO DEL CHOFER. — *Las obligaciones emanadas de las relaciones de trabajo con los choferes, obligan única y en forma exclusiva a los propietarios de los buses, siendo apenas la empresa administradora general y orientadora del transporte urbano en las rutas que le han sido fijadas o que le fijen en el futuro, las autoridades competentes.* La Corte por sentencia de 19 de enero de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Paulino Sánchez contra *Transportes Urbanos Samper Mendoza S. A. Ponente:* Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga 273

INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO. — *Prescripciones del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Buena fé patronal.* La Corte por sentencia de 4 de febrero de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Amadeo Villalba contra la Compañía Bogotana de Gas Limitada. "Calorgas". Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández 280

TRABAJADORES COLOMBIANOS Y EXTRANJEROS. *El artículo 74 del C. S. del T., en su numeral 2º dice que los trabajadores nacionales que desempeñen iguales funciones que los extranjeros, tienen derecho a exigir remuneración y condiciones iguales.* La Corte por sentencia de 6 de febrero de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Adelfo Enciso Lozano contra la Sociedad *Helicóteros Nacionales de Colombia Limitada "Helicol".* Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández 286

UNIDAD DE EMPRESA. — *La Empresa es un fenómeno económico, que si considerada desde un punto de vista subjetivo representa la actividad continuada de un empresario en su negocio, mirada objetivamente es una entidad real, que no requiere de la persistencia de un sólo dueño para que permanezca la misma, en cuanto no varíen los objetivos de su actividad económica.* La Corte por sentencia de 6 de febrero de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Moisés Ponce Lozano contra la *Compañía Frutera de Sevilla.* Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia 295

DOCUMENTO AUTENTICO. — *La demanda inicial no constituye documento, en la restricción que precisa el artículo 23 de la ley 16 de 1968; ésta no la contempla en su contenido de confesión.* La Corte por sentencia de 7 de febrero de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Jorge Arcila Díaz contra la *Flota Magdalena S. A.* Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 304

CLAUSULA DE UNA CONVENCION COLECTIVA. *Como la misión de unificar la jurisprudencia nacional se cumple a través de preceptos legales sustantivos, las cláusulas de una Convención Colectiva, carecen del carácter anotado, pues si bien consagran derechos y obligaciones en el régimen interno de las empresas, no son normas expedidas por órgano o entidad competente para establecer reglas de derecho de carácter general.* La Corte por sentencia de 11 de febrero de 1970, NO CASA la

proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio de Edgar Barragán Ramos contra la *Compañía Croydon del Pacífico S. A.* Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Genecco C. 309

DEPOSITO DE LA CONVENCION COLECTVA. — *La convención colectiva deberá depositarse necesariamente en el Departamento Nacional del Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos éstos requisitos, (celebrarse por escrito y en tantos ejemplares cuantas sean las partes) la convención no produce ningún efecto. (art. 469 C. S. del T.).* La Corte por sentencia de 11 de febrero de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio de Guillermo Acosta Montero contra la Caja Seccional de los *Seguros Sociales del Valle del Cauca.* Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 318

LIBRE FORMACION DEL CONVENCIMIENTO. — *En los juicios el fallador goza de autonomía para apreciar las pruebas, y si bien debe analizar todas las que se alleguen oportunamente a los autos, puede darle preferencia a cualquiera de ellas, sin sujeción a la tarifa legal.* La Corte por sentencia de 12 de febrero de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Manuel A. Maldonado contra Epimenio Bautista y a la *Asociación Pro-Vivienda de Trabajadores.* Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Génecco C. 322

PRESTACIONES SOCIALES EMANADAS DEL CONTRATO DE TRABAJO. — *Cuando se trata de prestaciones generadas en la existencia del contrato de trabajo, el tiempo de servicios y el salario, basta al trabajador probar estos tres factores para que de allí se derive el derecho a tales prestaciones.* La Corte por sentencia de 24 de febrero de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Zipaquirá en el juicio de Hernando Jiménez contra la firma *Cristalería Peldar S. A.* Magistrado Ponente: Dr. Crótatas Londoño 327

CALIFICACION DE INCAPACIDADES. — *Los facultativos contratados por los patronos están obligados: a). Al realizarse el accidente, o al diagnosticarse la enfermedad profesional, a certificar si el trabajador queda o no incapacitado para continuar desempeñando sus labores. b). Al terminar la atención médica, a calificar la incapacidad que pueda resultar.* La Corte por sentencia de 24 de febrero de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio de Hernando Mejía Giraldo contra la *Sociedad Hans Friedeberg & Cía.* Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga.. 333

HOMOLOGACION. — *La Corte por providencia de 25 de febrero de 1970, DECLARA INEXEQUIBLE el laudo arbitral proferido el diez y nueve (19) de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969) por el Tribunal de Arbitramento convocado por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social para dirimir el conflicto colectivo entre las "Empresas Públicas Municipales" de Buenaventura y el Sindicato de Trabajadores de las mismas.* Magistrado Ponente: Dr. Crótatas Londoño 344

CONCILIACION. — *Este precepto (de la cosa juzgada), cuyo linaje carece en nuestro derecho positivo de antecedentes extraños a la legislación laboral, es típico o específico de su respectivo procedimiento, en cuyos trámites tiene vida propia, y aunque su filosofía conduzca al mismo resultado de la cosa juzgada emanada de las sentencias judiciales, su génesis y desarrollo es diferente en todo caso, ya que la conciliación es una institución jurídica exclusiva en el derecho del trabajo, inspirada en la noción de orden público que lo gobierna y de estricta observancia en los conflictos laborales.* La Corte por sentencia de 2 de marzo de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Jorge Enrique González Hernández contra la *Sociedad Ingenieros Asociados y Compañía Limitada (Ingeniesa).* Magistrado Ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana. 346

PRESCRIPCION. — *Conforme al artículo 2539 del C. C., la prescripción de largo tiempo*

que extingue las acciones ajenas se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente. Pero para la prescripción de corto tiempo, conforme al artículo 2544 del C. C., se requiere específicamente que intervenga pagaré u obligación escrita del deudor. La Corte por sentencia de marzo 10 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartago en el juicio de Rodolfo Sinisterra contra la *Sociedad Fumigaciones Aéreas Valle Limitada.* Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga. 351

CASACION. (Técnica) ERROR DE HECHO. — *El ataque es totalmente ineficaz, pues según el artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo y conforme a reiterada jurisprudencia sobre la materia, el error de derecho en la casación laboral a diferencia de lo que ocurre en la civil sólo puede tener lugar cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir esta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, en cuyo caso no es dable admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo.* La Corte por sentencia de marzo 11 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Peregrino Delgado contra la Administración de *Salinas Terrestres — Banco de la República* — Concesión de Salinas. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture. 357

PENSION ESPECIAL DE JUBILACION. — *De acuerdo con el artículo 8º inciso 1º de la Ley 171 de 1961, la edad no es elemento configurativo del derecho a pensión especial. De acuerdo con esta norma los requisitos para que se adquiera el derecho a esta pensión son: un tiempo de servicio mayor de diez años y menor de quince y el despido sin justa causa. Reunidos ellos no se está en presencia de una mera espectativa, sino de un derecho cierto, que constituye una situación jurídica concreta, con carácter de derecho adquirido que no es susceptible en sus extremos de ser modificado por ley posterior. Existe pues en este caso la causa de la acción y por ello es posible hacer condena de futuro, para cuando el trabajador despedido cumpla la edad establecida por la misma disposición para comenzar a gozar de la respectiva prestación. La Corte por* sentencia de 13 de marzo de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio de Santos Vargas Vargas contra *Gaseosas Boyacá Limitada.* Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar. 361

SALARIOS VARIABLES. — *Es innegable que el sistema que consagra el artículo 176 del C. S. T. para la retribución del descanso dominical, en los casos de salario variable, es el de buscar el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solamente los días trabajados.* La Corte por sentencia de marzo 18 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio de Miguel Esteban Vega Feria contra la *Sociedad Anónima Sears Roebuk del Caribe.* Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández. 364

INDEMNIZACION MORATORIA. "PLAZO RAZONABLE" PARA EL PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES Y BUENA FE PATRONAL. La Corte por sentencia de 30 de marzo de 1970 CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Jaime Jaramillo Freidel contra *Heriberto Loeeb H.* Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture. 367

SENTENCIAS NO PUBLICADAS

La Sala de Casación Laboral profirió además, durante el Primer Trimestre de 1970, las sentencias que se relacionan a continuación y que no se publican por falta de espacio:

CASACION. (Técnica). ERROR DE HECHO. *Para que prospere la acusación por error de hecho, es preciso que éste aparezca de modo manifiesto u ostensible en los autos.* La Corte por sentencia de 21 de enero de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha en el juicio de Luis Alberto Romero Romero contra *Edgar Tromp.* Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture .....

INDEMNIZACION MORATORIA. - *Buena fe del demandado al disentir la existencia del contrato de trabajo.* La Corte por sentencia de 6 de febrero de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Ernesto Olivo Contreras Moreno contra *Guillermo Urrego Bernal.* Magistrado Ponente: Dr. Crótatas Londoño .....

CASACION. (Técnica). ERROR DE HECHO. *El error de hecho sólo es causal de casación laboral cuando proviene de la falta de apreciación de un documento auténtico.* La Corte por sentencia de 11 de febrero de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio de Ezequiel Botero Orozco contra la *Central Hidroeléctrica de Caldas S. A. (Chec).* Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón .....

CASACION. (Técnica). *Artículo 90 del CPT y 63 del Decreto 528 de 1964.* La Corte por sentencia de 11 de febrero de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de Enrique Silva Poveda contra la *Sociedad Aérea y Agrícola Limitada "Saya".* Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón .....

INDEMNIZACION MORATORIA. - *La jurisprudencia laboral ha templado el rigor del artículo 65 del C. S. del T. con el estudio de la buena o mala fe con que el demandado haya procedido en la situación concreta que dió origen al juicio que le fue adverso.* La Corte por sentencia de 23 de febrero de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Manuel Camargo Molano contra el *Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.* Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia .....

CASACION. (Técnica). La Corte por sentencia de 25 de febrero de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Efraín Morales Meza contra la *Compañía Suramericana de Seguros S. A.* Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M. .....

LIBRE FORMACION DEL CONVENCIMIENTO. — *La apreciación de los medios de prueba hecha por el sentenciador es intocable, auncuando ella no la comparta, salvo el caso de error evidente u ostensible.* La Corte por sentencia de 25 de febrero de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Armando Linero Borrego contra la *Empresa constructora Cornelissen & Compañía Ltda.* Ponente: Abogado asistente, Dr. Mario Barrios M. .....

PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION. *(Parágrafo del artículo 8º de la Ley 171 de 1961). Tal parágrafo, hace extensivo a los empleados nacionales, departamentales o municipales, la pensión reducida que el artículo consagra, pero a condición de*

que el trabajador esté ligado "por contrato de trabajo" con la administración o con los establecimientos públicos descentralizados". La Corte por sentencia de marzo 10 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio de Carlos E. Suárez contra la Entidad *Centrales Elétricas del Tolima S. A. Electrolima.* Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández .....

CASACION. (Técnica). - *La casación no es una tercera instancia sino un recurso extraordinario encaminado principalmente a rectificar cualquier violación de la ley sustantiva en que haya podido incurrir el sentenciador.* La Corte por sentencia de marzo 10 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Jaime Moreno Pinedo contra la Compañía *"Empresas Campenon Bernard de Colombia Limitada".* Ponente: Abogado asistente, Dr. Mario Barrios M. .....

INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES. — *Enfermedad no profesional.* La Corte por sentencia de marzo 10 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Walber José Amador Padilla contra la Sociedad *Empacadora Santa Marta S. A.* Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga .....

CASACION. (Técnica). — *El referirse los cargos únicamente a decretos reglamentarios, su quebrantamiento, por sí sólo, es insuficiente para la viabilidad de este recurso extraordinario.* — La Corte por sentencia de marzo 10 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Miguel Angel del Castillo Chaves contra la *Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. Ponente:* Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández .....

CASACION. (Técnica). — *Cuando sólo se acusa la violación de normas no asistenciales, deben rechazarse de acuerdo con uniforme y reiterada jurisprudencia de la Corte.* La Corte por sentencia de marzo 13 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José María Ribón Trujillo contra la *Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social Corpal.* Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia .....

INDEMNIZACION MORATORIA Y BUENA FE PATRONAL. — La Corte por sentencia de marzo 13 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Nel Andrés Peña Barrio contra la *Sociedad General Electric de Colombia S. A.* Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture .....

CASACION. (Técnica). — *Como el recurrente ha dejado de indicar como violados, los preceptos que crean el derecho, desconocido en la sentencia y cuyo reconocimiento se persigue con la censura, la proposición jurídica resulta incompleta.* — La Corte por sentencia de marzo 17 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio de Lorenzo Cuéllar contra *Juan Manual Torres Muñoz.* Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández .....

SALA CIVIL

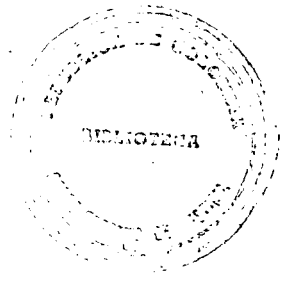
DEMANDANTE	DEMANDADO	FECHA	MAGISTRADO PONENTE DR.
Luis Felipe González G.	Clodomiro Ceferino Rey.	22 de enero de 1970	Gustavo Fajardo Pinzón
Bertha Julia Ruiz	Mercedes Berenice Burbano y otros	30 de enero de 1970	Enrique López de la Pava
Ricardo López U.	Comunidad Cementerio de San Pedro.	14 de febrero de 1970	Ernesto Blanco Cabrera
Nora María Restrepo	Luis Gonzalo Zambrano y otra.	11 de marzo de 1970	Ernesto Cediel Angel
Sixta Rosa Borrero de Reina	Jaime Kelber y otra	12 de marzo de 1970	Ernesto Cediel Angel
Justiniana Mejía	María Crispina Salas v. de Arango.	17 de marzo de 1970	César Gómez Estrada
Ismael Páez Martínez	Carlos Castellanos	31 de marzo de 1970	César Gómez Estrada

ERRATAS

Pág.	Col.	Renglón	DONDE DICE:	DEBE LEERSE:
13	1ª y 2ª	47 y 1º	prescripción ordi- la adquisición por élla de la mitad del lo- naria.	prescripción ordinaria porque aunque su título, relativo a la adquisión
25	2ª	43	preclaman "a la sombra de un simple error.....	pretenden maliciosamente el dominio que recláman
25	2ª	47	alguna, tenden maliciosamente el dominio que re-	alguna, por descuido e imprudencia suyos,
30	2ª	3º	demandó	demandado
31	1ª	18	Sin dar a este da. Y se entiende por interés el hecho de que	Sin dar este noticia previa de cada operación proyectada.
31	2ª	18	adquriera	adquiriera
39	1ª	19	6a.	5ª
50	1ª	43	relacines	relaciones
53	1ª	30	contraeevidencia	contraevidencia
60	2ª	38	o más	a más
64	2ª	14	pretención	pretensión
65	2ª	25	Edda	Adda
66	1ª	48	Edda	Adda
71	1ª	49	aquil	aquel
74	1ª	49	poque	porque
79	1ª	13	demandante	demandado
80	1ª	32	demandada	demanda
80	1ª	43	demandante	demandada
83	2ª	39	esterelidad	esterilidad
88	2ª	9	contravidencia	contraevidencia
89	1ª	1	medios prueba	medios de prueba
106	1ª	8	septiemebre	septiembre
107	2ª	29	veces	voces
107	2ª	45	usucanión	usucapión

108	2ª	18	adscrita	escrita
116	2ª	32	aquello	aquellos
118	1ª	32	aplicables	aplicable
119	2ª	26	al	el
120	1ª	32	con	contra
124	1ª	24	coulcuir	concluir
124	2ª	4	probatorios	probatorio
126	1ª	9	efetos	efectos
132	2ª	4	obstracción	abstracción
139	2ª	40	resarcimiento del daño causado, esta sujeto a una to- por el daño causado, está sujeto a una prudentemente	resarcimiento del daño causado, está sujeto a una reducción cuando la víctima se expone imprudentemente
140	1ª	36	senteneccia	sentencia
151	1ª	19	fotoscopias	fotocopias
151	1ª	23	fotoscopias	fotocopias
154	1ª	37	a la	la
155	1ª	12	e inciso	el inciso
155	1ª	23	inmplica	implica
156	Título	4	discresional	discrecional
191	2ª	36	de acción	de la acción
194	1ª	1	defensor de oficio, con el objeto de precisar si reúne los - requisitos exigidos en el art. 63 análisis de la demanda - formulada por el Decreto 528 de 1964...	análisis de la demanda - formulada por el defensor de oficio, con el objeto de precisar si reúne los requisitos exigidos en el art. 63 del Decreto 528 de 1964....
222	Título	3	infabilidad	infalibilidad
226	1ª	29	cuando la	cuando da
231	2ª	26	rehuzó	rehusó
234	1ª	40	novimiebre	noviembre
255	1ª	26	organzó	organizó
256	2ª	36	definitvo	definitivo
270	1ª	22	toto	todo
284	1ª	43	discriminalmente	discriminadamente
299	2ª	1	Apliccaion	Aplicación

299	2ª	3	Apliccaion	aplicación
304	2ª	23	Barreros	Barrero
320	2ª	1	libeleo	libelo
322	Acápite	3	ella	ellas
329	1ª	46	provisiones	previsiones
333	Acápite	—	contiuar	continuar
338	1ª			El primer renglón debe leerse al final de la segunda columna, de la misma página.
342	1ª	38	elmentos	elementos
346	—	—	En el acápite entre paréntesis dice: (de la cosa juzgada).	Debe leerse: (de la conciliación).
377	2ª	28	(de la cosa juzgada)	(de la conciliación)
380	2ª	7	asistenciales	sustanciales



Publicaciones

del

Fondo Rotatorio Judicial.

Esta obra se terminó de imprimir el 30 de noviembre de 1971 en los Talleres Gráficos de la Penitenciaría Central de Colombia.

Bogotá, D. E.