

REPUBLICA DE COLOMBIA



GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXXXVI

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

SALA PLENA

Doctores GUILLERMO OSPINA FERNANDEZ, Presidente
HERNAN TORO AGUDELO, Vice-Presidente
HERIBERTO CAYCEDO MENDEZ, Secretario

SALA DE CASACION CIVIL

Doctores ERNESTO CEDIEL ANGEL, Presidente
Heriberto Caycedo Méndez, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores Ernesto Blanco Cabrera
Ernesto Cediel Angel
José María Esguerra Samper
Germán Giraldo Zuluaga
Guillermo Ospina Fernández desde Oct. 22
Alfonso Peláez Ocampo
Ricardo Uribe Holguín hasta Oct. 21

SALA DE CASACION PENAL

Doctores LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ, Presidente
Evencio Posada, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores Mario D' Filippo
Humberto Barrera Domínguez
Alvaro Luna Gómez
Luis Eduardo Mesa Velásquez
Luis Carlos Pérez
Luis Enrique Romero Soto
Julio Roncallo Acosta
José María Velasco Guerrero

SALA DE CASACION LABORAL

Doctores JORGE GAVIRIA SALAZAR, Presidente
Vicente Mejía Osorio, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores José Enrique Arboleda Valencia
Juan Benavides Patrón
Alejandro Córdoba Medina
Miguel Angel García desde Nov. 1º
Jorge Gaviria Salazar
Tito Octavio Hernández hasta Oct. 30
Crótatas Londoño hasta Oct. 11
José Eduardo Gnecco Correa desde Oct. 14

SALA CONSTITUCIONAL

Doctor EUSTORGIO SARRIA M., Presidente

MAGISTRADOS: Doctores José Gabriel de la Vega
Luis Sarmiento Buitrago
Eustorgio Sarria
Hernán Toro Agudelo hasta Nov. 3
Hernán Vélez Londoño desde Nov. 4

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

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 CXXXVI — Bogotá, Colombia. Octubre, Noviembre y Diciembre de 1970 — Nos. 2334-2335-2336

SALA DE CASACION CIVIL

RELATOR: DR. HECTOR ROA GOMEZ

NULIDAD Y RESCISION DE LA PARTICION DE BIENES

Operancia del Art. 1.398 del C. C.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. — Bogotá, Primero de octubre de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente: Dr. José María Esguerra Samper).

Por sentencia del 8 de febrero de 1967, contra la cual el apoderado de la parte actora interpuso el recurso de casación que ahora se decide, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Facatativá revocó la de primera instancia y no accedió a ninguna de las súplicas formuladas en la demanda, de las cuales absolvió a la parte demandada, en el juicio ordinario promovido por Bernardo Olaya y otros, contra Rosalía Rojas de Olaya y sus menores hijos Flor Alba, María Elieth, Mireya, Ernesto, Celso y María.

ANTECEDENTES:

La parte actora formuló en su demanda, según resumen del Tribunal, "dos peticiones esenciales, subsidiaria la segunda de la primera, a saber:

"1ª. Que se declare nula, de nulidad absoluta, la partición hecha por el Dr. Ramón J. Serje A. en el juicio de sucesión intestada del señor Ernesto Olaya Baquero, declarado

abierto y radicado en el Juzgado Civil del Circuito de Guaduas, el día 25 de marzo, protocolizado en la Notaría del expresado Circuito por medio de la escritura pública número 170 de 31 de julio de 1959.

2ª. Que se declare RESCINDIDA por lesión enorme en lo que atañe a las hijuelas de adjudicación que se hicieron a los demandantes, la parte. . . mencionada en la súplica anterior y pidió también, como consecuencia de cualquiera de las dos súplicas que se dejan reseñadas, que se ordenara la cancelación del registro de la aludida partición, y se condenara a los demandados a 'restituir a la universalidad patrimonial denominada 'SUCESSION INTESTADA DE ERNESTO OLAYA BAQUERO', a la sociedad conyugal formada entre éste y su primera esposa Berenice de Olaya, y a la sociedad conyugal ilíquida del mismo causante y su segunda esposa Lía Rojas vda. de Olaya, los bienes adjudicados en las respectivas hijuelas, con exclusión de los que fueron rematados en el sucesorio de Ernesto.

"3ª. Que se ordenara restituir a la sociedad conyugal Olaya-Orjuela, los demás bienes que fueron objeto de adjudicación; que

se condenara a los demandados como poseedores de mala fe y en las costas del juicio”.

El Tribunal resumió también los hechos que constituyen la *causa petendi*, así:

“Primero. Ernesto Olaya y Berenice Orjuela, casados entre sí, fallecieron dejando posteridad legítima.

“Segundo. Dicha sociedad conyugal adquirió bienes de los cuales en su parte respectiva, era dueña Berenice.

“Tercero. Que fallecida Berenice, su juicio de sucesión no se hizo. Por tanto, no se pudo determinar qué ganancias le correspondían, los que ha debido transmitir a su posteridad legítima.

“Cuarto. Que la sucesión de Ernesto, casado en segundas nupcias con Rosa Lía Rojas, se tramitó y liquidó haciendo caso omiso de la circunstancia anotada en el punto anterior, omisión que incidió en la violación de los derechos herenciales que integran la parte actora, toda vez que a ésta se le cercenó la porción de bienes que les ha debido caber como herederos de su legítima madre, Berenice Orjuela”.

“Los demás hechos —dice el Tribunal— se encaminan a detallar cómo el partidario verificó su trabajo con preterminación de las modalidades ya anotadas”.

Con oposición de la parte demandada se tramitó el primer grado del juicio que terminó con el fallo de fecha 5 de octubre de 1966, mediante la cual el Juzgado Promiscuo Municipal de Nimaima despachó favorablemente las súplicas impetradas en la demanda, fallo que, como se dijo, fue revocado por el Tribunal.

La sentencia impugnada

Respecto de la acción principal, declara la sentencia recurrida que no estando demostrado que al producirse la disolución del matrimonio que habían contraído Ernesto Olaya y Berenice Orjuela, por el fallecimiento de ésta, ninguno de los dos tuviese

bienes, la liquidación de la sociedad conyugal que echa de menos la parte actora era absolutamente innecesaria; que “el apoderado de la parte demandante se abstuvo de decir o al menos de sugerir qué bienes integraron el activo social de la sociedad conyugal, OLAYA ORJUELA. En el hecho doce del libelo, afirma que en la diligencia de inventario de la sucesión de Ernesto Olaya, excluyeron deliberadamente parte de los que integraban el haber social; en el anterior dice que en el activo de los inventarios se incluyeron los que le pertenecían a su primera cónyuge; que tales aseveraciones no fueron demostradas durante el juicio y que antes por el contrario, según la fecha de adquisición de los bienes que fueron inventariados en la sucesión de Bernardo Olaya, todos ellos aparecen adquiridos con posterioridad a la muerte de Berenice Orjuela.

Al estudiar la acción subsidiaria, esto es, la de lesión enorme, dice que ella “sólo puede ser viable cuando se esté en capacidad de demostrar que los bienes destinados a pagar determinada hijuela o determinado grupo de hijuelas, apenas cubre la mitad de su valor. En este orden de ideas, en ejercicio de la mencionada acción, asume la obligación de demostrar esa desproporción, ciñéndose a las reglas consagradas en el Libro IV, Título XXIII, del Código Civil”.

Y luego agrega: “La desproporción que es preciso demostrar no es la del precio, en general, asignado en los inventarios, a la totalidad del aservo partible en relación con su verdadero valor comercial, sino la que debe darse en forma invariable entre el monto del valor de la hijuela y el monto del valor real de los que se adjudica. Corolario de este principio es que tal proporción no se rompe por el hecho de asignar un mayor precio a la masa que va a distribuirse entre todos los copartícipes, respecto del tasado por el perito que actuó en el avalúo del juicio sucesorio. Tanto de distribuir entre tres adjudicatarios un precio que se estimó en quince mil pesos, por ejemplo, que repartirlo entre las mismas personas pero con un valor de treinta mil. Lo que importa en el ejemplo no es el mayor o menor valor convencional del cociente que resulta de fraccionar el dividendo por el divisor, sino que

lo adjudicado, vale decir, la porción material del terreno que cabe a cada uno sea sustancialmente, en valor específico, igual a las de las demás”.

Dice también, que en el caso sub-judice la desproporción de valores en que pretende fundarse la acción rescisoria incoada, se refiere a todos los bienes que fueron inventariados en la sucesión de Bernardo Olaya, ya que el avalúo que se les asignó en dicho juicio, es bastante inferior al que les fue fijado por los peritos que actuaron en este proceso. Pero que tal desproporción favorece o perjudica por igual a todos los partícipes, por lo cual no cabe la acción de lesión enorme que invoca la parte actora.

Agrega luego que no hubo desmedro económico de unos partícipes en relación con otros, como consecuencia de la partición cuya rescisión se impetra, por lo cual la acción no puede prosperar.

“Lo anterior, —concluye el Tribunal— pone de manifiesto que no habiéndose demostrado la lesión enorme, el trabajo de partición de los bienes sucesorales de Ernesto Olaya Baquero no es nulo, como tampoco es susceptible de ser rescindido y que la sentencia del a-quo que despachó favorablemente los pedimentos de la demanda, habrá de revocarse”.

El recurso

Aunque en la demanda se dice que son cinco, cuatro son los cargos que se formulan contra la sentencia del Tribunal, todos ellos dentro del ámbito de la causal primera, por “infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea” de los artículos 1.398, 1.405, 1.946 y 1.392 del Código Civil y 722 y 730 del Código Judicial, así:

Primer cargo. La censura dice que el Tribunal incurrió en “violación directa e interpretación errónea” del artículo 1.398 del Código Civil, por cuanto no habiéndose liquidado la sucesión de la primera esposa de Ernesto Olaya Baquero ni por consiguiente la sociedad conyugal respectiva, al practicarse la partición de los bienes sucesorales de éste y de los que pertenecían a la sociedad conyugal que se había formado con motivo del segundo matrimonio que contrajo al causan-

te, se produjo una confusión de patrimonios. Agrega que el partidor, en la sucesión del citado Olaya Baquero, ha debido dar cumplimiento al citado artículo 1.398 y separar previamente los patrimonios que estaban confundidos, y que al no haberlo hecho, violó el referido precepto legal, violación en la que incurrió también el sentenciador de segunda instancia al no haber decretado la nulidad que con base en dicha norma impetró la parte actora.

Se tiene en cuenta:

El cargo está mal formulado. El artículo 1.398 del Código Civil, única norma que el censor señala como violada por falta de aplicación según se deduce del planteamiento que hace el recurrente, no constituye proposición jurídica completa. Para que la acusación fuera cabal había sido necesario que el recurrente hubiera señalado también las normas sustanciales relativas a la sucesión ab intestato, a consecuencia de cuya violación la parte recurrente hubiera sido perjudicada en cuanto al haber que verdaderamente le correspondiera en la partición de los bienes sucesorales de Ernesto Olaya Baquero.

La Corte ha dicho que “la censura en casación por el resorte de la causal primera, exige determinar con precisión los preceptos de derecho sustancial que se pretenden infringidos, individualizándolos e indicando el modo y el sentido en que se reputen haber sido vulnerados; y más aún que, cuando la situación jurídica definida por la sentencia del **ad quem** dependa, no de un sólo precepto, sino de varios que se combinen entre sí, la acusación, para ser cabal, tiene que versar sobre todos y cada uno de ellos en la forma prenotada, invistiendo así el carácter de una proposición jurídica completa” (CXXIX, pág. 71).

Ni una de esas exigencias que disciplinan el recurso extraordinario fue cumplida por el recurrente, lo cual bastaría para el rechazo del cargo.

Con todo, obrando con amplitud vale la pena hacer algunas breves consideraciones en cuanto a la operancia del artículo 1.398 del Código Civil.

Al referirse a la sociedad conyugal, luego de asimilarla a la sociedad de bienes entre cónyuges, dijo la Corte en reciente ocasión que ella "nace simultáneamente con el vínculo indisoluble del matrimonio. Este y aquella se forman en un mismo instante. La sociedad de bienes no puede existir sin el matrimonio. En el caso de muerte de uno de los consortes que no estaba separado de bienes matrimonio y sociedad conyugal se disuelven en el mismo y preciso momento". Y luego agrega: "Respecto a la sociedad de bienes entre cónyuges, la regla común es la siguiente: probada la existencia de un matrimonio celebrado en Colombia, automáticamente queda demostrada la existencia de la sociedad de bienes entre cónyuges...." (Cas. Civ. 30 de abril de 1970, no publicada aún en la Gaceta Judicial. Derecho Colombiano N° 102, págs. 623 y 624).

2) Esta sociedad de bienes que se origina en el matrimonio por mandato de la Ley, está sujeta a ser liquidada cuando ocurra cualquiera de los casos previstos en el artículo 1.820 del Código Civil, liquidación que presupone, obviamente, la existencia de un patrimonio social, pues en caso contrario, por sustracción de materia, no será posible llevarla a cabo. Otro tanto ocurre con la situación prevista y regulada por el artículo 1.398 ibidem. En efecto, para que haya lugar a la separación de bienes herenciales, es indispensable la prueba de que éstos están confundidos con otros cuya existencia debe también demostrarse, es decir, que la masa partible comprende o involucra bienes que no puedan ser distribuidos entre todos los partícipes, porque sólo algunos de ellos, o ninguno, tengan derecho a recibirlos. Así, si se trata de la liquidación de una sociedad conyugal disuelta por el fallecimiento de uno de los cónyuges y de la consiguiente liquidación de la herencia del causante, aquella deberá efectuarse primeramente para que no queden incluidos dentro de la masa hereditaria partible, bienes que corresponden por derecho propio al cónyuge supérstite, o que eventualmente un socio del causante tenga en una compañía colectiva.

3) De esta suerte, dos son los presump-

tos indispensables para que la norma del artículo 1.398 del Código Civil tenga operancia: que debe procederse a la liquidación de una herencia; y que los bienes que integran el caudal hereditario estén confundidos con otros ajenos al mismo.

Aplicando los anteriores conceptos al caso sub-judice, aunque no mediere el inconveniente legal primeramente expuesto, o sea que el artículo 1.398 del Código Civil no constituye proposición jurídica completa, el cargo estaría mal formulado al haberlo sido por la vía directa. La falta de aplicación de ese precepto habríase producido por vía indirecta, a consecuencia de error de hecho consistente en que el Tribunal no vió o que habiéndolos visto les cercenó su contenido, las pruebas que acreditaban la existencia de bienes ajenos al causante y a la segunda cónyuge sobreviviente, y que éstos se encontraban confundidos con los haberes social o hereditario en la sucesión de Ernesto Olaya Baquero. Nada dice el censor a este respecto, y la Corte dentro del sistema predominantemente dispositivo que rige en el recurso de casación, no puede enmendar los yerros o suplir las omisiones de que adolece la demanda.

Finalmente cabe advertir que resulta contradictorio afirmar que una norma legal dejó de ser aplicada, siendo pertinente, y al propio tiempo fue erróneamente interpretada. Esos dos cargos se excluyen recíprocamente, como repetidas veces lo ha sostenido la Corte (LXXX, pág. 689, y CXV, pág. 103).

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Segundo cargo. Dice el recurrente que la sentencia acusada incurrió en "violación directa e interpretación errónea" del artículo 1405 del Código Civil, como consecuencia de error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba pericial, por cuanto el Tribunal no tuvo en cuenta el avalúo de los bienes sucesorales de Bernardo Olaya Baquero, practicado durante el juicio, el cual arrojó un valor muy superior al doble del justiprecio que de esos mismos bienes se hizo en la sucesión.

Arguye el censor que si en este juicio se

practicó un avalúo pericial de esos bienes relictos con sujeción a "los requisitos consignados en los artículos 705, 706, 708, 711, 713, 714, 715, 716 y 718 del Código Judicial", y tales peritos "...conceptuaron que cada una de las hijuelas, de las catorce que formaron, valía la cantidad de... \$ 23.285.47 y no la de \$ 11.588,98", es indudable que al comparar esas cifras, resulta probada la lesión enorme.

"Hubo pues, —concluye el recurrente— por parte del Tribunal, error de hecho en la apreciación de la prueba pericial, y esta acusación conduce al error de derecho por violación de las normas que guardan relación o correlación y armonía con la primera... porque el dictamen pericial estableció en forma fehaciente que el monto de las hijuelas... a favor de mis mandantes fue inferior en un cincuenta por ciento y más al justo precio de los bienes adjudicados".

SE CONSIDERA:

En primer término cabe observar que esta acusación adolece del mismo defecto que acaba de señalarse al cargo anterior: una indebida formulación. Dada la manera como se sustenta, la violación directa del artículo 1405 del Código Civil habríase producido por falta de aplicación y no por interpretación errónea, cargos éstos que, como ya se dijo, se excluyen recíprocamente y que por tanto no son susceptibles de formularse de manera simultánea como lo hace el censor (CXV, pág. 103). Además, esa presunta violación necesariamente depende de la prueba que se adujo en el juicio para demostrar el verdadero valor comercial de los bienes integrantes de las hijuelas de los herederos que la promovieron, lo cual indica que el cargo ha debido formularse por vía indirecta. Y algo más: una acusación de esta índole, no puede hacerse simultáneamente por error de hecho y por error de derecho de idéntica prueba, porque lo uno excluye lo otro (CXVII, pág. 126).

Los defectos de técnica de la censura que se dejan reseñados, son suficientes para rechazar el cargo.

Tercer cargo. El recurrente afirma que

hubo "violación directa e interpretación errónea del artículo 1946 del Código Civil en cuanto al fallo acusado desconoce el derecho rescisorio del adjudicatario lesionado al desestimar la prueba legal de la lesión enorme".

Al sustentar el cargo, agrega que "en el caso controvertido aquí, se produjo la prueba pericial en cuya virtud resulta indiscutible que la partición rehecha por el Dr. Serje lesionó en más de un cincuenta por ciento la asignación hereditaria de los adjudicatarios cuyos derechos representa: Secuela ineludible de tal probanza era el derecho adjetivo (sic) de aquellos para alcanzar la rescisión de bienes relictos. Y no habiéndose obtenido, aparece infringido por el juzgador de segunda instancia el artículo 1946 del Código Civil".

SE CONSIDERA:

Para rechazar el cargo en estudio, es suficiente advertir: a). Que se formula por la vía directa, habiendo debido ser por la indirecta, ya que se hace consistir en que el Tribunal no tuvo en cuenta como prueba de la lesión enorme alegada, el avalúo pericial que se produjo en el juicio; b). Que la norma legal que se indica como violada por el Tribunal, no fue ni podía ser aplicada en la sentencia, porque está destinada a regular situaciones jurídicas diferentes a la que es objeto del caso sub-judice. Dicho artículo por sí solo no constituye una proposición jurídica completa, por cuanto se refiere al contrato de compraventa, al paso que este litigio versa exclusivamente sobre la partición de los bienes sucesorales de Bernardo Olaya Baquero; y c). Que si el precepto en cuestión, aisladamente considerado como lo fue al formular la censura, no era pertinente para decidir la cuestión debatida, mal puede estructurarse el ataque contra la sentencia en una supuesta violación directa por falta de aplicación, y al propio tiempo en una mala interpretación del mismo, lo cual, como atrás se expone, no es de recibo en casación.

A este respecto dijo la Corte en sentencia de Casación Civil del 24 de septiembre de 1953: "La circunstancia de que el artículo 1405 del Código Civil, comprendido

en el Título sobre partición de bienes, remita a las reglas sobre nulidad, rescisión de los contratos, no significa que deban aplicarse precisamente las referentes al contrato de compraventa. Por el contrario, tal norma indica que las particiones se anulan o se rescinden con sujeción a las reglas que el Código da para los contratos en general. Si no fuere éste su sentido y alcance, el artículo 1405 se había referido concretamente a las normas relativas a la lesión, expuestas en el Título de la compraventa" (LXXVI, N° 2134, pág. 358).

No prospera el cargo.

Cuarto cargo. Se hace consistir en "violación directa e interpretación errónea de los arts. 722 y 730 del Código Judicial", normas que a juicio del acusador son de carácter sustancial, como afirma haberlo dejado establecido al fundamentar el tercer cargo.

A manera de sustentación, dice el recurrente, que "al desestimar el sentenciador la prueba pericial, o al haberle atribuido vicios de que carece, o al haberla apreciado en su injusto valor probatorio, infringió los artículos 722 y 730 del Código Civil (sic) normas positivas de derecho sustantivo, en virtud de las cuales se practicó un experticio constitutivo de la prueba de la lesión, interpretado erróneamente por el Tribunal". Dice también que "en el análisis del cargo tercero tuvo oportunidad de establecer cómo aquella norma, aparentemente adjetiva de derecho procesal, es esencialmente sustantiva, según concepto de la misma Corte", al referirse al primero de tales artículos.

SE OBSERVA:

1º). Los artículos 722 y 730 del Código Judicial son normas de carácter probatorio, cuya transgresión como violación medio, constituyen un error de derecho que puede conducir por vía indirecta a la violación de normas sustanciales; 2º). El primero de tales preceptos no es aplicable a los avalúos periciales, como sí lo es por modo exclusivo el 721 que ni siquiera se menciona en la demanda; 3º). El artículo 730 ibidem versa sobre el valor probatorio del acta de inspección ocular, prueba ésta que por sí sola, además de ser ineficaz e inadecuada

para avalúos o cualesquiera regulaciones de cifras numéricas, no tuvo trascendencia en el fallo acusado; 4º). Reiteradamente ha dicho la Corte que un cargo que se formula contra una sentencia no puede estar montado sobre error de hecho y error de derecho de una misma prueba como lo hace el censor cuando dice que la pericial en este juicio fue desestimada o no tomada en cuenta por el sentenciador (error de hecho) y al mismo tiempo afirma que dicha prueba fue apreciada por éste "en su injusto valor probatorio (error de derecho)"; y 5º). Cada cargo es autónomo y debe ser formulado con total independencia de los demás, como claramente se deduce del artículo 63 del Decreto 528 de 1964, por lo cual no es dable que para la sustentación de un cargo el censor se remita a argumentaciones expuestas para fundamentar otro. En el recurso extraordinario, cuyos ordenamientos legales son muy severos y precisos, la Corte sólo puede tener en cuenta, al estudiar por separado los cargos formulados contra la sentencia, las razones respectivamente aducidas para cada uno de ellos. Esta ha sido doctrina invariable de la Corte, proveniente de una sencilla exégesis de las normas legales pertinentes a la casación.

Todo lo expuesto lleva la conclusión de que el cargo en estudio debe ser rechazado.

En consecuencia, 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 6 de febrero de 1967, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Facatativá.

Condénase en costas al recurrente.

(Esta sentencia fue discutida y aprobada por la Sala como consta en el Acta número 84 de 24 de septiembre del año en curso).

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

Ernesto Cediel Angel, Ernesto Blanco Cabrera, Germán Giraldo Zuluaga, Alfonso Peáldez Ocampo, Ricardo Uribe Holguín y José María Esguerra Samper.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

NULIDAD DE UNAS DONACIONES

Son distintos los presupuestos procesales, los elementos definidores o constitutivos de la acción y las condiciones que ésta debe reunir para obtener su prosperidad. - Capacidad del heredero para ser parte.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado según Acta número 85 de 29 de septiembre de 1970).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que el 15 de noviembre de 1966, pronunció el extinguido Tribunal Superior de Guateque. Dos de los demandados que también lo habían interpuesto, desistieron de él.

EL LITIGIO:

Pidiendo para la sucesión de Custodio Mora Benavides y actuando como cónyuge sobreviviente de éste, Ana Silvia Montoya viuda de Mora, ante el Juez Civil del Circuito de Garagoa, demandó a Julio Roberto, Obdulia del Carmen, Margarita, Ana Silvia y Siervo Custodio Mora Monroy, en su condición de herederos de Custodio Mora Benavides, para que, previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se declarara la nulidad absoluta de las donaciones que éste efectuó a favor de aquellos, y se hicieran otros pronunciamientos.

Después de admitida la demanda y luego de corrido el traslado de ella a cada uno de los demandados, con fundamento en la facultad que concede el artículo 208 del C. J. se presentó nuevo escrito en el que se dijo "corregir, aclarar y enmendar la demanda formulada". En él se expresa que

la demandante viuda de Mora obra en su calidad de "socia de la sociedad conyugal" que por el hecho del matrimonio formó con el causante Mora Benavides, y se demanda a las mismas personas indicadas en el libelo original, pero en su condición de donatarios.

En este nuevo escrito demandatario se relatan así los episodios que constituyen la causa petendi:

"1º Custodio Mora Benavides fué casado por los ritos de la Iglesia católica con la señora Ana Silvia Monroy, hecho que tuvo lugar en Pachavita el día 27 de febrero de 1922.

"2º Durante el matrimonio los cónyuges Mora-Monroy procrearon a los siguientes hijos legítimos de nombres Julio Roberto, Obdulia del Carmen, Margarita, Ana Silvia, y Siervo Custodio Mora, siendo los cuatro primeros mayores de edad y el último menor adulto.

"3º Durante la sociedad conyugal formada por el hecho del matrimonio de Custodio Mora Benavides y Ana Silvia Monroy, adquirieron por compra varios lotes de terreno situados en las veredas de Pie de Peña y Centro del Municipio de Pachavita, de los cuales se tratará luego en forma específica.

"4º Custodio Mora Benavides, hizo en vida y sin intervención de su esposa Ana Silvia Monroy, donaciones en favor de sus cinco hijos de la mayor parte de los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal, a cada uno por sumas superiores a Dos Mil

pesos, sin haber sido insinuadas, con reserva de los usufructos para el solo donante y por mientras viviera.

"5º Custodio Mora Benavides falleció en Garagoa el 18 de junio de 1964, quedando como cónyuge sobreviviente Ana Silvia Monroy".

"6º La sociedad conyugal formada por el hecho del matrimonio de Custodio Mora Benavides y Ana Silvia Monroy, el que tuvo lugar el 27 de febrero de 1922, no fué liquidada provisionalmente ni en forma definitiva hasta el 18 de junio de 1964, fecha en que falleció Mora Benavides, y que por la muerte se disuelve la sociedad".

"7º Los hijos de Custodio Mora Benavides recibieron en virtud de escritura pública donaciones sobre inmuebles, otorgadas únicamente por Custodio Mora de gran parte de los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal y de escasos bienes propios del donante, siendo cada donación no insinuada por suma de Cinco Mil pesos, pero su valor comercial de cada una de ellas es muy superior a la cifra que figura en las escrituras y para el caso presente se pormenoriza a continuación solamente los bienes sociales donados sin intervención de la partícipe Ana Silvia Monroy así como se especifica en los siguientes hechos".

Bajo los numerales 8º, 9º, 10º, 11º y 12º se individualizan los bienes que a cada uno de los cinco demandados donó el causante Mora Benavides, indicando sus títulos de adquisición.

"13º En las donaciones hechas por Custodio Mora en favor de sus cinco hijos incluyó también bienes propios que no han sido descritos anteriormente, como lo son las fincas denominadas Villa Custodia, La Laguna, parte de la Quinta y parte de San Agustín, las tres primeras en común y proindiviso entre Julio Roberto y Margarita Mora y el último para solo Julio Roberto Mora, pero que por no ser bienes sociales no se discriminan y para ello en lo tocante a éstos en los respectivos apartes, se ha especificado su modo de adquisición.

"14º En las donaciones anteriores, especialmente en lo que respecta a bienes sociales, se estimó cada una de ellas por la cantidad de Cinco Mil pesos, con reserva de usufructos vitalicios para el donante, sin que hubiera mediado la insinuación.

"15º Dentro de las donaciones hechas por Custodio Mora Benavides a sus cinco hijos cada una por Cinco Mil pesos, se incluyeron en ellas gran parte de los bienes sociales y quedaron sin donar ni hacer tradición alguna sobre inmuebles sociales de muy escaso valor, sobre los cuales a pedimento de los herederos Julio Roberto y Obdulia del Carmen Mora, cursa un juicio de sucesión en el Juzgado Civil del Circuito de Garagoa, con medidas preventivas de secuestro.

"16º En las donaciones de los bienes sociales hechas por Custodio Mora Benavides en favor de sus cinco hijos, no intervino en nada la partícipe Ana Silvia Monroy de Mora, quien por el respeto a su esposo no podía oponerse y por no disgustarlo.

"17º Como antes se dijo cada una de las cinco donaciones fue por la suma de Cinco Mil pesos, teniendo un precio comercial muy superior al momento de las donaciones al estimado en las mismas y como se enajenó con ellas la mayor parte de los bienes sociales, se privó a la partícipe Ana Silvia Monroy de Mora de los bienes que por ley le correspondían a la disolución de la misma sociedad por el hecho de la muerte de Custodio Mora y en su liquidación, causándole grave perjuicio de orden económico.

"18º Tan pronto falleció Custodio Mora Benavides, el donante, quien se había reservado los usufructos durante su vida, entraron a poseer directamente los donatarios de los terrenos materia de las donaciones y Julio Roberto y Obdulia del Carmen Mora Monroy, pidieron de inmediato el secuestro total de los bienes, por cierto de escaso valor de los no incluidos en las donaciones, y aún se extendió el secuestro a bienes propios de la viuda Ana Silvia Monroy, hasta el punto de no dejarle medios cómo subvenir a sus necesidades.

"19º Por medio de la misma escritura número 429 del 15 de junio de 1964 de la Notaría de Garagoa, registrada el 26 del mismo mes y año, al libro I, Tomo 3, partida 618, Folio 64, como antes se dijo, Custodio Mora Benavides, incluyó en las donaciones bienes propios que se pormenorizan en este hecho, en favor de Julio Roberto y Margarita Mora en común y proindiviso conocidos con los nombres de Villa Custodia y La Laguna, debidamente singularizada bajo este numeral.

El petitum lo constituyen las siguientes súplicas:

"PRIMERA: Declárase que la mayor parte de los bienes inmuebles donados por Custodio Mora Benavides en favor de los demandados y donatarios, y que se hallan determinados en los hechos ocho a doce inclusive (8 a 12) de esta demanda, fueron adquiridos durante la sociedad conyugal formada por el matrimonio de Custodio Mora Benavides con Ana Silvia Monroy, celebrado en Pachavita el día 27 de febrero de 1922, según el modo de adquisición de que dan cuenta los "apartes" en los varios ordinales de los citados hechos.

"SEGUNDA: Se declaran nulas, de nulidad absoluta, en el excedente de Dos Mil pesos y de acuerdo con su valor comercial al tiempo de los actos o contratos, las donaciones hechas por Custodio Mora Benavides en favor de los donatarios y demandados de los inmuebles a que se refieren los hechos ocho (8) a doce (12) inclusive de esta demanda en sus varios ordinales, por la omisión de la formalidad legal de la insinuación, y figurar cada una de ellas por la cantidad de Cinco Mil pesos siendo su valor real muy superior a la citada suma y haberse menoscabado con tales donaciones la porción que a título de ganancias pudiera corresponder a la demandante en la liquidación de la sociedad conyugal formada con su esposo Custodio Mora Benavides, hoy fallecido, y representado por sus herederos.

"TERCERA: Como consecuencia de las dos declaraciones anteriores se dispone que los inmuebles a que se ha hecho referen-

cia en los hechos ocho (8) a doce (12) inclusive de este libelo pertenecen en dominio pleno y absoluto a la sociedad conyugal ilíquida formada por el matrimonio de Custodio Mora Benavides con Ana Silvia Monroy, debidamente representada por ésta y sus herederos y que se ordena restituir o entregar a aquélla los inmuebles donados, por parte de los donatarios.

"CUARTA: Se ordena que para efecto del pago de las donaciones en favor de los donatarios hasta la suma de Dos Mil pesos permitido por la ley se les compute esa cantidad en la liquidación de la susodicha sociedad conyugal de la parte que hubiera podido corresponderle al donante y que por haber fallecido, pertenece hoy a sus herederos.

"QUINTA: Se ordena la cancelación de las notas de registro de los inmuebles materia de las donaciones, excepto de aquellos que habiendo sido donados figuran como bienes propios del donante, según lo especificado en los dos ordinales del hecho diez y nueve (19) de esta demanda, cuya cancelación debe extenderse al registro, matrículas y escrituras con la salvedad prevista, para que entren a formar parte de los bienes de la sociedad conyugal ilíquida mencionada.

"SEXTA: Los demandados quedan obligados a restituir, tres días después de ejecutoriada esta sentencia para la sociedad conyugal ilíquida en mención, los inmuebles cuya tradición quede afectada de la declaratoria de nulidad junto con sus frutos naturales que los demandados hubieran podido percibir desde el momento de la contestación de la demanda según tasación pericial y en contra únicamente de los donatarios que ostentan la posesión de los fundos.

"SEPTIMA: Inscríbase esta sentencia en el correspondiente libro de Registro de Instrumentos Públicos de este circuito.

"OCTAVA: Condénese a los demandados al pago de costas".

Nuevo traslado se corrió a cada uno de

los demandados, tres de los cuales expresamente manifestaron que no se oponían; en cambio, los dos restantes, Julio Roberto y Obdulia del Carmen Mora Monroy, manifestaron su oposición a las pretensiones de la demandante.

La primera instancia culminó con sentencia del Juez Unico Promiscuo Municipal de Pachavita, pronunciada el 20 de junio de 1966 y por medio de la cual resolvió:

"PRIMERA. Declárase que los inmuebles donados por Custodio Mora Benavides en favor de los donatarios de nombres Julio Roberto, Obdulia del Carmen, Margarita, Ana Silvia, y Siervo Custodio Mora Monroy, en su mayor parte, fueron adquiridos dentro de la existencia de la sociedad conyugal formada por el matrimonio Mora-Monroy y que tales actos de disposición adolecen del vicio de nulidad, originados en los mismos contratos, teniendo la demandante y partícipe la acción para reclamar por haberse disuelto la susodicha sociedad en razón de la muerte del donante.

"SEGUNDA. Se declaran nulas, de nulidad absoluta, en el excedente de Dos Mil pesos, de acuerdo con su valor comercial al tiempo de los actos o contratos, las donaciones hechas por Custodio Mora Benavides en favor de los donatarios y demandados ya referidos, de los inmuebles a que se refiere por su tradición, situación y linderos, la parte motiva de esta providencia, por la omisión de la formalidad legal de la insinuación, al haberse hecho figurar en los títulos cada una por la cantidad de Cinco Mil pesos y que por la disolución de la sociedad conyugal Mora-Monroy, por la muerte del primero, se estructura un interés jurídico que autoriza a la cónyuge para pedir regresen los bienes a la sociedad por ella representada, y a la herencia representada por sus herederos.

"TERCERA. Se dispone que los inmuebles referidos en la parte motiva de esta providencia, pertenecen en dominio pleno y absoluto a la sociedad conyugal Mora-Monroy en liquidación, representada por la cónyuge Ana Silvia Monroy viuda de

Mora y a la herencia de Custodio Mora Benavides representada por sus herederos, y en consecuencia se ordena la restitución una vez ejecutoriada este fallo, por los donatarios, de los fundos materia de las donaciones.

"CUARTA. Se ordena la cancelación de las notas de registro, matrículas y escrituras, de los títulos por los cuales se verificaron las donaciones viciadas de nulidad.

"QUINTA. Se ordena que para el pago de las donaciones a los donatarios a cada uno, en suma de Dos Mil pesos permitidos por la ley sin insinuación, se les imputará preferencialmente de la herencia de Custodio Mora Benavides a título de legítima, la citada cantidad, una vez liquidada la sociedad conyugal del causante Custodio Mora y la cónyuge Ana Silvia Monroy.

"SEXTA. Los demandados quedan obligados a restituir una vez ejecutoriada esta sentencia a la sociedad conyugal Mora-Monroy en liquidación, representada por la cónyuge demandante y a la herencia de Custodio Mora Benavides representada por sus herederos, los inmuebles objeto de las donaciones viciadas de nulidad.

"SEPTIMA. Se declaran no probadas las excepciones propuestas por dos de los demandados, según lo analizado en la motivación de este fallo.

"OCTAVA. Se condena a los demandados Julio Roberto y Obdulia del Carmen Mora Monroy, al pago de los frutos, a partir de la contestación de la demanda; el primero del inmueble Santa Ana a razón de Un Mil Quinientos pesos anuales; la segunda, de los fundos El Arrayán, El Gredal, El Eucaliptus y Laguna Negra en suma de Ochocientos Veinte pesos por año, por su valor pericial tan pronto quede en firme la sentencia.

"NOVENA. Inscríbase esta sentencia en el correspondiente Libro de Registro de Instrumentos Públicos de Garagoa.

"DECIMA. Condénese a los demandados Julio Roberto y Obdulia del Carmen

Mora Monroy por su oposición a la demanda, al pago de los costos y costas del presente juicio.

Contra este fallo sólo interpusieron el recurso de apelación los dos demandados que se habían opuesto.

Surtida la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guatemala, en sentencia del 15 de noviembre de 1966, revocó la apelada y en su lugar resolvió "inhibirse de dictar sentencia de mérito, por falta de legitimación en causa de la parte demandada".

Contra este fallo interpusieron el recurso de casación la demandante y los demandados Julio Roberto y Obdulia del Carmen Mora, mas estos dos últimos, en el trámite del recurso extraordinario, desistieron de él.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Después de transcribir únicamente peticiones contenidas en el escrito por medio del cual se corrigió la demanda, el sentenciador dice en qué consiste la causa petendi, y luego hace una síntesis de cómo se desarrolló y culminó la primera instancia. Afirma enseguida que, como el donante Custodio Mora Benavides falleció, "ha debido actuar por medio de sus causahabientes, los herederos", quienes no fueron demandados, como aparece "en la demanda corregida"; que, como en el poder que confirió la actora para "presentar el nuevo libelo" hace referencia a "los demandados en su simple calidad de donatarios", se debe interpretar que ello entraña "una corrección hecha al primer poder y demanda donde decía que se actuaba contra los demandados como herederos de Custodio Mora Benavides". Concluye, entonces, que no alcanzó a formarse la "litis contestatio", pues falta el que llama presupuesto procesal material de legitimatio ad causam, apoyado en doctrina de la Corte, que cita. Que, en consecuencia, será inhibitorio el fallo "porque a la litis no comparecieron todos los interesados en el proceso, puesto que fal-

tó el donante ya por sí mismo o representado por sus causahabientes".

EL RECURSO

Cuatro cargos enfila el censor contra la sentencia del Tribunal, todos dentro del marco del motivo primero de casación:

Primer cargo. Se formula por violación de ley sustancial, por haberse dejado de aplicar los artículos 1458 y 1740 del C. Civil, a consecuencia de error de hecho proveniente de errónea interpretación de la demanda. Se invoca el motivo primero de casación y cítase en su apoyo el inciso segundo del artículo 520 del C. Judicial.

Se hace consistir el error en que el Tribunal no estudió la demanda original y solamente entró en el examen del escrito de corrección de aquella. Que en la demanda inicial los demandados fueron llamados a juicio "en su calidad de donatarios y a la vez como herederos en la sucesión intestada de Custodio Mora Benavides", lo que no vió el sentenciador por sostener erradamente que la corrección de la demanda entraña un cambio total de ésta que queda contenida en aquélla; que por tanto, cuando el Tribunal, basado únicamente en el escrito de enmienda del libelo demandatorio, dijo que los demandados habían sido citados al juicio en la simple calidad de donatarios, cometió evidente error de hecho, pues como se dejó transcrito y aparece en la demanda inicial, sí fueron demandados también en calidad de herederos del donante.

Entra luego el censor a rebatir la tesis insinuada por el fallador de que el memorial de corrección de la demanda la cambia íntegramente, para concluir que ello no entrañaría mutación, sino sustitución de una demanda por otra, lo que no está imperado por la ley. Agrega luego que las súplicas contenidas en el escrito correctivo, permiten interpretar la demanda en el sentido de que los demandados fueron citados también como herederos de quien hizo la liberalidad atacada. Que lo anterior condujo al quebranto de las normas sustanciales citadas, por falta de aplicación,

disposiciones que sancionan con nulidad absoluta la donación que no ha sido insinuada, cuando excede de Dos Mil pesos.

La Corte considera

I. El artículo 520 del C. Judicial que señalaba las causales de casación, fué derogado por el 52 del Decreto extraordinario 528 de 1964 que redujo a cuatro los motivos de ese recurso extraordinario. De consiguiente, no es acertado invocar aquella disposición como fundamento del recurso, pues ya no rige.

II. Tiene sentado la jurisprudencia que el Juez, para proceder a definir un litigio, debe previamente comprobar que estén reunidos los requisitos indispensables para la constitución regular de la relación jurídico-procesal, que son: competencia en el Juez del conocimiento, o sea facultad para resolver en concreto la litis; capacidad de demandante y demandado para ser partes que sólo la tienen los sujetos de derecho; capacidad de ellos mismos para comparecer en juicio, ó capacidad procesal; y demanda idónea, es decir, que sea perfecta en su forma.

La ausencia de uno siquiera de estos presupuestos procesales, impide al fallador dictar sentencia de mérito, pues son condiciones previas indispensables para que el Juez pueda proveer en el fondo del negocio.

III. Pero estos cuatro presupuestos no pueden ser confundidos con los llamados elementos definidores o constitutivos de la acción, porque aquellos se refieren a la formación regular de la relación jurídico-procesal, en tanto que los segundos sirven para identificar cuál acción se ejercita; estos elementos son tres: los sujetos, tanto activo como pasivo, de la relación jurídico-sustancial discutida; el título de la pretensión invocada, ó hechos de donde se deriva, que constituyen la causa petendi; y el petitum.

Del mismo modo, no pueden confundirse los presupuestos procesales ni los elementos constitutivos de la acción con las con-

diciones de ésta, que se encaminan, no ya a identificarla, sino a obtener su prosperidad, es decir, al logro de sentencia favorable a las pretensiones del demandante. La Corte (G. J. CXV, 2.280, 136), ha dicho: "Estos requisitos de mérito son llamados condiciones de la acción, porque la respaldan y determinan su acogida y éxito. Estas condiciones consisten en la tutela de la acción por una norma sustancial, en la legitimación en causa y en el interés para obrar. Se cumple la primera de estas condiciones cuando el hecho o hechos que le sirven de fundamento a la acción (causa petendi) y la pretensión que constituye su objeto (petitum) coinciden con el hecho ó hechos previstos por la ley sustancial y con el efecto jurídico que ésta atribuye a los mismos hechos. Apareciendo esta concordancia, resulta la acción tutelada por la ley y satisfecha una de las condiciones de su prosperidad. La legitimación en causa es en el demandante la cualidad de titular del derecho subjetivo que invoca y en el demandado la calidad de obligado a ejecutar la prestación correlativa. Y el interés para obrar o interés procesal, no es el interés que se deriva del derecho invocado (interés sustancial), sino el interés que surge de la necesidad de obtener el cumplimiento de la prestación correlativa, o de disipar la incertidumbre sobre la existencia de ese derecho, o de sustituir una situación jurídica por otra".

Fluye de lo anterior que la legitimación en causa, que antiguamente se llamó personería sustantiva, no es un presupuesto procesal, sino una de las condiciones de la acción.

IV. Hasta el pronunciamiento de la sentencia del 21 de julio de 1959 (G. J. XCI, 22, 14, 51 y ss.) la Corte había considerado que la calidad de heredero de quien actúa con ese nombre por pasiva o por activa, constituía uno de los elementos estructurales o condiciones de la acción, y que, por tanto, la falta de la prueba de esa calidad entrañaba ausencia de la legitimación en causa y determinaba pronunciamiento de sentencia absolutoria. Mas a partir de aquel

fallo, enseñóse que quien actúa en su calidad de heredero no lo hace ni a nombre propio ni a nombre de otra persona, pues la sucesión no es sujeto de derechos y de obligaciones por carecer de personalidad jurídica, sino que lo hace en virtud de la calidad de heredero de que está investido. Allí se lee: "Lo que indica, como lo anota Enrico Redenti, que existe una tercera categoría dentro del presupuesto procesal, capacidad para ser parte, que es precisamente el caso de quien no comparece en su propio nombre, ni en representación de otro, sino por virtud del cargo o calidad, es decir, en el evento contemplado, por ser heredero. Por ende, queda demostrado que todo lo relacionado con este aspecto de la cuestión, pertenece al campo procesal y no al sustancial, vale decir, que corresponde a uno de los presupuestos del proceso y no a una de las condiciones de la acción civil como se había venido considerando por la doctrina. De lo cual se infiere que la ausencia de prueba sobre el carácter de heredero, implica sentencia inhibitoria, con consecuencias de cosa juzgada formal, y no sentencia de mérito, con consecuencia de cosa juzgada material".

V. Procede, en consecuencia, rectificar el concepto expuesto por el tribunal de que la legitimatio ad causam es un presupuesto procesal, cuando, como se dejó visto, es un elemento estructural de la acción que se refiere a la relación jurídico-sustancial y no a la procesal. Y procede además dejar en claro que la ausencia de prueba de la calidad de heredero del demandante o del demandado, cuando se actúa con esa calidad entraña falta del presupuesto procesal de capacidad para ser parte, no de legitimación en la causa.

VI. El Tribunal, empero, no fundó su decisión inhibitoria en la falta de prueba de la calidad de heredero en los demandados, sino en que debiendo haber sido citados al juicio como donatarios y herederos del donante, solamente se los demandó en la primera de estas calidades.

Esta interpretación es contraria a la evidencia del proceso, pues, aunque en ver-

dad el escrito de corrección de la demanda no contiene la indicación expresa de que a los demandados se les llamó a juicio también en su condición de herederos del donante, es lo cierto que, interpretando en conjunto la demanda, salta a la vista que los donatarios también fueron demandados en esa calidad.

Efectivamente: en la petición segunda se dice que el donante Custodio Mora Benavides ya falleció y por tanto será "representado POR SUS HEREDEROS", que son sus hijos legítimos como se había expresado al relatar la causa petendi; en la petición tercera, cuando se habla de que está sin liquidar la sociedad conyugal que, por el hecho del matrimonio, formaron la demandante Monroy viuda de Mora y el donante, específicamente se manifiesta que aquella sociedad está representada por la actora y por los herederos del fallecido autor de las donaciones; además, en la misma demanda se encuentra la petición de que se "ordene agregar copia del auto de apertura del sucesorio de Custodio Mora Benavides y de reconocimiento de herederos".

De los términos de la demanda, especialmente de los empleados en las peticiones segunda y tercera y del relato de los episodios que constituyen la causa petendi, conclúyese, sin la menor duda, que los donatarios fueron también llamados a juicio en su calidad de herederos del donante, pues de otro modo no se explicarían las circunstancias anotadas, que iluminan el verdadero sentido y alcance de la demanda.

"Si se tiene en cuenta que la demanda es la piedra angular del proceso —ha dicho la Corte—, que está sometida a ineludibles requisitos formales, que en ella se relacionan hechos y actos jurídicos, se hacen afirmaciones, se plantean fenómenos procesales y se formulan pretensiones, no hay duda de que la apreciación de todos estos elementos repercutan en la decisión final de la litis y que en esa labor ponderativa puede el fallador incidir en errores con influjo suficiente para quebrantar la ley sustancial" (Casación civil, julio 18 de 1960, XCIII, 90, 2º).

VII. De lo expuesto síguese que el Tribunal cometió error evidente de hecho en la interpretación de la demanda. No obstante, este yerro no es suficiente para determinar la casación del fallo acusado, pues los preceptos sustanciales cuyo quebranto se denuncia, ni por sí solos ni combinados entre sí, constituyen proposición jurídica completa. Efectivamente, sólo se dicen infringidos los artículos 1.458 y 1.740 del C. Civil que, aun cuando son sustanciales porque otorgan, respectivamente, la facultad de demandar la nulidad de las donaciones no insinuadas en cuanto exceden de Dos Mil pesos, y el derecho a pedir la nulidad de los actos o contratos a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, no consagran derecho alguno en favor de la recurrente por su condición de cónyuge superviviente, ni tutela en concreto ninguno de los que la ley le concede como partícipe de la sociedad conyugal. Por tanto, la mera violación de estos dos preceptos no genera para la demandante interés jurídico para impugnar el fallo.

Para que fuera cabal, la acusación debía haberse apoyado no solamente en el quebranto de aquellas dos disposiciones, sino también en la infracción de las que establecen, en favor de la cónyuge, derechos subjetivos, pues sólo de ese modo quedaría formada la proposición jurídica completa y demostrado el interés que tenga la recurrente para demandar la nulidad de las donaciones efectuadas por su marido.

Tal ha sido el criterio de la Corte expuesto en sentencia de 6 de marzo de 1969 (CXXIX, 90) y repetido en la de 9 de septiembre pasado, pronunciada en el juicio de Lola Gaona viuda de Torres contra José Domingo García y otros, aún no publicada, al decir que "... cuando una determinada relación jurídica está gobernada no por un solo precepto, sino por varios que se combinan entre sí, para que la acusación sea cabal es indispensable que los comprenda a todos, pues sólo así se estructura la proposición jurídica completa".

Por lo expuesto el ataque no prospera.

Segundo cargo. Se formula por la vía indirecta, por falta de aplicación de los artículos 18 de la ley 92 de 1938, 85 de la 153 de 1887, y 1.008, 1.011, 1.019, 1.458, 1.740 y 1.741 del C. Civil, a consecuencia de "error de hecho en la apreciación de las pruebas correspondientes a las partidas del estado civil y las copias de apertura del sucesorio de Custodio Mora y reconocimiento de los herederos y de la cónyuge superviviente".

Dice el censor que el Tribunal dejó de apreciar las pruebas señaladas "como si no formaran parte del proceso"; que en el fallo recurrido ni siquiera se hizo referencia a las citadas partidas del estado civil con las cuales "precisamente se entraba a acreditar la calidad de herederos en los demandados"; que si los donatarios únicamente habían sido citados al juicio en esta sola calidad, "¿cuál era la razón para haber allegado al juicio las mentadas partidas?"; que lo mismo puede decirse de las copias visibles a fs. 15 y 16, tomadas del sucesorio de Custodio Mora, de las cuales resulta que los donatarios son herederos de éste. Que, de consiguiente, el error evidente de hecho, consistente en que el sentenciador dejó de apreciar las pruebas antedichas, condujo a la violación de las normas sustanciales precitadas.

La Corte considera:

Como fácilmente dedúcese del texto de la sentencia impugnada, el Tribunal dictó fallo inhibitorio, no porque hubiera dejado de ver las actas del estado civil demostrativas de que los demandados eran herederos de Custodio Mora, ni porque hubiera dejado de apreciar la copia del auto de apertura del juicio de sucesión del donante y de reconocimiento de sus herederos. La sentencia no se basó en que faltara la prueba de la calidad de herederos del donante que tenían los demandados sino en haber entendido que los donatarios habían sido citados al juicio en esa sola calidad y no también como herederos de Custodio Mora. La inhibición se produjo, entonces, no como consecuencia de un error de hecho en la apreciación de los documentos que prueban la calidad de herederos

que tienen los demandados, sino en que el Tribunal, al interpretar la demanda, entendió que éstos no habían sido demandados también en esta calidad.

De lo anterior síguese que no se cometió el error de hecho denunciado en este cargo, lo que determina la improsperidad del ataque.

Tercer cargo. Acúsase en él violación de los artículos 630, 635, 721 y 730 del C. Judicial y 1.757, 1.758, 1.759 y 1.770 (sic) del C. Civil, a consecuencia de error de hecho "debido a falta de apreciación legal de las pruebas de escrituras y certificados, del dictamen pericial e inspección ocular".

Afirma la censura que el Tribunal dejó de apreciar "la prueba contenida en los títulos escriturarios registrados y sus correspondientes certificados de registro" a pesar de que obran en los autos; que "como si no existieran" el sentenciador pasó en silencio esas pruebas; que en aquellos títulos están consignadas las donaciones hechas por Custodio Mora a sus cinco hijos, liberalidades para las cuales no se obtuvo insinuación judicial; que, del mismo modo y no obstante actuar en el expediente, dejóse de apreciar la prueba de peritos y la de inspección ocular.

La Corte considera:

Nótase que el impugnante no dice si el acusado quebranto se debió a falta de aplicación o a indebida aplicación de los preceptos que cita.

Esta sola circunstancia determinaría la improsperidad del cargo, pues la Corte no tiene poder para elegir entre las varias formas de violación de ley sustancial. El artículo 52 del Decreto 528 de 1964 en su numeral 1º, impone al recurrente no sólo el ineludible deber de singularizar las normas infringidas, sino también el de expresar en forma concreta y precisa por cuál de las tres modalidades de quebranto de la ley sustancial se produjo la violación denunciada y si ésta se originó directamente o a consecuencia de un error de derecho o de uno evidente de hecho.

"La exigencia de que se indique en forma clara y precisa los fundamentos de la causal invocada, con la determinación de las normas sustanciales que se estimen infringidas, y que es una proyección de la primera, obedece al principio de que lo que se juzga en el ámbito del recurso extraordinario no es el litigio como *thema decidendum*, sino la sentencia del Tribunal como *thema decisum*. Así que la Corte no puede entrar a juzgar de esa sentencia, sino a la luz de las acusaciones que en el libelo de casación se le hayan hecho, en la forma definida y concreta que exige la ley del recurso" (CXXIX, 88).

Fuera de lo anterior, obsérvese que ninguna de todas las normas que se dicen quebrantadas es de naturaleza sustancial, pues no son de las que, frente a una situación fáctica concreta que la misma disposición contempla, declaran, crean, modifican o extinguen derechos subjetivos u obligaciones. Sin excepción, todas las normas acusadas son de linaje instrumental, pues las que cita el C. de P. Civil se refieren, respectivamente, a la forma como debe ser presentada la escritura pública para ser estimada como prueba, a cómo se acredita la suficiencia de un título registrado, al valor del dictamen en cuanto a avalúos y al del acta de la inspección ocular; las citadas del C. Civil, dicen relación a la carga de la prueba de las obligaciones, a lo que constituye instrumento público, al valor probatorio de éste y a que su falta no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, aspecto este último al cual se refiere el artículo 1.760 del C. Civil, que debió ser el citado en la intención del recurrente, aunque señaló el 1.770 atinente al iuramento deferido, norma del todo extraña al caso sub lite.

Por tanto, siendo la violación de ley sustancial lo que constituye la razón de la causal primera, si los preceptos cuyo quebranto se denunció no tienen aquella naturaleza, el ataque no puede prosperar.

Cargo cuarto. Con fundamento en la causal primera se denuncia infracción di-

recta o expresa de los artículos 2º de la Ley 50 de 1936, 85 de la 153 de 1887 y 1.008, 1.011, 1.019, 1.155, 1.458, 1.740 y 1.741 del C. Civil.

En desarrollo del ataque dice que el Tribunal tomó como fundamento de su sentencia la tesis, ya revaluada, de que la legitimatio ad causam es un presupuesto procesal; que se basó en que los demandados habían sido citados al juicio en calidad de donatarios únicamente, mas no también como herederos del causante Mora Benavides; que "al no dictar sentencia de mérito por la trillada causa de legitimatio ad causam en los demandados, el ad quem quebrantó en forma directa por falta de aplicación los artículos 1.458, 1.740, 1.741 y 2º de la Ley 50 de 1936, al no declarar que las escrituras o más propiamente los contratos contenidos en tales títulos ostentan unas donaciones hechas por Custodio Mora en favor de sus hijos a título gratuito y en forma irrevocable que, por la ausencia de insinuación, son nulas en forma absoluta en el exceso de Dos Mil pesos"; que, aun cuando el artículo 669 del C. C. faculta al dueño para disponer de sus bienes, el 1.458 ibidem exige la insinuación para las donaciones cuyo valor sea mayor de aquella cifra, bajo sanción de nulidad en el exceso. Que, en fin, "la parte actora en su condición de cónyuge sobreviviente demandó la nulidad de las donaciones por no ajustarse a derecho, en uso de la potestad consagrada en la Ley 50 de 1936 en su art. 2º, por tener un interés serio y legítimo para la reclamación; que, "en síntesis, se interpretó erróneamente la demanda y se omitió el estudio de las pruebas que obran en el juicio, individualizadas en este examen, al darlas por inexistentes, cometiéndose así errores de hecho".

La Corte considera:

Es indiscutible verdad jurídica que, disuelta la sociedad conyugal por muerte del marido, entre otros casos, puede la mujer demandar la nulidad de las donaciones de bienes sociales hechas por aquél aún en beneficio de legitimarios, cuando se efectuaron sin sujeción a lo dispuesto en el

art. 1.458 del C. Civil, pues en el evento, de haberse ajustado a esta norma, surge para el cónyuge donante la obligación de pagar a la sociedad su valor, con excepción de las que expresamente consagra la ley (art. 1.798 del C. Civil).

Por tanto, no se discute hoy el derecho que tiene la mujer para demandar aquella nulidad.

No obstante lo anterior, anota la Corte que es vana la denunciada violación de la ley sustancial consistente en el quebranto de disposiciones que solamente erigen las nulidades o conceden la facultad de demandar los actos ó contratos nulos, como son los artículos 1.458, 1.740 y 1.741 del C. Civil y 2º de la Ley 50 de 1936, sin denunciar, al mismo tiempo y combinadas con aquellos, las normas que tutelan los derechos que tiene la recurrente como socia de la comunidad conyugal ó como consorte del donante difunto, pues aunque los preceptos citados son de linaje sustancial, ni individualmente ni combinados entre sí forman proposición jurídica completa, ya que ninguno de ellos otorga derechos subietivos al cónyuge sobreviviente en su calidad de tal, y de manera que su violación haga visible el interés que debe tener quien demanda la nulidad del acto ó contrato, según lo dispone el art. 2º de la Ley 50 de 1936.

Exceptuando a los agentes del Ministerio Público, esta norma exige a quien pretenda demandar una nulidad absoluta, que demuestre su interés jurídico en esa declaración, lo cual indica que, en el recurso extraordinario, precisase denunciar la infracción de normas sustanciales que tutelan el predicho interés del recurrente.

Agrégase a lo anterior que los artículos 1.008, 1.011, 1.019 y 1.155 del C. Civil y el 85 de la Ley 153 de 1887 cuyo quebranto se denuncia, ningún derecho subjetivo conceden a la cónyuge, pues respectivamente, dicen relación al título en que se puede suceder a una persona, a las herencias y legados y a sus titulares, a los requisitos que informan la capacidad para suceder, a que

todo asignatario a título universal es heredero y representa la persona del testador, y, en fin, a las personas que son llamadas a la sucesión intestada.

Lo expuesto es suficiente para concluir que tampoco prospera este último cargo.

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de quince (15) de noviembre de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida por el extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de Gua-

teque dentro del juicio ordinario que promovió Ana Silvia Monroy viuda de Mora contra Julio Roberto, Obdulia del Carmen, Margarita, Ana Silvia y Siervo Custodio Mora Monroy.

No hay lugar a condenación en costas, pues el recurso permitió hacer una rectificación jurisprudencial.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja a cuya jurisdicción fué adscrito al municipio de Pachavita, que antes formaba parte del extinguido Tribunal que profirió la sentencia recurrida.



REIVINDICACION

LEGITIMACION EN LA CAUSA. - No constituye presupuesto procesal, ni su ausencia vicio de nulidad de la actuación, ni induce a fallo inhibitorio.
El artículo 762 del C. C. no es norma sustancial.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. — Bogotá, ocho de octubre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediell Angel).

(Aprobación: Acta número 87 de 7 de octubre de 1970).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 11 de febrero de 1965, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el juicio ordinario de mutua petición adelantado por Roxana Castilla Oliver frente a Tomás Colombo Paternina.

EL LITIGIO

Ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, Roxana Castilla Oliver demandó a Tomás Colombo Paternina a efecto de que se le condenase a restituírle la casa distinguida con el número 69-129 de la carrera 38 de ese Municipio, construída en el lote 9 A de la manzana 42 de la urbanización "Olaya Herrera" o "Las Delicias", debidamente especificada, junto con los frutos naturales y civiles.

En la causa petendi de la demanda afirma la actora, como fundamento de su pretensión, que mediante documento suscrito el 21 de octubre de 1955, la propietaria de la urbanización mencionada prometió venderle el lote 9 A de la manzana 42, cuyo precio no ha terminado de pagar; que con sus propios recursos y previa autorización

de la compañía urbanizadora, comenzó a edificar la casa materia de la demanda; que mediante la escritura 2.339 de octubre 20 de 1960, otorgada en la Notaría 3ª de Barranquilla, protocolizó las declaraciones sobre construcción rendidas por Eduardo Castillo y Oscar Rosales; que en esa casa convivió extramatrimonialmente con el demandado Colombo Paternina hasta cuando por causa de constantes reyertas domésticas hubo de separarse de él; que desde entonces el demandado ha venido poseyendo la casa y se ha negado a entregarla a la demandante, alegando ser su dueño.

El demandado negó ser ciertos los hechos en la forma como se hallan redactados, y propuso, a su vez, demanda de reconvencción contra Roxana Castilla de Oliver a intento de que se declarase que el referido contrato de promesa de venta realmente fué celebrado por él y no por Roxana; que del precio del lote mencionado, convenido en \$ 4.051.40, ha pagado el reconveniente la cantidad de \$ 1.540.00; que ha cancelado a la Urbanización las cuotas subsiguientes, y que en consecuencia, la escritura de venta ha de serle otorgada a él.

Afirma el reconveniente, como fundamento de su demanda, que fue él quien acordó con la Urbanización Olaya Herrera las bases del contrato de promesa de venta del lote de terreno a que se ha hecho referencia; que le entregó a Roxana Castilla la cantidad de \$ 400.00 para que contratara a nombre de él la compra del solar; que Roxana suscribió la promesa de venta en su propio nombre, so pretexto de que así se lo había aconsejado el administrador de

la Urbanización en razón de que no había llevado la cédula de ciudadanía de Tomás, que ha venido pagando las respectivas cuotas de amortización, y que está dispuesto a pagar el saldo pendiente.

La contrademandada negó uno de los hechos de la demanda de reconvención, y manifestó no constarle otros.

Trabada así la litis, el Juzgado la desató en sentencia de 24 de enero de 1964, en la cual acogió las peticiones de la demanda principal y negó las de la de reconvención. Apelada esta decisión por la parte vencida, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla la confirmó mediante el fallo que es materia del presente recurso de casación.

LA MOTIVACION DE LA SENTENCIA ACUSADA

Luégo de advertir el Tribunal que en este juicio se da una modalidad *sui generis* de reivindicación, "habida la circunstancia que el solar sobre el cual se construyó la mejora es todavía de propiedad de la Urbanización Olaya Herrera, de modo que la litis se limita a las dos partes que alegan la construcción de la mejora, quedando a salvo el derecho del dueño del terreno", entra a examinar el acervo probatorio para concluir, de acuerdo con él, que "no existe razón legal que permita tener al señor Tomás Colombo Paternina como dueño de la mejora o construcción que disputa a la demandante", y que, por el contrario, "sí existen elementos de juicio suficientes para declarar el derecho en favor de la reivindicante, toda vez que están demostrados los elementos integrantes de la acción propuesta".

Encuentra que el derecho de la demandante se halla acreditado con el contrato de promesa que pactó con la Urbanización Olaya Herrera, en cuya cláusula cuarta se le autorizó para emprender la construcción; con la escritura 2.338, de 20 de octubre de 1960, otorgada en la Notaría 3ª de Barranquilla, mediante la cual se protocolizaron las declaraciones sobre propiedad

de esa construcción, rendidas por Eduardo Castillo y Oscar Rosales; y con los documentos aportados para demostrar que fue ella quien solicitó y obtuvo la licencia de construcción, y quien cumplió los demás requisitos que se exigen para iniciar y adelantar una construcción.

Se refiere luégo a las pruebas del demandado en los siguientes términos: "Para contrarrestar el derecho alegado por el demandante, y en favor de sus peticiones totalmente opuestas, el demandado también presentó una escritura contentiva de declaraciones de testigos para establecer que la construcción fue levantada por él. Con tal documento cabé observar que es muy posterior al exhibido por la demandante. También es oportuno anotar que, con él no se ha probado nada que se relacione con la construcción cuya reivindicación demanda la señora Castilla Oliver, porque en ella se dice que esa construcción se llevó a cabo en un solar, "... situado en la banda sur de la carrera 38, entre calles 68-B y 69-B..." siendo así que el bien individualizado en la demanda y confirmado por medio de la inspección ocular verificada por el Juez de la causa, determinan que la construcción levantada se encuentra en la carrera 38, entre calles 69 y 69 B, distinguida con el número 69-129. Por otra parte, según el contrato que dice el demandado haber celebrado con el señor Luis Alberto Olivares, en éste, se dice que el solar está ubicado en la carrera 37 entre las calles 68 B y 69 B. Con tales discrepancias, así como que en atención a la fecha legal de su validez para oponerlo a terceros, no es posible anteponerlo como prueba evidente de derecho a la documentación exhibida por la demandante".

Agrega que las pruebas aportadas en segunda instancia no afectan el derecho de la demandante, pues, las posiciones absueltas por ella en nada favorecen al demandado; que la declaración de Luis Alberto Olivares "no aporta nada nuevo a las manifestaciones que antes hizo en otros testimonios"; que no está demostrado que la cantidad que recibió el demandado, según carta que fue traducida, hubiera sido in-

vertida en la citada construcción; y que el testigo Demetrio Barranco Orozco, después de declarar conforme a las peticiones del demandado, manifiesta que recibió "dinero de ambos, tanto de Colombo como de la señora Roxana".

Dice, finalmente, que aunque en el proceso no obran títulos de propiedad, de la confrontación de las declaraciones sobre construcción que fueron protocolizadas y de las demás pruebas aportadas por las partes, se concluye "que no existe razón legal que permita tener al señor Tomás Colombo Paternina como dueño de la mejora o construcción que disputa a la demandante y, a la inversa, sí existen elementos de juicio suficientes para declarar el derecho en favor de la reivindicante, toda vez que están demostrados los elementos integrantes de la acción propuesta, es decir, cosa singular reivindicable; identidad entre la cosa perseguida por el actor y la poseída por el demandado; posesión material por parte del mismo demandado; y el derecho a la propiedad que existe a la demandante". Y que como no existe prueba que acredite que fue el demandado quien celebró con la Urbanización Olaya Herrera el contrato de promesa, y antes bien "todas las allegadas ratifican que fué la demandante quien celebró y cumplió dicho contrato", no se puede acceder a las peticiones de la demanda de reconvención.

LA DEMANDA DE CASACION

Tres son los cargos que en ella se formulan contra la sentencia de segundo grado, correspondientes a las causales primera, segunda y cuarta del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, respectivamente, los cuales se examinan en orden inverso al propuesto por exigirlo así el despacho lógico de los mismos.

Cargo tercero. Alégase en él la existencia de la segunda de las causales de nulidad que consagra el artículo 448 del C. J., o sea "la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante", y hácesela consistir, de una parte, en que el

poder conferido por la demandante a su abogado y con el cual se promovió la demanda de reivindicación "adolece de vicios legales que lo colocaron en el clásico caso de ejercitar un poder mal conferido"; y de otra, en que "la demandante no pudo probar su calidad de persona hábil para comparecer en juicio, mediante su plena identificación de ser mujer mayor de edad y ser propietaria de la cosa singular que hubiera podido intentar reivindicar", lo cual engendra, al decir del censor, "una deleznable personalidad que no llega a constituir con precisión y nitidez lo que se llama en derecho, personería sustantiva en el demandante".

SE CONSIDERA:

1. Reiteradamente ha dicho la Corte que las causales de nulidad por ilegitimidad de personería y por falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas a juicio, sólo pueden ser invocadas en las instancias y en el recurso de casación por la persona que estuvo indebidamente representada o no fue citada o emplazada en legal forma, puesto que habiéndose establecido tales causales en favor exclusivo de dichas personas, sólo en ellas radica el interés para alegarlas. Así se infiere del contexto de los artículos 455 y 457 del C. J.

2. Como, según el recurso, es la demandante la persona que habría estado indebidamente representada en el juicio, era ella y no el demandado quien podía invocar la mencionada causal de nulidad. Síguese, por tanto, que el cargo debe desecharse por carecer el recurrente de interés jurídico para formularlo.

3. La personería sustantiva o, para hablar con mayor propiedad, la legitimación en la causa, no mira a una cuestión meramente ritual, sino que constituye uno de los requisitos que han de concurrir en el proceso para que el demandante obtenga sentencia favorable a su pretensión. Consiste, según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, en "la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la

ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)". (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185). Exige, en otros términos, que el demandante sea el titular del derecho que reclama y que el demandado sea la persona frente a la cual ese derecho puede ser reclamado. No constituye un presupuesto procesal, y, por consiguiente, la falta de legitimatio ad causam del demandante o del demandado no vicia de nulidad la actuación ni induce a un fallo inhibitorio, sino que trae como consecuencia la desestimación de la demanda y consiguiente absolución del demandado.

Síguese de lo dicho que es frustráneo el cargo que se propone por la causal cuarta cuando, como en el presente caso, se alega como fundamento del mismo la falta de personería sustantiva o legitimación en causa de alguna de las partes, puesto que ese hecho no está erigido por el artículo 448 del C. J. en causal de nulidad.

Cargo segundo. La falta de consonancia del fallo de segundo grado con las pretensiones deducidas en la demanda principal, hácese consistir en que la demandante impetró la reivindicación de la casa determinada en el libelo, junto con el solar en que se halla construida, y el sentenciador "resuelve conceder a la demandante un derecho vinculado a una edificación simplemente".

Se considera:

1. Adviértese, en primer término, que el demandado carece de interés jurídico para impugnar la sentencia del ad-quem con fundamento en que en ella se le concedió a la demandante menos de lo que pedía. "Es vano el cargo por inconsonancia—ha dicho la Corte— cuando aunque la sentencia no esté acorde con las pretensiones deducidas por la parte demandante, quien invoca la causal segunda por tal motivo no es esta parte sino el demandado, a quien no perjudica esa inconsonancia" (LXXIX, 855; LXXXIV, 400).

2. Y en segundo lugar que la censura es infundada, puesto que en la demanda se pide tan sólo la restitución de "una casa de paredes de ladrillo pegados, con mezcla de cemento y techos de tejas, en el lote de terreno marcado con el número nueve A (9 A) de la manzana número 42 de la Urbanización Olaya Herrera o Las Delicias, lote de terreno que está situado en esta ciudad, en la acera sur de la carrera 38, entre calles 69 y 69 B., casa que está marcada en su puerta de entrada con el número 69-129..."; y en la sentencia se condenó al demandado a restituir a la demandante "la edificación situada en esta ciudad en la acera sur de la carrera 38, marcada en su puerta de entrada con el número 69-129". No se pidió la restitución del lote de terreno sino de la casa únicamente y por lo mismo, al decretar el sentenciador la entrega de aquella, lo hizo en consonancia con la pretensión de la actora.

Se rechaza la acusación.

Cargo primero. Denúnciase en él violación del artículo 762 del C. C. "en forma directa, por apreciación errónea de las pruebas y en virtud de un error de hecho al hacer el examen de las mismas".

Al desarrollarlo expresa el censor que "el error de apreciación que aparece primero en las pruebas se marca en la ubicación del lote donde fueron construidas, con dineros de mi poderdante, las mejoras que el Tribunal ha ordenado le sean entregadas a la demandante"; que el sentenciador encontró una discrepancia entre la nomenclatura del lote de terreno a que alude la demanda y la que figura en el contrato de construcción de mejoras celebrado con Luis Alberto Olivares, porque no tuvo en cuenta que esta última era la que existía al tiempo de la celebración del contrato, la cual fue modificada posteriormente, tal como lo dicen los testigos Luis Alberto Olivares, Raúl Barreto y Osman Enrique de la Hoz, aclaración que el Tribunal no apreció; que según tales declarantes, "la casa que se distingue en la carrera 38 con el número 69-129, antiguamente esa misma carrera se distinguió con el número 37 y las calles li-

mitantes de la cuadra fueron determinadas con los números 68 B y 69 B, acabadas de citár, se convirtieron posteriormente en las 69 y 69 C; y que es la ubicación dada por la demandante en su libelo la que discrepa con la verdadera que se estableció en la diligencia de inspección ocular, diligencia ésta que el sentenciador olvidó.

Dice luego que el Tribunal incurrió en otro grave error al atribuirle "a la fecha de protocolización de las declaraciones extrajuicio de Eduardo Castillo y Oscar Rosales, un valor probatorio no residente en tal fecha, sino en el contenido de los testimonios y en la forma como ellos hubieran sido aportados al proceso"; que también erró gravemente al darle valor al testimonio de Castillo sin que hubiera sido ratificado, y al de Rosales por tratarse del dicho de un solo testigo; que subestimó el valor probatorio de los testimonios de Alberto Olivares, Raúl Barreto y Osman Enrique de la Hoz, aportados por el demandado para demostrar la posesión que tiene de las mejoras, "al punto de no haberlas considerado siquiera"; y que otras pruebas que tampoco consideró fueron los vales y comprobantes de pago que el demandado hizo firmar a los trabajadores que levantaron las mejoras y que fueron reconocidos en el juicio, y los documentos oficiales aportados al proceso "para demostrar los lugares donde él trabajó y de donde sacó el dinero con el cual pudo construir aquellas mejoras".

SE CONSIDERA:

1. Tiene dicho la Corte que todo cargo que se formule en casación con base en la causal primera, ha de fundarse inexcusablemente en la violación de ley sustancial, bien sea por falta de aplicación, por interpretación errónea o por indebida aplicación, pues así lo exige en forma testificante el artículo 52 del Decreto 528 de 1964, en su numeral primero. Son leyes sustanciales las que frente a un supuesto de hecho previsto en las mismas, consagran derechos a favor de los asociados y les imponen obligaciones, o como lo ha dicho esta Corporación en reciente fallo, "las que

en presencia de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas entre las partes". Siendo entendido, desde luego, que cuando una determinada relación jurídica se halla gobernada no por un precepto único, sino por varios que se complementan entre sí, para que la acusación sea cabal es indispensable que comprenda todos y cada uno de ellos, pues sólo así quedaría estructurada la proposición jurídica completa.

2. Acontece que el artículo 762 del C. C., única disposición que el recurrente cita como infringida por el Tribunal, no es norma sustancial, pues en su primer inciso se limita a definir la posesión, y en el segundo a consagrar la presunción de que "el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo", pero sin crear, modificar o extinguir derechos ni obligaciones. En tales condiciones, dado que el precepto que se denuncia como violado no reviste el carácter de ley sustancial, la censura resulta vana.

3. Aunque la anterior consideración basta para rechazar el cargo, a mayor abundamiento observa la Corte lo siguiente:

El Tribunal, según se dejó visto, encontró demostrados en el proceso los elementos integrantes de la acción propuesta, que según él fue la reivindicatoria, si lo que buscaba el recurrente era la infirmación de la sentencia estimatoria de la pretensión de la demandante, ha debido dirigir su ataque contra las bases en que la decisión descansa, y formular consiguientemente su acusación por aplicación indebida de las normas reguladoras del derecho reconocido por el sentenciador. No procedió así el impugnante, pues se limitó a atacar el fallo del ad-quem por considerarlo violatorio del artículo 762 del C. C., por falta de aplicación, sin referir en manera alguna el cargo a la indebida aplicación que habría hecho el Tribunal de los preceptos referentes a la reivindicación decretada. Mientras la aplicación que hizo el sentenciador de tales preceptos siga amparada por la presunción de acierto que cobija la totalidad del fallo, la censura que contrae su ataque a uno

solo de ellos resulta ineficaz para lograr la casación del mismo.

4. Esta deficiente formulación del cargo, consistente en no haber estructurado la indispensable proposición jurídica completa, hace inane la acusación, puesto que aún en el caso de que el sentenciador hubiera incurrido en los errores de apreciación probatoria que le imputa la censura, tales errores por sí solos son irrelevantes, y únicamente adquieren entidad en casación en cuanto incidan en el quebranto de ley sustancial. Quebranto que en el caso que se examina habría tenido necesariamente que comprender los varios preceptos en que se fundó la sentencia recurrida, para que pudiera ser infirmada, y no el 762 del C. C. a que el recurrente contrajo su censura.

5. Reiterada ha sido la doctrina de la Corte en el particular:

"Cuando el derecho tutelado por normas de esa clase (sustanciales) deriva no de una sola de ellas sino de la combinación de varias, es decir, cuando únicamente a base de la conjunción de éstas se estructura una proposición jurídica completa, la acusación por la causal primera exige necesariamente que el recurrente indique como infringidas todas esas normas" (CXXIX, 66).

"Cuando la situación jurídica definida por la sentencia del ad-quem dependa, no

de un solo precepto, sino de varios que se combinen entre sí, la acusación para ser cabal, tiene que versar sobre todos y cada uno de ellos en la forma prenotada, invistiendo así el carácter de una proposición jurídica completa (Ibidem 71 y 90).

Se rechaza el cargo.

RESOLUCION:

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 once (11) de febrero de mil novecientos sesenta y cinco (1965), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio ordinario seguido por Roxana Castilla Oliver contra Tomás Colombo Paternina.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Ernesto Cediel Angel, Ernesto Blanco Cabrera, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alfonso Peláez Ocampo y Ricardo Uribe Holguín.

Heriberto Caycedo M., Secretario.



REIVINDICACION

El título de adjudicación de un terreno baldío, no es prueba de que efectivamente tenga esa calidad. La afirmación que allí se haga de que el terreno es baldío, no es oponible a terceros.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado según Acta número).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que el 23 de agosto de 1967 pronunció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barrancabermeja en el juicio ordinario que contra Alfredo Rodríguez adelantó el Hospital de San Juan de Dios.

EL LITIGIO:

Ante el Juez del Circuito de Barrancabermeja, el Hospital apuntado demandó, en juicio ordinario de mayor cuantía, a Alfredo Rodríguez para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª Que el Hospital de Caridad de "San Juan de Dios", del Municipio de San Vicente, es quien tiene mejor derecho para poseer, como dueño, el lote de terreno ubicado en el Barrio Colombia de la ciudad de Barrancabermeja, de veinte metros de frente por treinta metros de fondo, comprendido entre los siguientes linderos: "por el Sur, con la carretera que conducía a Infantas, hoy calle novena; por el Oriente, carrera 17 en medio, con bienes que antes eran de Ardila & García y hoy son de Víctor Jiménez; por el Norte, con propiedades de Sierra Támara antes, hoy del de

mandado Alfredo Rodríguez y por el Occidente con Laura Restrepo".

"2ª Que, en consecuencia, dentro del término que la sentencia señale, el demandado Alfredo Rodríguez está obligado a restituir en favor de la entidad demandante el lote descrito en el numeral anterior, junto con los frutos civiles que el bien produzca hasta el día de la entrega.

"3ª Que el demandado debe pagar las costas que se ocasionen en el caso de oponerse a la demanda".

La causa petendi se hizo consistir en los siguientes hechos:

"PRIMERO. El Hospital de Caridad, llamado hoy "de San Juan de Dios", del municipio de San Vicente (Santander) es una corporación de beneficencia, organizada desde hace mucho tiempo de acuerdo con las disposiciones del libro I del C. C.

"SEGUNDO. Con motivo de haber adoptado el nombre que hoy tiene aprobó unos nuevos estatutos, que prevén las necesidades modernas mediante el Acuerdo número 4 de 1959, Acuerdo este que fué aprobado por el Ministerio de Salud Pública mediante la Resolución número 150 de 1959 (diciembre 12).

"TERCERO. La Junta Directiva del Hospital antes mencionado designó como Síndico-Tesorero de la Corporación al señor Luis José Vega, quien tomó la debida posesión de su cargo ante la Alcaldía de San

Vicente el primero de octubre del presente año, día desde el cual se encuentra en ejercicio de su cargo.

“CUARTO. El señor Luis José Vega, como representante legal de la corporación citada, en su condición de Síndico-Tesorero del Hospital de Caridad de San Juan de Dios, del Municipio de San Vicente (Santander), me dió poder para ejercer la acción a que se contrae esta demanda.

“QUINTO. Mediante la escritura pública N° 199 de 9 de mayo de 1934, otorgada en la Notaría de San Vicente, y debidamente registrada en las registraturas de Zapatoca y de Barrancabermeja, el señor Angel María Corzo, a título de compraventa, transfirió al Hospital de Caridad, hoy llamado de “San Juan de Dios”, del Municipio de San Vicente, representado entonces por el Síndico, señor Domingo Orejarena R., el derecho de dominio sobre un solar o lote de terreno que mide 20 metros de frente por 30 metros de fondo ubicado en el Barrio Colombia de la ciudad de Barrancabermeja, comprendido entre los siguientes linderos: “por el Sur, con la carretera que conduce a Infantas; por el Oriente, calle por medio, con propiedades de Ardila & García; por el Norte, con propiedades de Sierra Támara Hermanos y por el Occidente con Laura Restrepo”.

“SEXTO. El lote anteriormente determinado, en virtud de los cambios de nomenclatura urbana que ha tenido la ciudad, debe identificarse así: “por el Sur, con la carretera que conducía a Infantas, hoy calle novena; por el Oriente, carrera diez y siete al medio, con bienes de Ardila & García antes, y hoy de Víctor Jiménez; por el Norte, con propiedades de Sierra Támara Hermanos antes, hoy de Alfredo Rodríguez y por el Occidente con Laura Restrepo”.

“SEPTIMO. El Hospital de Caridad de San Juan de Dios estuvo ejerciendo posesión pública y pacífica sobre el mencionado lote de terreno desde el día de su adquisición, mediante arrendatarios.

“OCTAVO. Hace aproximadamente unos

cinco años perdió la posesión del lote descrito en los hechos anteriores, posesión esta que ejerce el demandado señor Alfredo Rodríguez”.

Con oposición de éste tramitose la primera instancia que terminó con sentencia pronunciada el 15 de marzo de 1967 por el Juzgado Primero Civil Municipal de Barrancabermeja, en la que se dispuso:

“1º Declarar que es el Hospital de Caridad de “San Juan de Dios”, del municipio de San Vicente (Santander), cuyas otras denominaciones constan de autos, quien tiene mejor derecho para poseer, como dueño, el lote de terreno ubicado en el Barrio Colombia de la ciudad de Barrancabermeja (Santander), de veinte (20) metros de frente por treinta (30) metros de fondo, comprendido entre los siguientes linderos: “Por el Sur, con la carretera que conducía a Infantas, hoy calle novena, carrera 16 al medio, con bienes que antes eran de Ardila & García y hoy son de Víctor Jiménez; por el Norte, con propiedades de Sierra Támara antes, hoy del demandado Alfredo Rodríguez, y por el Occidente con Laura Restrepo”.

“2º Que, en consecuencia, dentro del término de seis (6) días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, el demandado Alfredo Rodríguez está obligado a restituir en favor de la entidad demandante el lote descrito en el numeral anterior, junto con los frutos civiles que el bien produzca hasta el día de la entrega.

“3º Decláranse no probadas las excepciones propuestas en este juicio, y,

“4º Condénase en costas a la parte demandada”.

Por apelación que, contra la citada providencia, interpuso la parte demandada, conoció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barrancabermeja, el cual, al desatar la segunda instancia, por medio del fallo que profirió el 23 de agosto de 1967, revocó la sentencia apelada y en su lugar resolvió absolver al demandado.

Contra esta providencia del Tribunal, la parte demandante interpuso el recurso de casación.

FUNDAMENTOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Después de transcribir las peticiones de la demanda y los fundamentos fácticos de ésta, y luego de indicar que la sentencia de primer grado fué estimatoria, entra el sentenciador en el estudio de los presupuestos procesales para concluir que están acreditados.

Pasa, entonces, el Tribunal a señalar cuáles son los elementos axiológicos de la acción de dominio y dice que, en primer término, se procederá a "definir si el demandante es dueño de la cosa y si tiene acción para pedir". Encuentra que éste sólo aportó al juicio, como título de su derecho, la escritura N° 199, corrida ante el Notario de San Vicente (Santander) el 9 de mayo de 1934, debidamente registrada, contentiva del contrato de compraventa que, sobre el inmueble que se reivindica, celebraron Angel María Corzo y el Hospital de San Juan de Dios, antes Hospital de la Caridad. Que, no obstante que en el certificado de libertad, por éste aportado, se indican otros títulos de dominio hasta 1924, el demandante sólo adujo el que antes se especificó. Que "los títulos no se suplen con el certificado del Registrador de I.I.P.P.", pues éste sirve para demostrar la inscripción de aquellos, mas no prueban el título mismo. Que "en la certificación aludida no consta que sobre el solar se hubiere ventilado adjudicación por parte del Estado a favor de persona alguna, lo que hace suponer que en el momento de aquella venta y de las demás que sobre el citado solar se efectuaron, éste era simple baldío, situación que es perfectamente inoponible a un título de adjudicación expedido por el Estado, así sea este posterior a la adquisición que del baldío hiciera el demandante; por la sencilla razón de que el único propietario del baldío es el Estado y la venta que de un terreno se haga en tales condiciones, recae sobre cosa ajena, exceptuadas naturalmente las presunciones que sobre fundos rurales

consagra la Ley 200 de 1936; "por consiguiente, en un contrato de venta de un baldío, el tradente no puede ceder más derechos que los que él tenga, en todo caso distintos al de propiedad del suelo". Que habiéndose opuesto al título del demandante uno de adjudicación del Estado, a aquél le quedaban dos caminos: "comprobar que existía una adjudicación anterior a la del demandado y que por consiguiente era titular de un auténtico derecho de dominio sobre el inmueble, o que había ejercido sobre el referido predio una posesión tan constante y definida que constituyera realmente mejor derecho que la adjudicación presentada". Que como los baldíos son propiedad del Estado y no son prescriptibles, quienes los posean no pueden tenerlos como dueños verdaderos y, por tanto, carecen de acción para reivindicarlos, a menos que se trate de las presunciones establecidas en la Ley 200 de 1936.

Entra luego el sentenciador a resumir su argumentación y dice que "el demandante finca el derecho invocado sobre el solar en el hecho escueto de que sobre él se le hubiera otorgado escritura de venta", pero que ese título, no obstante ser anterior al del demandado, no puede oponerse al de éste, porque "tal inmueble (a la fecha en que fué enajenado al demandante) tenía el simple carácter de baldío", circunstancia que impedía al citado Hospital ganarlo por prescripción, porque este modo no es alegable contra el Estado.

De todo lo anterior concluye el Tribunal que el demandante "no es dueño del inmueble materia de la demanda y por consiguiente carece de la acción reivindicatoria, circunstancia que por otra parte releva de entrar en consideraciones sobre los demás aspectos de la acción propuesta".

EL RECURSO

Seis cargos se formulan en la demanda de casación contra la sentencia recurrida, de los cuales la Corte sólo entrará a despachar el tercero por encontrarlo fundado, razón que la releva del estudio de los demás (art. 538 del C. Judicial).

Invocando el motivo primero de casación consagrado en el artículo 52 del Decreto 528 de 1964, el censor denuncia error de derecho consistente en la violación de los artículos 630 y 636 del C. Judicial, al no haber concedido valor de prueba del dominio a la escritura número 199 pasada ante el Notario del Municipio de San Vicente (Santander) el 9 de mayo de 1934 y debidamente registrada, violación medio que condujo al sentenciador al quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los artículos "669, 679, 673, 756, 759, 762, 764 y 946 del Código Civil".

Que el Tribunal, partiendo de que, por medio de la Resolución 647 expedida por el Ministerio de la Economía Nacional el 9 de noviembre de 1943, se le adjudicó a María Forero de Patiño un lote de terreno en el que está comprendido el inmueble litigado, había deducido que ese bien, en el tiempo anterior a la adjudicación, era baldío y que, por tanto, al momento de otorgarse la escritura de enajenación al Hospital (año de 1934), tenía la calidad dicha, circunstancia que lo hacía inenajenable e imprescriptible al tenor de los artículos 60 y 61 del Código Fiscal. Que con esta conclusión se violó el artículo 47 del mismo Código, pues el Estado no garantiza la calidad de baldíos en los terrenos que adjudica, y las adjudicaciones se hacen sin perjuicio del derecho de terceros, como lo dispone la norma citada y como expresamente está dicho en la misma resolución que sirvió al Tribunal para sacar la conclusión que se ataca. Que, entonces, el sentenciador dedujo que el título presentado por el demandante no servía como prueba del dominio, pues había sido otorgado en fecha anterior a la de la Resolución Ministerial citada. Que la calidad de baldío no es materia propia del juicio reivindicatorio entre particulares, sino en el proceso en que éstos se enfrentan al Estado.

Y, concluye el censor diciendo que cuando el Tribunal, con violación de los artículos 630 y 636 del C. J. omitió conceder a la escritura pública número 199 pasada el 9 de mayo de 1934 ante el Notario de San Vicente (S.) el valor de prueba del dominio

del demandante, cometió error de derecho que lo indujo a la violación, por falta de aplicación, del art. 946 del C. Civil.

La Corte considera

I. Es indiscutible que la escritura pública que el demandante presentó como prueba del dominio, es anterior a los títulos presentados por el demandado, pues aquella se otorgó en mayo de 1934 y, en cambio, el más antiguo de los aportados por éste, constituido por la Resolución Ministerial a que arriba se hizo referencia, remóntase apenas al mes de noviembre de 1943. El demandante, entonces, opone a su adversario un título que le precede en 9 años.

La posesión alegada por el demandado tampoco es anterior a la fecha del título presentado por el Hospital demandante. De consiguiente, la escritura pública de adquisición, aducida por éste en apoyo de sus pretensiones, también es más antigua que la posesión del adversario.

II. En principio el derecho de dominio sobre bienes raíces se prueba con la copia, debidamente registrada, del respectivo título de propiedad, sin que siempre sea necesario, como repetidamente lo ha dicho la Corte, que también se presente la prueba del dominio del antecesor y así sucesivamente en cadena hasta el infinito, lo que determinaría la probatio diabólica, repelida por la doctrina y la jurisprudencia como atentatoria de la seguridad jurídica y de la economía procesal. Pero cuando se pretende reivindicar el bien que el demandado posee, el actor prueba su derecho si aduce un título anterior al del demandado o a la posesión de éste, pues en tal evento, la litis tiene por objeto definir cuál de los contendientes tiene un mejor derecho en la cosa.

La prueba del dominio es por tanto relativa.

Así, si el demandado aporta un título más antiguo que el aducido por su adversario, ó demuestra una posesión anterior al título de éste, entonces, el demandante debe

probar titulación más antigua que la posesión de su opositor ó que los títulos de éste, pues, de otro modo, es vencido.

La regla anterior opera siempre que el poseedor demandado no demuestre una prescripción adquisitiva a su favor, pues, en este evento, la usucapión tiene virtud de enervar el derecho del demandante, no obstante que los títulos que éste presente sean anteriores al momento en que aquel empezó a prescribir.

III. La acción de dominio no es privativa del dueño que perdió la posesión, como lo ha insinuado el demandado, pues la ley solamente le exige que no esté en posesión del bien sobre el que alega derecho de propiedad, como despréndese de la norma que define la reivindicación.

Sobre el particular, la Corte, en sentencia de 27 de enero de 1966, dijo: "... el artículo 946 del C. Civil que define la acción reivindicatoria, no exige como requisito de ella que el dueño haya perdido la posesión de la cosa, sino simplemente que no esté en posesión de ella, de modo que bien puede ejercerla el que haya adquirido el dominio del bien que se encuentra en manos de un tercer poseedor, o contra el que se la ha arrebatado y se ha convertido en un poseedor útil". (G. J. CXV, 2.280, página 53). Y agrega que la acción de entrega que regula el artículo 887 del C. Judicial, sólo se puede ejercer contra el tradente que retiene, mas no contra un tercero que no deriva su derecho de aquél.

IV. El título que contiene la adjudicación de un terreno como baldío, no es prueba de que efectivamente tenga esa calidad. La indicación que se hace en las citadas adjudicaciones de que el terreno es baldío, es afirmación que no puede oponerse a terceros y que, de otro lado, no conlleva a la demostración de aquella calidad misma, como lo dispone el artículo 47 de la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal), que es del siguiente tenor:

"El Estado no garantiza la calidad de baldíos de los terrenos que adjudica y, por

consiguiente, no está sujeto al saneamiento de la propiedad que transfiere en las adjudicaciones. Tampoco está obligado al saneamiento si el terreno baldío estuviere destinado al uso público u ocupado por cultivadores o colonos. Las inexactitudes contenidas en las peticiones hechas por los interesados para la adjudicación de baldíos, y las que se contengan en los planos que se levanten, en vista de esas peticiones, sólo perjudican a los peticionarios y a sus causahabientes. La adjudicación en ningún momento perjudica a terceros y deja a salvo los derechos de los cultivadores y colonos".

En la copia de la Resolución número 647 de 9 de noviembre de 1943 referente a la adjudicación de un baldío a María Forero de Patiño, antecesora del demandado en la titulación que presentó, aparece transcrito íntegramente el artículo 47 precitado.

V. El Tribunal consideró, erradamente, como se desprende de lo antes expuesto, que el inmueble litigado, a la fecha en que lo compró el Hospital demandante (mayo 9 de 1934), tenía la calidad de baldío, aseverando que sólo el 9 de noviembre de 1934 fué adjudicado con aquella calidad a la citada María Forero de Patiño, y que, por otra parte, el demandante no había demostrado que, con anterioridad a la fecha de su título, ese inmueble hubiera sido ya adjudicado por el Estado. Apoyado entonces en que el bien litigado era baldío cuando sobre él celebró el Hospital demandante el contrato de compraventa que le sirve de título, concluyó afirmando que, aunque de fecha anterior, la copia de la escritura de compraventa aducida por el reivindicador no podía oponerse a los títulos presentados por el demandado, porque éste adujo entre los suyos un título de adjudicación expedido por el Estado; que, entonces, como aquel título no probaba el dominio del demandante, no habiendo éste demostrado ser dueño, carecía de acción reivindicatoria, que es la concedida al dueño que no está en posesión de la cosa cuya restitución demanda.

Este razonamiento del sentenciador lo

llevó a la comisión de claro error de derecho al desconocer, con quebranto de los artículos 630 y 636 del C. J., el valor probatorio de la escritura pública de compraventa que adujo el demandante, debidamente registrada, que es más antiguo que todos los títulos aportados por el demandado, y anterior al momento en que éste empezó a poseer materialmente. Esta violación medio condujo al Tribunal a la infracción indirecta del art. 946 del C. Civil que da al dueño de una cosa singular de que no está en posesión, el derecho a demandar que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela. Como la acción reivindicatoria exige, entre otros, el requisito de que el demandante pruebe el dominio que alega, y como el sentenciador por el error en que incurrió estimó que aquél no había demostrado ese elemento axiológico de la citada acción, se vió compelido, por fuerza de su propio error, a no aplicar el precepto dicho, que debidamente señaló la censura como dejado de emplear.

Lo anterior determina la prosperidad del cargo y la consecuencial casación de la sentencia impugnada.

FUNDAMENTOS DEL FALLO DE REEMPLAZO

Fuera de los motivos expuestos en las anteriores consideraciones, la Corte, como Tribunal de instancia, encuentra que están reunidos los presupuestos procesales: competencia del Juez, capacidad para ser parte en demandante y opositor, capacidad para comparecer en juicio de estos mismos, y demanda en forma. Estando, por consiguiente, bien constituida la relación procesal es pertinente el pronunciamiento de sentencia de mérito.

Con la copia debidamente registrada de la escritura pública N° 199 tantas veces citada, que contiene el contrato de compraventa que sobre el inmueble litigado celebró el Hospital demandante, quedó probado el derecho de dominio de éste, pues como antes se explicó, la parte demandada adujo títulos que, respecto al demandante, son posteriores, y la posesión que

alega no es más antigua que el título de compraventa del Hospital, ni alcanza, como adelante se verá, a configurar la prescripción invocada.

El opositor, con su propia confesión que es prueba plena de ello, ha aceptado tener la posesión material, extremo este sobre el que las partes ningún reparo han presentado.

Lo que se reivindica es cosa singular, determinada con nitidez en el libelo demandatorio, pues se trata de un cuerpo cierto constituido por un lote de terreno, alinado con precisión y cuyas demás circunstancias que lo dan a conocer y que lo distinguen de otros con que pueda confundirse, fueron bien especificadas.

Sobre la identidad entre el bien raíz que se reivindica y el que posee el contendor, ninguna duda queda, pues así aparece del dictamen pericial y de las conclusiones de la inspección ocular practicada dentro del juicio; además, este otro elemento axiológico de la acción de dominio no ha sido impugnado por el opositor, como sucedió también con el otro requisito de ser el demandado poseedor material de ese lote de terreno.

No aparece demostrada la prescripción que se alega, pues, de una parte, los testigos que afirman posesión material del demandado desde hace más de quince años, no dan la razón de sus dichos, ni deponen sobre los hechos en que hacen consistir esa posesión, y de otro lado, durante la inspección ocular, practicada por el Juez a quo, quedó demostrado que la posesión material que ejercía el demandado cuando se inició este juicio y al momento de practicarse aquella diligencia, se desarrollaba a través de su inquilino Agustín Jaramillo, quien declaró durante la inspección (fs. 9 y Vto. del cuaderno número 3), que sólo desde hace 5 ó 6 años reconoce como señor al demandado, a quien paga arrendamiento únicamente desde aquella época, pues en el tiempo anterior reconoció el dominio del Hospital demandante, cuyo Síndico le había dado en arrendamiento el mismo inmueble.

No hay prueba, en consecuencia, que demuestre la usucapión alegada.

De las excepciones de "falta de derecho para pedir", petición de modo indebido y cosa juzgada, tampoco existe prueba idónea, como se dejó analizado en la sentencia de primer grado.

Obsérvese que el Juez a quo, al enumerar los presupuestos procesales, omite el de demanda en forma y en su lugar coloca la legitimación en causa, que no lo es; aquellos, que son los requisitos previos o indispensables para la formación normal del proceso y para que, en consecuencia, el fallador pueda dirimir la contienda, miran a la debida constitución de la relación jurídico-procesal, en tanto que la legitimación en causa, que consiste en que el demandante ostente la cualidad de titular del derecho subjetivo cuya tutela impetra en la demanda, y en que el demandado tenga la calidad de obligado a ejecutar la prestación correlativa (G. J., CXV, 2.280, pág. 137), es uno de las condiciones de la pretensión, no requeridas para que se forme normalmente la relación jurídico-procesal, sino para asegurar la prosperidad de aquella. Como lo enseña la Corte en el fallo antes aludido, la legitimación en causa es una de las condiciones para que el demandante pueda obtener un pronunciamiento favorable.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA la sentencia del Tribunal Superior del extinguido Distrito Judicial de Barrancabermeja, calendada el 23 de agosto de 1967 y proferida dentro del juicio ordinario que, contra Alfredo Rodríguez, promovió el Hospital de Caridad de "San Juan de Dios" del Municipio de San Vicente (Santander), y en su lugar, actuando ya como Tribunal de instancia, CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Barrancabermeja, que lleva fecha de 15 de marzo de 1967.

Las costas de la segunda instancia quedan a cargo del demandado.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y remítase el expediente al Tribunal Superior de Bucaramanga, pues el de origen fué suprimido.

Ernesto Cediel Angel, Ernesto Blanco Cabrera, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alfonso Peláez Ocampo y Ricardo Uribe Holguín.

Heriberto Caicedo Méndez, Secretario.

FILIACION NATURAL

Los artículos 494 y 473 del C. Judicial, son normas sustanciales. — *Reformatio in pejus*. — Posesión notoria del estado de hijo natural.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. — Bogotá, octubre diecinueve de mil novecientos setenta.

Aprobado según Acta N° noventa de catorce de octubre.

(Redactó el doctor: Alberto Ospina Botero, Abogado Asistente).

Le corresponde a la Corte resolver el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, de fecha diciembre 14 de 1967, en el juicio ordinario de Josefa Becerra Hernández contra José Dolores y Juan Francisco Becerra Mendoza, como herederos del causante Jesús Becerra Rojas.

- I -

- ANTECEDENTES:

A. Ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cúcuta fueron demandados José Dolores y Juan Francisco Becerra Mendoza por Josefa Becerra Hernández, con miras a que esta última fuera declarada hija natural de Jesús Becerra Rojas, ya fallecido, y además, legitimaria de dicho causante, se restituyeran a la herencia los bienes que se encuentren en poder de los demandados, se dejara sin efecto una declaratoria de herencia y se condenara en costas.

B. Los elementos de hecho en que se

hace descansar la anterior pretensión, en resumen, los circunscribe el demandante a los siguientes: Que Josefa Becerra Hernández es hija natural de Jesús Becerra Rojas y Bárbara Lozano, pues el primero de los citados presentó a la demandante como a su hija, ante deudos y amigos, y proveyó a su crianza, sostenimiento y educación, por un tiempo superior a diez (10) años continuos; que ante esas condiciones la actora se encuentra dentro de la causal 5ª del art. 4º de la ley 45 de 1936.

C. El juicio, en la primera instancia, finalizó con resolución de orden inhibitorio, por ausencia del presupuesto procesal de capacidad para ser parte en el demandado.

D. Recurrido el anterior fallo por la parte demandante, el segundo grado culminó con la sentencia de diciembre 14 de 1967, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta y contentiva de una resolución revocatoria de la sentencia apelada, pues en su lugar dispuso absolver a los demandados de las peticiones de la demanda.

E. Inconforme el demandante con la sentencia de segunda instancia, oportunamente propuso el recurso extraordinario de casación, recurso que por estar sustanciado, ha llegado la oportunidad de resolverlo.

- II -

Sentencia impugnada

El Tribunal, luego de relacionar la de-

manda y la contestación a la misma, comienza por expresar que la calidad de heredero no solo se acredita con las partidas o copias de actas de registro pertinentes, sino además con la copia del auto sobre reconocimiento de heredero proferido en el juicio sucesorio, apreciación ésta que lo llevó al análisis de fondo de la pretensión.

Se destaca en el fallo impugnado el estudio de la causal 5ª del artículo 4º de la ley 45 de 1936, referente a la consideración del status de hijo natural por posesión notoria, donde juzga que si bien está probado el tratamiento de padre, no aparece aclarado probatoriamente el requisito de haber durado ese estado diez años continuos, porque la prueba de orden testimonial, documental y de inspección ocular, no exterioriza tal exigencia.

Para llegar a la precedente consideración, se dió a la tarea de analizar cada uno de los testimonios y pruebas restantes, concluyendo con relación al primer medio de prueba, en la forma siguiente:

“En suma: que todos los testigos adolecen de la falla acusada en cuanto a la expresión sobre la calidad del lapso legal referido al tratamiento y a la fama, el que ha de ser por diez años (art. 398 C. C.). No hay un solo testigo que se pronuncie acertadamente sobre tal exigencia y si algunos tratan de referirlo implícitamente, como Fuentes, lo hace al través de la expresión equívoca “siempre” ya analizada, o como Castillo, caracterizando la duración de esos fenómenos según el lapso de permanencia del hogar formado por “Becerra su señora y la niña”, pero sin determinar cuándo empezó esa unión y cuándo terminó, ni cuándo v. gr. por razón de la educación que recibiera en Pamplona la niña, hecho protuberante que debería herir la sensibilidad de los testigos vecinos y amigos, duró tal estado en esa ciudad. Que los demás testimonios no tratan de determinar esa circunstancia legal en cuanto al tratamiento, la olvidan en cuanto a la fama y reputación o la presentan eminentemente defectuosa, como cuando la emiten ya conceptualmente formada. Que apreciando con benevolencia los testimonios de Fuentes y Castillo,

con todo no alcanzan a constituir el **conjunto** de testimonios de que habla el art. 399 del C.C., aplicable tanto como el 398 ibídem a los casos de filiación natural”.

Pasa el Tribunal en seguida al examen de la prueba diferente a la testimonial, sienta la reflexión de que no es suficiente para dar por demostrado en el debate ese estado notorio alegado, pues solo tendría la calidad de prueba complementaria, en el evento de que hubiera prosperado la causal 5ª del art. 4º de la ley 45 de 1936, ya que dicha prueba apenas integra “actos esporádicos de fama y tratamiento que no alcanzan a configurar la posesión del estado...”

- III -

La impugnación:

Acudiendo a la causal primera, el recurrente le formula a la sentencia tres reparos o cargos, de los cuales solo es suficiente analizar el primero, habida consideración de que da base para casar el fallo impugnado.

Primer cargo. Se acusa la sentencia “por violación directa de los artículos 473 y 494 del C. Judicial, que son normas sustantivas”.

En desarrollo de la censura, el recurrente comienza por exponer que si bien el fallo de primer grado fué inhibitorio, el de segundo fue de mérito o de fondo, agravando la situación al único apelante, porque el fallo del Tribunal decidió absolver al demandado, impidiéndole con ello al apelante la posibilidad jurídica de plantear un nuevo debate. Agrega, entonces; el recurrente que el Tribunal quebrantó los artículos 473 y 494 del C. Judicial, arguyendo en la siguiente forma:

“En el caso presente únicamente interpuso recurso de apelación la parte que represento, pues los demandados se conformaron con lo resuelto por el a quo. En esta forma, para el Tribunal había un límite: No desmejorar la situación de mi represen-

tado, que al haber sido vencido transitoriamente, le había quedado abierta la vía para entablar nuevo juicio. El Tribunal incurrió en la figura procesal de la reformatio in pejus, que tiene su base en el art. 494 del C. Judicial que dice: "La apelación se entiende interpuesta solo en lo desfavorable al apelante, y, por tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso, salvo que, a virtud de la reposición, sea preciso hacer modificaciones a esta parte sobre puntos íntimamente relacionados con la otra". Es pues, muy ostensible la forma como el Tribunal empeoró la situación de mi poderdante al cercenarle su derecho de incoar de nuevo la acción, tal como se lo permitía la decisión del Juez de la primera instancia. Claro está que la tesis del a quo es totalmente equivocada; así lo reconoció el Tribunal en fallo; pero ello no le permitía modificar la resolución del inferior en la forma en que lo hizo, porque la parte que represento, como única apelante, tenía derecho a que si su recurso resultaba infructuoso, por lo menos no se removiera la decisión impugnada agravándosele su situación...."

".... Pero además de esta disposición, también resulta violado directamente el art. 473 del C. J.... En efecto, dice la primera parte de esta norma: "La sentencia firme dada en materia contenciosa tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes". Conforme a este art. la sentencia del Tribunal igualmente hace más onerosa la situación de la parte demandante. El fallo inhibitorio no conlleva la cosa juzgada, puesto que la ley permite volver a insistir en la demanda; en cambio, el fallo que acuso al implicar un pronunciamiento de fondo, deja sentadas las bases para la estructuración de la cosa juzgada, que al analizarse, veda el camino de un nuevo juicio, y deja inmutable, en este caso, la absolución".

La Corte considera:

Por cuestiones de orden lógico, como atá-

case la sentencia del Tribunal por infracción directa de ley sustancial, conviene determinar si los artículos 494 y 473 del C. Judicial son normas que asumen o no el carácter indicado por el recurrente.

En forma reiterada ha venido sosteniendo la Corte que el art. 494 del C. Judicial, que contiene el principio prohibitivo de la reformatio in pejus, es de linaje sustancial, porque consagra para el apelante el derecho a que se modifique la sentencia pero únicamente en lo que le sea desfavorable. Y, como antecedentes jurisprudenciales, pueden verse los fallos de julio 17 de 1954; marzo 28 de 1955; julio 25 de 1957; febrero 2 de 1964 y octubre 20 de 1967 aún no publicado.

Lo propio se ha dicho con relación al artículo 473 del C. Judicial, o sea, se ha sostenido que el precepto en mención es eminentemente de carácter sustancial (Cas. Civ. octubre 29 de 1937, XLVI, 205; diciembre 2 de 1943, LVI, 319; febrero 7 de 1964, CVI, 70).

Despejando el anterior interrogante, se tiene que el artículo 494 del C. Judicial enseña que el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante, o sea, que el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto de la alzada o, más exactamente, que no puede modificar lo resuelto por el a quo en todo aquello que le hubiere causado beneficio o provecho al único apelante, porque el superior al revisar solo le compete pronunciarse sobre lo desfavorable o lesivo al recurrente. Claro que este principio general se quiebra o da pié, a manera de excepción, cuando existen aspectos favorables íntimamente ligados a los desfavorables, pues en este evento se encuentra facultado el Juzgador para modificar aquellos con relativa amplitud, porque la misma norma, in fine, lo faculta (art. 494 C. J.); también se exceptúa lo referente a presupuestos procesales, porque aunque estos no sean materia del recurso, el superior se encuentra facultado para estudiarlos.

En sentencia de fecha octubre 20 de

1967, aún no publicada, la Corte se pronunció sobre el aspecto que se viene analizando, en los siguientes términos:

".... Está, pues, prohibido en el procedimiento civil la "reformatio in pejus" o sea la reforma de la decisión apelada con menoscabo de los derechos reconocidos en ella a la parte recurrente.

"Es que entre nosotros se consagra el sistema de la personalidad del recurso, porque el objeto de la apelación lo determinan las partes y, en consecuencia, el asunto es visto por el superior únicamente en la extensión en que ellas lo soliciten. El Juez ad quem sólo puede tener en cuenta lo gravoso de la decisión para el apelante, motivo por el cual si la contraparte no apela a su vez, no le es dado reformarla en lo que favorece al único recurrente.

"Sólo excepcionalmente puede el superior modificar la parte no apelada de una decisión jurisdiccional, cuando por la conexidad íntima de esa parte con la apelada, se hace indispensable introducir modificaciones en la primera".

Aunque en el presente caso el actor fué el único apelante de una resolución inhibitoria, al resolver el recurso de alzada, decidió revocar la sentencia recurrida y absolver a los demandados; de suerte que, en lugar de beneficiar al recurrente, le agravó inequívocamente su situación.

Así las cosas, es evidente que el Tribunal infringió, por falta de aplicación el artículo 494 del C. Judicial. Por consiguiente, prospera el cargo, lo que lleva a la Corte a casar la sentencia de segunda instancia.

- IV -

Sentencia sustitutiva

1. Como ya se notó, el fallo de primer grado contiene una resolución inhibitoria, como consecuencia de que a criterio del Juzgador la calidad de heredero sólo se acredita con las copias de las actas del Registro Civil.

Esta consideración es equivocada, porque dicha calidad puede comprobarse no sólo de ese modo, sino con la copia auténtica del auto de reconocimiento de herederos dictado en el respectivo juicio sucesorio, ya que para hacerlo el Juez debió tener a su consideración las pruebas o elementos de convicción demostrativos de la calidad invocada.

En el litigio obra la prueba adecuada, porque se adujo copia del auto de reconocimiento de herederos de José Dolores y Juan Francisco Becerra Mendoza, proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta, en el juicio sucesorio del causante Jesús Becerra Rojas.

2. Una de las causales a que se puede acudir para obtener la declaración judicial de filiación natural, es la denominada posesión notoria de estado civil, que se conforma por tres elementos: tratamiento, fama y permanencia.

El primero de estos elementos consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; el segundo en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio consideren, en virtud de determinado trato, que una persona figura como hijo natural de otra; y el tercero en que fama y tratamiento se hayan prolongado en el tiempo, cuando menos por diez años continuos, término reducido actualmente a cinco (art. 6º ley 45 de 1936 y ley 75 de 1968).

Ahora bien: dada la circunstancia de estar en juego un estado civil, la demostración de este por posesión notoria se torna un tanto exigente, pues se dice en la ley, que se probará "por un conjunto de testimonios fidedignos", que lo establezcan de un modo irrefragable. La doctrina y la jurisprudencia han considerado que la locución "conjunto" es indicativa de un número superior a dos.

Es lo cierto que en el común de los debates litigiosos la prueba a la cual se acude con mayor frecuencia es la testimonial.

Para que este medio de prueba sea apto para la demostración del estado notorio de hijo natural, los testimonios han de ser fidedignos e incontrastables. Pero el análisis de ellos, si bien ha de ser juicioso y ponderado, no puede hacerse con un desmedido rigor hasta inutilizar dicho medio probatorio, porque ello implicaría la eliminación de la prueba a que con mayor frecuencia acuden las partes, haciendo con ello casi imposible la comprobación del estado civil. Por tal virtud, la jurisprudencia, sin llegar a un exceso de bondad o tolerancia, sí se dió a la tarea de reflexionar un poco sobre este tema, para expresar como innecesario que le deba constar a cada testigo los hechos constitutivos de la posesión durante todo el tiempo exigido por la ley, diez años, ya que este lapso se puede demostrar por la suma de los períodos relacionados por los deponentes. Al efecto dice la Corte: "La ley no exige que a cada uno de los testigos que declaren sobre hechos constitutivos de la posesión notoria de un estado civil, le consten esos hechos durante diez años continuos. Ningún inconveniente puede haber para que algunos testigos depongan sobre un período determinado inferior a diez años, y otros sobre un tiempo distinto ulterior o anterior con tal que cada uno de estos períodos aparezca demostrado con un conjunto de testimonios y que, por no existir entre tales períodos intermitencias o soluciones de continuidad, puedan ser ellos sumados para obtener el decenio indispensable". (XCII, 970).

Y en otra ocasión dijo: "... Pero la disciplina probatoria que, en razón de la delicadeza de la materia, estatuye el art. 399 del C. Civil, como sistema de convicción sin dudas, no llega hasta imponer un régimen de tan extremado rigor que haga prácticamente irrealizable la demostración de la notoria posesión del estado civil, que en ciertos casos puede ser el único medio de establecer éste. Por ello, la estimación de los testimonios que lo acreditan tendrá que hacerse con ponderada ecuanimidad de criterio, considerando las circunstancias personales de los testigos, el medio en que éstos actúan y las características peculiares del respectivo caso, es decir, las calida-

des y relaciones de las personas a que sus declaraciones se refieren. Lo que el sistema legal requiere es que el conjunto de testimonios aportados como prueba de la notoriedad de la posesión del estado civil, razonablemente considerado dentro de las permisiones legales, establezca esa posesión, ante la conciencia del Juzgador, de un modo incontrastable". (Cas. Civ. febrero 21 de 1964, T. CVI, 140).

3. El conjunto probatorio aducido en este juicio demuestra que la demandante Josefa Becerra Hernández tiene la calidad de hija natural del difunto Jesús Becerra Rojas, por posesión notoria de dicho estado. En efecto:

El testimonio de Pedro María Fuentes, de 68 años de edad, en lo pertinente dice: "En la misma forma dije anteriormente que conocía a la señora Josefa Becerra Hernández, como desde que tenía unos tres años de edad" "Me consta que el finado Jesús Becerra Rojas siempre trató a la señora Josefa Becerra Hernández como su hija y le dió su apellido y el de su esposa, como si hubiera sido hija legítima de su matrimonio" "Me consta que al señor Becerra Rojas siempre se le consideró entre sus amistades y vecinos como al padre de la señora Josefa Becerra Hernández y no solo ésto sino que se ufanaba de ser el padre de Chepita como se le llamaba familiarmente" "Me consta que el señor Jesús Becerra Rojas nunca ocultó su calidad de padre de la señora Josefa Becerra Hernández, sino que por el contrario, la aceptaba en forma expresa y tácita, en público y privado" "Me consta que el señor Jesús Becerra Rojas, con sobrado desinterés y cariño, siempre atendió a la subsistencia, educación y cuidado de la señora Josefa Becerra Hernández" "Me consta que la posesión notoria de hija que tuvo la señora Josefa Becerra Hernández frente al finado Jesús Becerra Rojas correspondió a un tiempo (sic) a los veinticinco años, es decir, hasta la muerte de éste. Todo ésto que he declarado me consta a ciencia cierta, porque desde que Becerra Rojas casó con la señora Justina Hernández, hermana de mi esposa Cons-

tanza de Fuentes, vivimos vecinos y hasta convivimos, en mi casa de habitación, como unos dos años y luego seguí frecuentando la casa de ellos y ellos la nuestra hasta la muerte de Jesús y con la hija existe todavía la misma amistad”.

El testimonio de Pablo Emilio Castillo, de 72 años de edad, en lo de mayor relieve expresa: “A mí me consta que vivían tanto el señor Becerra como su esposa la señora Hernández y la niña Josefa, en el mismo hogar, donde los seguí conociendo por mucho tiempo. La familia a mi juicio se componía de ellos tres: Jesús Becerra, Justina Hernández y la niña Josefa”.... “Así lo consideraba yo y los demás vecinos y relacionados”.... “No me consta que el señor Becerra haya ocultado su calidad de padre de la niña Josefa que tenía en su hogar; a mi juicio él aceptaba y atendía a la niña Josefa, como si fuera su propia hija, la sacaba, la acompañaba en público, junto con la señora”.... “Yo se que él atendió a sus deberes hogareños, mientras convivió con ellos”.... “Creo yo que al tiempo que el hogar permaneció reunido, o unido, supe el período de los diez años”.... “En primer lugar por haber conocido al señor Becerra, desde hace unos 30 años, luego por haber tenido entendederas comerciales con él y por último, por haber sido el matrimonio vecino, durante largo tiempo. Es la razón, pues para que yo haya contestado las preguntas”.

El testigo José Bernabé Olivares, de setenta y cuatro años de edad, manifestó lo siguiente: “Me consta que el finado Jesús Becerra Rojas siempre trató a la señora Josefa Becerra Hernández como su hija, le dió su apellido y el de su esposa”.... “El señor Becerra Rojas siempre la presentaba entre sus amistades como hija natural de él”.... “Jesús Becerra Rojas nunca ocultó su calidad de padre de la señora Josefa Becerra Hernández, sino que por el contrario, la aceptaba públicamente y en privado, expresa y tácitamente”.... “Sí es cierto, yo la conocí a ella como desde que tenía cinco años y él siempre la presentaba como su hija natural”.... “Porque tengo conocimiento expreso de lo que he di-

cho. Yo conocí a Jesús Becerra e igualmente a su hija Josefa Becerra Hernández, al primero como desde hace unos treinta años y a Josefa como desde que tenía cinco años y yo fui hasta vecino de él cuando él tuvo una tienda llamada “La Naza”, en la esquina de la calle 10ª con avenida 9ª y por eso puedo dar fe pública de lo que he dicho”.

El testimonio de José Gregorio Rodríguez de 74 años de edad, en sus partes principales reza: “Me consta que el finado Jesús Becerra Rojas siempre trató a la señora Josefa Becerra Hernández como a su hija y también me consta que él le dió su apellido, porque él mismo me lo dijo a mí. No se si el otro apellido, el de Hernández, fué que se lo dieron o nó”.... “Me consta que el señor Jesús Becerra Rojas siempre se le consideró entre sus amistades y vecinos como el padre de la señora Josefa Becerra Hernández”.... “Me consta que nunca lo ocultó, porque hasta el día en que la señora Josefa se casó, Jesús Becerra le envió una tarjeta con el apellido de él, en que decía Josefa Becerra y él siempre la sacaba a la calle y en público y en privado siempre le daba el tratamiento de hija”.... “Me consta, porque precisamente él era el que la ponía en la escuela y después en el Colegio y era quien le hacía todos los gastos ahí, como de comida, ropa, libros y todos los gastos ahí”.... “Me consta que la posesión notoria de hija que tuvo la señora Josefa Becerra Hernández frente al finado Jesús Becerra Rojas correspondió a un tiempo de más de veinte años”.... “Porque los conocí a él y a ella, a Jesús Becerra y a Josefa Becerra y éramos amigos y nos visitábamos las casas”.

El testimonio de Teresa Serrano vda. de Hernández de 66 años de edad, es del siguiente tenor: “Me consta que el finado Jesús Becerra Rojas siempre trató a la señora Josefa Becerra Hernández como su hija, le dió su apellido y el de su esposa”.... “Me consta que el señor Jesús Becerra Rojas siempre se le consideró entre sus amistades y vecinos como el padre de la señora Josefa Becerra Hernández”.... “Sí, la aceptaba él, él no ocultaba nada, en públi-

co y en privado y yo le oí a él que la reconocía y la quería como hija".... "Si señor, la atendió en todo, la tuvo en Colegios, se enfermaba y médicos, la alimentación y todo".... "Me consta que Jesús Becerra Rojas ejerció la posesión notoria de padre de Josefa Becerra Hernández, por un tiempo mayor de veinte años".... "Todo esto lo he declarado, porque fui vecina de ellos y viví con ellos también".

4. Fuera de lo anterior, merece destacarse la circunstancia de que quien suministró los datos para el registro o matrícula de Josefa Becerra Hernández, en el Colegio del "Sagrado Corazón de Jesús" del municipio de Pamplona, en dos ocasiones, fué Jesús Becerra Rojas, quien figuraba en los espacios impresos correspondientes a "nombre de los padres" en esa condición y, al final, el mencionado Becerra Rojas firmó la inscripción. Según esto, si el señor Jesús Becerra Rojas asintió a que figurase como padre de Josefa Becerra Hernández en el renglón o espacio pertinente, y además firmó la respectiva matrícula, se está en presencia de un hecho expresivo y corroborante de paternidad natural.

La matrícula a que se hizo referencia expresa lo siguiente: "Matrícula número 10. Nombre de la alumna: Josefa Becerra H. Matriculada para interna en el curso.... Nacida en Cúcuta. Residencia Cúcuta. Edad de la estudiante (comprobada conforme a ley) 13 años. Religión que profesa: Católica. Cursó en "Los Torres" los años hasta tercero primaria. Presentó certificados de estudio. Resultado del examen de admisión.... Nombre de los padres: Jesús Becerra y Justina de Becerra. Residencia. Cúcuta. Nombre del acudiente: El Colegio. Residencia.... Dirección.... firma del padre o acudiente (fdo.) Jesús Becerra G. o R. letra ilegible. Firma de la alumna Josefa Becerra H. (fda.).... "Matrícula número 85. Nombre de la alumna Josefa Becerra Hernández. Matriculada como interna en el curso 5º primaria. Nacida en Cúcuta. Residencia Cúcuta. Edad de la estudiante (comprobada conforme a ley) 16 años. Religión que profesa: Católica. Cursó en el colegio los años de 4º de primaria. Presen-

tó certificados del año anterior. Resultado del examen de admisión Bueno. Nombre de los padres Jesús Becerra y Justina Hernández. Residencia Cúcuta. Nombre del acudiente: El Colegio. Residencia Pamplona. Aceptamos los planes, programas y normas reglamentarias del establecimiento. Firma del padre o acudiente (fdo.) Jesús Becerra G. o R. ésta última inicial es ilegible. Firma de la alumna (fda.) Josefa Becerra. La prefecta (fdo.) Mª Soledad Hernández H. del S. C. de J. La Secretaria (fdo.) Ana María Acevedo H. del S. C. de J."

5. La prueba, en su conjunto, demuestra que Josefa Becerra Hernández tiene la calidad de hija natural de Jesús Becerra Rojas por haber quedado configurados los elementos estructurales de la posesión notoria de dicho estado civil.

6. Comoquiera que prosperara la declaración de paternidad natural, procede examinar a continuación la acción acumulada de petición de herencia.

El artículo 1.321 del C.C. faculta al que probare el derecho a la herencia, cuando la universalidad se encuentra ocupada por otra persona que se dice ser heredero, para pedir que se le restituyan los bienes relictos.

En el litigio, al declararse que la demandante tiene la calidad de hija natural de Jesús Becerra Rojas, por este mismo hecho queda establecida su vocación hereditaria; y con la copia del auto de reconocimiento de herederos de los demandados como hermanos paternos del causante, se acredita que están en posesión de la herencia.

7. Como a la acción de petición de herencia le son aplicables las reglas de la acción reivindicatoria en lo relacionado a la restitución de los frutos y al abono de mejoras (art. 1.323 C.C.), débese tener en cuenta la buena o mala fe del demandado para el cumplimiento de estas prestaciones mutuas. Porque el poseedor de mala fe está obligado a la restitución de los frutos desde que inició su posesión en la cosa, y no solamente de los percibidos, sino de los

que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, como si hubiera tenido la cosa en su poder; en cambio, el poseedor de buena fe solo está obligado a la restitución de los frutos percibidos después de la notificación de la demanda. En toda restitución deberán abonarse al poseedor los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos (art. 964 del C. C.).

Como en el juicio no se ha desvirtuado la presunción de buena fe que acompaña a los demandados (art. 769 del C. C.), la restitución de los frutos se hará a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, o sea, desde el día 13 de marzo de 1967. Los frutos se liquidarán por el procedimiento señalado en el art. 553 del C. J.

- V -

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 ley, CASA la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, de fecha diciembre 14 de 1967, en el juicio ordinario de Josefa Becerra Hernández contra José Dolores y Juan Francisco Becerra Mendoza, como herederos de Jesús Becerra Rojas; y como Tribunal de instancia REVOCA la proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cúcuta, de fecha septiembre 22 de 1967, y en su lugar,

Resuelve:

1º Declárase que Josefa Becerra Hernández, mujer mayor de edad y vecina de Cúcuta, es hija natural de Jesús Becerra Rojas, ya fallecido.

2º Declárase que Josefa Becerra Hernández, como legitimaria del causante excluye a los demandados José Dolores y Juan Francisco Becerra Mendoza en la sucesión intestada de aquél.

3º Condénase a los demandados a restituir a Josefa Becerra Hernández, como heredera de Jesús Becerra Rojas, todos los bienes relictos, más los frutos correspondientes a partir del día 13 de marzo de 1967, fecha en que quedó notificado el auto admisorio de la demanda. Los frutos se liquidarán por el procedimiento indicado en el art. 553 del Código Judicial.

4º Condénase a los demandados al pago de las costas de primera instancia. No hay lugar a costas en la segunda instancia, ni en el recurso de casación.

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

Ernesto Cediél Angel, Ernesto Blanco Cabrera, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alfonso Peláez Ocampo, Ricardo Uribe Holguín, Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.



FILIACION NATURAL

Violación de la Constitución. — No toda informalidad puede considerarse como violación del artículo 26 de la Carta

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. — Bogotá, octubre diecinueve de mil novecientos setenta.

(Redactó el Doctor Alberto Ospina Botero. Abogado Asistente).

(Aprobada según Acta número noventa, de catorce de octubre).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, de fecha octubre 25 de 1967, en el juicio ordinario de María Salvadora Pérez de Rodríguez contra Luis A. y Moisés Torres Moyano y Benilda Torres de Vanegas, como herederos de Salvador Moyano.

- I -

ANTECEDENTES:

A. En el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tunja fueron demandados Luis A. y Moisés Torres Moyano y Benilda Torres de Vanegas por María Salvadora Pérez de Rodríguez, a efecto de que se declare que María Salvadora Pérez tiene la calidad de hija natural de Salvador Moyano, ya fallecido y que en razón de esa calidad, tiene vocación hereditaria en la sucesión de Salvador Moyano, en la proporción legal.

B. Afirma el demandante como soporte de la anterior pretensión, los hechos que a continuación se resumen: a) Que el día 20 de febrero de 1931 nació en el Municipio

de Toca, Boyacá, María Salvadora Pérez de Rodríguez, como fruto de las relaciones sexuales estables y notorias ocurridas entre Refugio Pérez y Salvador Moyano; b) Que las aludidas relaciones sexuales se presentaron con mucha anticipación al embarazo de Refugio Pérez, quien a la sazón era célibe; c) Que Salvador Moyano le dió a María Salvadora Pérez de Rodríguez el trato de hija natural, porque proveyó a su subsistencia, educación y establecimiento, tanto en el Municipio de Toca como posteriormente en el de Bogotá, presentándola como a su hija ante deudos y amigos; d) Que por razón del deceso de Salvador Moyano, ocurrido en el Municipio de Toca en el mes de abril de 1964, se presentaron a recoger la herencia, con omisión de la demandante, Moisés y Luis A. Torres Moyano y Benilda Torres de Vanegas, en la calidad de hermanos del causante; e) Que como consecuencia de los hechos expresados, la demandante tiene la calidad de hija natural de Salvador Moyano y por tal virtud tiene vocación hereditaria con relación a los bienes dejados por el causante, en la proporción que la ley determine.

C. El juicio, en la primera instancia, culminó con decisión favorable a la parte demandante, a virtud de que el Juzgador accedió a la totalidad de las peticiones formuladas en la demanda.

D. Recurrido en apelación el anterior fallo por la parte demandada, finalizó la segunda instancia con sentencia de octubre 25 de 1967, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, favorable a la parte apelante, porque se

revocó la sentencia de primera instancia, y se absolvió a la parte demandada.

E. Inconforme el demandante con la sentencia de segunda instancia, oportunamente interpuso recurso extraordinario de casación, que pasa a resolverse.

- II -

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Una vez enunciados los hechos y peticiones de la demanda y del escrito de respuesta, el Tribunal se dió a la tarea de analizar la prueba incorporada con relación a las causales de paternidad natural alegadas y, en su labor encontró que algunos de los testimonios acompañados a la demanda no se ratificaron dentro del término probatorio del juicio, y los que sí cumplieron tal exigencia, como los de Severo Cuervo, Adolfo Cuervo Becerra e Isabelina Albarra-cín de Ortiz, no fueron tan expresivos como para exteriorizar la paternidad natural pretendida. Finaliza afirmando que la restante prueba testimonial menos fuerza de convicción revelaba, pues al efecto expresa el sentenciador, a manera de conclusión:

"No puede ser el dicho de un sólo testimonio ni la manifestación vaga e imprecisa de varios declarantes lo que puede configurar la prueba suficiente para declarar una paternidad natural. Por eso la ley, al referirse a la situación 4ª contemplada en el artículo 4º de la ley 45 de 1936, exige la demostración de que esas relaciones sexuales estables deben ser de manera notoria y acreditarse así, ante el Juzgador.

"Notorio es aquello de lo cual se da cuenta todo el mundo, lo que surge a la vista y a la convicción de las personas sin una especial investigación sino dentro de la observación diaria y corriente de la vida ordinaria. Esto quiere decir que de los hechos puedan dar fe las diferentes personas que estén en relación con las personas que son autores de aquellos.

"La prueba aducida en este negocio no lleva a una convicción rotunda de la cali-

dad de padre natural de Salvador Moyano frente a la demandante. Puede existir una posibilidad más nó tan vigorosa como para declarar la existencia del derecho alegado, máxime cuando la ley dispone que toda decisión judicial en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en la ley positiva y conocidos universalmente con el nombre de Prueba.

"Menos aparece demostrada la posesión notoria del estado de hija natural de la actora toda vez que las pruebas aducidas no hablan concretamente de los hechos que configuran esa situación tales como la subsistencia, educación y establecimiento dados por el presunto padre a la presunta hija".

- III -

LA IMPUGNACION

El recurrente le formula a la sentencia de segundo grado cuatro cargos, todos dentro de la órbita de la causal primera, los que se estudiarán en el orden propuesto, no sin antes advertir que el censor confundió de "cargos" y "causales".

Primer cargo. Según el recurrente, consiste en que la sentencia impugnada violó normas sustanciales de modo directo, por falta de aplicación, y señala como preceptos infringidos y de ese linaje los siguientes: artículos 758 C. J., 395 C. C., 19 de la ley 92 de 1938, 4º y 7º de la ley 45 de 1936.

Para fundar el cargo dice el recurrente que la sentencia infringió el artículo 758 del C. Judicial, a virtud de que se le negó un término probatorio en la segunda instancia, lo que dió como resultado el desconocimiento de la garantía de defensa y la infracción de los demás preceptos mencionados. Hace un análisis de la prueba, en los términos siguientes: "Sin embargo debemos anotar de una vez, que de las prue-

bas testimoniales presentadas con la demanda, fueron ratificadas todas, a excepción de Eduardo Sánchez Vásquez y contravertidas todas por la parte contraria, acervo más que suficiente para proferir un fallo acorde con los hechos probados distinto y contrario al que se produjo. Sin embargo en él, no se tomó en consideración sino una de esas pruebas y dos más que fueron allegadas en otra oportunidad, dentro del término; como se analizará en capítulo posterior".

LA CORTE CONSIDERA:

Cuando se enjuicia una sentencia por ser violatoria de la ley sustancial por vía directa, en pura técnica se está igualmente afirmando que en dicho fallo, con exclusión de toda investigación de orden probatorio, el sentenciador dejó de aplicar el precepto sustancial correspondiente, o le aplicó el que no era debido, o le aplicó el precepto del caso, pero con desvío del verdadero sentido o alcance.

Ahora bien: en forma reiterada ha dicho la Corte que una norma asume el carácter de sustancial "cuando es declaratoria o atributiva de un derecho subjetivo, en cuya virtud el titular activo de la relación respectiva está investido de poder jurídico para hacer valer la situación a su favor que esa norma consagra" (Cas. Civ. abril 15 de 1966; marzo 18 de 1969 tomo CXXIX, pág. 7ª).

Así mismo ha sostenido la jurisprudencia que no se puede montar un ataque a la sentencia del Tribunal, dentro de la órbita de la causal primera con fundamento en la violación de normas instrumentales, como son aquellas que pertenecen al campo del derecho ritual, o al derecho probatorio, o porque apenas son contentivas de conceptos o definiciones.

Al confrontar las normas que dice el recurrente fueron inaplicadas por el sentenciador de segundo grado, se observa que unas no estaban vigentes a la fecha de la sentencia impugnada, y otras, son netamente instrumentales.

En efecto, los artículos 758 del C. Judicial y 395 del C. Civil quedaron derogados por mandato de los artículos 1º del Decreto 243 de 1951 y 19 de la ley 92 de 1938, respectivamente y, por demás, durante su vigencia pertenecieron al rango de las normas instrumentales. De otro lado, por lo que toca con los arts. 19 de la ley 92 de 1938 y 7º de la ley 45 de 1936, son preceptos eminentemente instrumentales.

Sólo queda el artículo 4º de la ley 45 de 1936. Con todo, el recurrente en su extensa demanda de casación únicamente se refirió a aspectos diferentes de la demostración de que la sentencia de segundo grado violara en forma directa el precepto aludido, pues no puede inferirse que el Juzgador quebrantó el art. 4º de la citada ley por el simple hecho de que al censor le fuera negado un tracto probatorio en la segunda instancia, porque a través del recurso de casación, con apoyo en la causal que se viene analizando, precisa dirigir el enjuiciamiento a la sentencia, no a actos procesales que no revisten dicha calidad. Además, ha debido montar el ataque por violación de ley sustancial por vía indirecta.

Ante esta situación, no prospera el cargo.

Segundo cargo. Versa sobre la violación indirecta de la ley sustancial por falta de apreciación de la prueba testimonial, indicándose como preceptos infringidos los artículos 593, 597, 693, 696 y 697 del C. J., 395 del C. Civil, art. 19 de la ley 92 de 1938, 4º y 7º de la ley 45 de 1936.

Para fundamentar el cargo comienza expresando el recurrente que en manera alguna fueron apreciados los testimonios de Priscila Albarracín de Ricaurte, Rosa Ochoa de Suárez y Julio Cuervo, pues al efecto dice: "En el caso que nos ocupa, en la sentencia de segunda instancia de este negocio, no me tuvieron en cuenta en ningún valor, ni siquiera se nombra ni se hace alusión a ellas, a las pruebas testimoniales presentadas extrajuicio con la demanda; propuestas como tales en tiempo en la misma, solicitada su ratificación dentro del término correspondiente, ratificadas tam-

bién dentro del término correspondiente, en cuya diligencia fueron controvertidas por la parte contraria ampliamente y a su arbitrio”.

Luégo el recurrente se preocupa por extractar cada una de las declaraciones que indicó como no apreciadas, haciendo énfasis en que esta circunstancia propició un error de hecho y de derecho, ya que concluye lo siguiente: “Estas tres declaraciones fueron desechadas, produciéndose el error de hecho manifiesto de bulto y por consiguiente el error de derecho, porque debiéndose tener en cuenta con su valor, de acuerdo con la ley, no se hizo”.

La Corte considera:

A pesar de las deficiencias técnicas del recurso, como acusar simultáneamente el fallo por error de hecho y de derecho respecto de una misma prueba y sobre un mismo punto, se procede a su estudio.

Cuando el sentenciador de segundo grado ha dejado de apreciar una prueba como si no estuviera incorporada al proceso, incuestionablemente se está en presencia de un error de hecho. No se da este error, empero, cuando el fallador, si bien no mencionó específicamente los nombres de unos declarantes, sus testimonios sí fueron apreciados al analizar la prueba en su conjunto.

En múltiples ocasiones ha dicho la Corte que si se estudia determinado medio de prueba en forma global, sin individualizar por ejemplo a cada uno de los declarantes, no puede sostenerse en casación que en razón de esta circunstancia se dejó de apreciar la prueba (Cas. Civ. junio 21 de 1954, Nº 2.142, pág. 843; septiembre 15 de 1954, 2.146, 605).

En el fallo, el Tribunal analizó la prueba, que en concepto del recurrente dice fué preterida, pues comenzó por estudiar los tres testimonios que juzgó principales y, refiriéndose a los restantes, expresó: “Los demás declarantes hablan de la conducta de Salvador Moyano como ajena a repercusiones amoratorias con Refugio Pérez. - - -

No puede ser el dicho de un solo testimonio ni la manifestación vaga e imprecisa de varios declarantes lo que puede configurar la prueba suficiente para declarar una paternidad natural”.

En consecuencia, no prospera el cargo.

Tercer cargo. Se presenta así: “Violación de la norma sustantiva por apreciación errónea de la prueba testimonial. Se violaron las siguientes normas procedimentales que por razón de ser de orden probatorio son sustantivas, arts. 597, 693, 696 y 697 del C. Judicial por cuya violación se va y se llega a la violación de las normas propiamente sustantivas: art. 395 del C. C., subrogado art. 19 de la Ley 92 de 1938, art. 7º y 4º de la Ley 45 de 1936, quebrantando así en materia grave los derechos sustantivos de la parte demandante”.

Más adelante dice que la violación “consistió en que a la prueba testimonial no se le dió el valor que la ley les concede, arts. 696 y 697 del C. J., sino que fueron subestimados en su valor en una forma exorbitante. Pese a la discrecionalidad que la ley concede al Juzgador para estimar la prueba, tal compás no se abre tanto como tomar las pruebas para desestimarlas o quitarles su verdadero valor porque esto sería lo mismo y peor que no tomarlas en consideración debiendo hacerlo”.

En desarrollo de este cargo trajo a cita las declaraciones de Isabelina Albarracín de Ortiz, Severo Cuervo y Adolfo Cuervo. De estas declaraciones, luégo de insistir que fueron erróneamente apreciadas, hace el recurrente el propio análisis de ellas, saca sus particulares conclusiones y, al igual que en el cargo anterior, sostiene que la desestimación de la prueba implica a la vez error de hecho y de derecho.

La Corte considera:

Toda demanda de casación debe sujetarse a las condiciones o requisitos que precisa la ley, ya que se trata de un recurso eminentemente formalista.

Cuando de la causal primera se trata, in-

sistentemente ha dicho la Corte que no es admisible acusar al fallo simultáneamente, por vía directa o indirecta, en un mismo cargo.

Si la censura se formula por quebranto de ley sustancial por vía indirecta, también se ha dicho que el censor debe señalar si el yerro es de hecho o de derecho, sin que puede alegar simultáneamente uno y otro, pues se excluyen entre sí. Menos aún podrá derivar un error de derecho como consecuencia de uno de hecho. "En rigor —dice la Corte— no hay errores de derecho consecuenciales de errores de hecho, porque, si la prueba existe, pero el Tribunal niega el hecho en que debió sustentarse el fallo, la casación se produce al reconocerse el error de hecho, sin que la estimación del mérito legal de la prueba deba ser materia de un cargo específico por error de derecho, no siendo necesario. Por tanto, alegar a la vez un error de hecho por haber pasado inadvertida una prueba a los ojos del sentenciador, y un error de derecho, por no haberla apreciado en su valor legal. (Cas. Civ., agosto 2 de 1961, T. XCVI, 198).

Ahora, si el ataque tiene por soporte el error de hecho en la apreciación de la prueba, como cuando se ignora la que existe, es de cargo del recurrente identificar la prueba omitida, demostrando el error en que incurrió el sentenciador de segundo grado y su incidencia en el fallo. Si el ataque tiene por fundamento el error de derecho, le corresponde individualizar el medio probatorio, como también indicar la norma que fija su valor y demostrar el error en que incurrió el fallador al apreciarla.

No obstante los defectos de técnica, de que adolece el cargo porque no indica el censor la causal a que se acoge y además con relación a una misma prueba pretende derivar error de hecho y de derecho, la Corte, obrando con amplitud, procede a su estudio.

Dice él que los testimonios de Isabelina Albarracín de Ortiz, Severo y Adolfo Cuer-

vo fueron erróneamente apreciados, porque no se les otorgó el valor probatorio que indica la ley, y presenta su propio análisis de la prueba, sacando conclusiones, diferentes de la del Juzgador de segunda instancia.

Sobre esos testimonios consideró el Tribunal que no eran tan claros y expresivos como para inferir inequívocamente la paternidad natural pretendida por la demandante y recurrente.

Constituye para la jurisprudencia un criterio ya muy cimentado y uniforme el de que la apreciación de la prueba hecha por el Tribunal es inatacable en casación, a menos que el sentenciador hubiera incurrido en un evidente error de hecho o en uno de derecho en la apreciación de la prueba. De suerte que el diferente modo de pensar o criterio que se forme el recurrente en torno de los elementos de juicio no se puede contraponer al del Juzgador, porque no es objetivo del recurso extraordinario sopesar cuál de las dos reflexiones sería preferible, habida consideración de que el fallador goza de una discreta autonomía para la estimación de la prueba, sobre todo, en este género de juicios.

El pensamiento de la Corte se recoge en la siguiente doctrina:

"La Corte ha subrayado siempre la ponderosa responsabilidad del Juzgador de instancia en los juicios de filiación natural, ya que el recurso extraordinario, por su carácter estricto, se desarrolla sobre el supuesto de que el contenido de las normas, en abstracto y en concreto, fue aceptado en el pronunciamiento que puso fin a un proceso seguido en forma regular. De modo que si la paternidad controvertida no es susceptible de prueba directa, sino que su descubrimiento se desprende de indifferencias cuyo alcance probatorio encuentra refugio inviolable en la conciencia del Juzgador, por el íntimo convencimiento que se haya formado, no es posible desconocer los poderes discrecionales de instancia que resuelvan en sentido favorable o adverso a las súplicas, salvo en el evento extremo

de que el arbitrio judicial degenera en arbitrariedad manifiesta delante de la espléndida luz procesal.

"Si márgenes de duda permitieran a la Corte sustituir con otro el criterio del sentenciador al valorar las inferencias de paternidad natural, para rechazarla o declararla, no se trataría ya de la prosperidad o insuceso del recurso de casación, sino simplemente de abrir un tercer grado procesal de creación imposible por vía de doctrina...

"Es entonces imperativa en la instancia la necesidad de examinar con extraordinaria ponderación la prueba misma y el valor de los hechos más o menos equívocos que el debate controvierta. Porque los factores de que se desprenden las varias inferencias de paternidad son a menudo de gran relativismo al contacto con las diversas situaciones de orden práctico, así sea por lo que respecta a relaciones sexuales estables y notorias, como en lo que atañe a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo, como hechos posesorios de estado. Se trata por lo general de cosas que dependen del medio, las costumbres de las gentes, su temperamento y nivel cultural, lo mismo que de matices diversos en que se acentúan los poderes de apreciación, no siempre sometidos a tamices académicos...

"Es así como la materia está confiada a la cordura, perspicacia o pericia del Juzgador de instancia. Porque no es otro el llamado a calificar la fe que le merezcan los testimonios, no en forma aislada, sino en conjunto; en compenetración los unos con los otros, hasta llegar a convicción afirmativa o negativa adoptada en conciencia.

"Basta así para que el juicio del sentenciador no admita censura en casación que no degenera, según viene expuesto, en arbitrariedad, por situarse ostensiblemente afuera del sentido común; aunque se pueda organizar otro análisis de los medios, más profundo o sutil, más severo, más lógico o de mayor juridicidad en sentir de

la crítica. Aún en el evento de que el nuevo estudio produjera vacilaciones más o menos intensas, no dejaría de ser obvio que la ruptura del fallo acusado ha de fundarse en la certeza y no en la duda" (Cas. Civ., junio 17 de 1964; julio 7 de 1970, aún no publicada).

Como sí fué apreciada la prueba por el Tribunal, no incurrió en manifiesto error de hecho y, como la valoró según su discreta autonomía, no incurrió en error de derecho.

En consideración de lo dicho, no prospera el cargo.

Cuarto cargo. Se formula por "Violación de la norma constitucional en su artículo 26 por infracción de la norma sustantiva". Más adelante señala como violados los artículos siguientes: 593, 693, 696, 697, 745, 746 del C. J. y 19 de la Ley 92 de 1938.

Explicando el ataque, dice el censor: "En el fallo que nos ocupa, se han adoptado formas distintas a las propias del juicio civil ordinario, es decir sin observar la plenitud de las formas de este juicio, en materia tan grave que por tal razón se ha producido una verdadera condenación y juzgamiento sin haber sido éstos basados en leyes preexistentes como entramos a explicarlo, quebrantando por tal razón el derecho sustantivo de la parte demandante en forma grave".

"La violación de los hechos, se acusa en la práctica de haber propuesto la otra parte pruebas, haberse ellas aceptado por el Juzgador a quo y haberse practicado a espaldas de la parte demandante. Esto es evidente por cuanto sin saberlo, ni suponerlo ni aceptarlo jurídicamente la parte demandante el juicio se abrió a pruebas por segunda vez, para decretar las pruebas pedidas extemporáneamente; sin que hubiese tenido oportunidad jurídica dentro del marco del juicio civil ordinario que se ventila; y cuyas formas propias y definidas son de forzosa realización; de infirmar la prueba fraudulenta y ejercer la defensa de sus derechos. Habiéndose tenido ade-

más, esta prueba así producida, en cuenta para fundar y producir un fallo ilegal e injusto, que lesiona en materia grave los derechos de la parte que represento, y después de violar la norma constitucional como se ha dicho y la norma sustantiva sobre pruebas.

"En el fallo se ha considerado la prueba que se introdujo al proceso sin: "Observando la plenitud de las formas de cada juicio", en nuestro caso sin observar la plenitud de las formas del juicio ordinario".

Más adelante expresa: "Las declaraciones que se presentaron en la segunda apertura a pruebas, no pueden tenerse en cuenta, porque esta práctica no obedece a norma legal alguna preexistente que ordene abrir dos veces el juicio civil ordinario a pruebas; y, además, porque esa práctica está por fuera de las normas propias del juicio, propio de este negocio que dispone una sola apertura a prueba, diez días para pedir y treinta para practicar (arts. 745 y 746 del C. J.)."

La Corte considera:

El artículo 26 de la Constitución Nacional enseña que nadie podrá ser juzgado sino con sujeción a las leyes preexistentes, ante Tribunal competente y con observancia plena de las formas propias del juicio.

Sin embargo, no toda informalidad, como lo ha dicho la doctrina, puede considerarse como una violación del artículo 26 de la Carta, porque para ello existen otros correctivos jurídicos más apropiados.

Al respecto la Corte, en sentencias de 18 de noviembre de 1959, reiterada por la de 27 de junio del presente año, dijo: "El artículo 26 de la Constitución Nacional, incluido en el Título Preliminar del Código Civil, de acuerdo con el artículo 52 de la Carta y 4º de la Ley 57 de 1887, contiene tres principios normativos que constituyen al mismo tiempo garantías para los asociados, a saber: a) Que todo juzgamiento debe hacerse por Juez competente; b) Que en aquél debe cumplirse la plenitud de las for-

mas propias de cada juicio, y c) Que a nadie puede juzgarse sino con aplicación de normas sustanciales preexistentes al acto que se le imputa.

"Dicho precepto, por su naturaleza ha requerido un desarrollo legal, de manera que es la ley la que determina generalmente la competencia de cada Juez o Tribunal, la que señala el trámite de los diversos juicios, o sea de los distintos procedimientos que por razón de la naturaleza de los asuntos civiles deben seguirse en cada caso (art. 194 C. Judicial), y la que regula lo relativo a la norma sustancial concreta aplicable en los procesos.

"Por tal razón es la propia ley la que determina los varios tipos de procesos y dentro de cada uno de éstos los trámites correspondientes, los recursos, incidentes, etc., así como las sanciones cuando se infringen los preceptos respectivos.

"Por este motivo, la Corte considera que la violación del artículo 26 de la Constitución puede presentarse en el caso de que se adelante un proceso civil por un procedimiento que legalmente no le corresponde, es decir, cuando se incurre en trámite irregular, pero no cuando en el trámite seguido se haya pretermitido formalidades propias de él, ya que en tal caso deben operar los remedios que el legislador ha organizado y que van desde la nulidad insaneable hasta la simple irregularidad que se sana con la ejecutoria de la providencia correspondiente, pasando por la nulidad saneable y la inhibitoria para proferir el fallo de mérito.

"Pero por lo expuesto, la violación de las normas comentada sólo puede ser indirecta, ya que para llegar a ella es necesario primero transgredir los preceptos procesales que señalan los trámites erróneamente adoptados, así como los adecuados que dejaron de aplicarse. O sea que sucede algo análogo a lo que ocurre con la violación de preceptos probatorios como consecuencia de error de derecho en la apreciación de determinada prueba, infracción que configura la llamada violación medio respecto

a la violación fin, que es siempre la de la norma sustancial" (G. J. N° 2.217 a 2.219, pág. 831).

La informalidad de que da cuenta el recurrente no ocasiona violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, porque no corresponde al singular caso de haberse tramitado un juicio por un procedimiento que no le es propio.

Los otros preceptos que indica el censor como infringidos no tienen el carácter de norma sustancial, como ocurre con los artículos 593, 693, 696, 697, 745, 746 del C. Judicial y 19 de la Ley 92 de 1938, pues son normas atinentes a pruebas unas y a procedimiento otras, que no consagran derechos subjetivos y que por sí solas no son suficientes para dar fundamento a un ataque en casación por la causal primera.

Ante esta situación el cargo no prospera.

En armonía con 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 25 de octubre de 1967, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el juicio ordinario de María Salvadora Pérez de Rodríguez contra Luis A. y Moisés Torres Moyano y Benilda Torres de Vanegas.

Costas del recurso de casación a cargo de la parte recurrente.

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

Ernesto Cediél Angel, Ernesto Blanco Cabrera, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alfonso Peláez Ocampo, Ricardo Uribe Holguín.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

RENDICION DE CUENTAS

Casación. — Causal cuarta



Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintiuno de octubre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediell Angel).

(Aprobación: Acta número 91 de 19 de octubre de 1970).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por Mario Silva Sendoya y Mario Silva Martínez contra la sentencia de 18 de agosto de 1967, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de rendición de cuentas que contra los recurrentes y otros promovió Gustavo Salazar Tapiero.

ANTECEDENTES

1. En libelo repartido al Juzgado 2º Civil del Circuito de Neiva, Gustavo Salazar Tapiero, en su condición de albacea con tenencia y administración de bienes de la sucesión de Matías Silva H., rindió cuentas de su gestión, y solicitó se pusieran en conocimiento de Mario Silva Sendoya y Mario Silva Martínez, en su carácter de herederos de María Helena Martínez Silva, y de las demás personas mencionadas en el escrito de demanda.

2. Admitida ésta y corrido a los demandados el traslado de las cuentas, sólo Mario Silva Sendoya y Mario Silva Martínez les formularon objeciones. Los demás solicitaron expresamente su aprobación por hallarlas correctas. Como el cuentadante no asintiera a las objeciones, el Juzgado

abrió el juicio a prueba y dispuso tramitarlo en adelante como ordinario.

3. En el alegato de conclusión de primera instancia alegó el cuentadante la excepción de cosa juzgada en los siguientes términos:

“Pero resulta innecesario ese examen (el de las objeciones), porque las cuentas presentadas por el Dr. Salazar están ya aprobadas por decisión judicial, contra la cual no cabe ningún recurso que permita impugnarla.

“En efecto: por sentencia firme de 20 de junio de 1966, proferida por su Juzgado dentro del juicio de cuentas que al Dr. Gustavo Salazar T. le propusieron los objetantes Mario Silva Sendoya y Mario Silva Martínez por haber desempeñado el cargo de albacea de sucesión del Sr. Matías Silva H. el Juzgado les impartió aprobación definitiva.

“Se reúnen así a cabalidad las exigencias de la ley para que ese fallo tenga fuerza de cosa juzgada, ya que se pronunció entre las mismas partes, se fundó en las mismas causas y tuvo el mismo objeto (art. 474 del C. J.).

“Así lo acredito con las copias que presento del fallo referido, con las constancias de su notificación y ejecutoria, y con la copia de las cuentas a que esa sentencia se refiere, para establecer la perfecta identidad entre los dos juicios.

“Por ello, con toda atención, solicito del Sr. Juez le ponga fin al presente juicio, de-

clarando fundada la excepción perentoria de cosa juzgada que ahora propongo”.

4. La primera instancia del juicio culminó con la sentencia de 18 de noviembre de 1966, mediante la cual el a quo declaró probada la excepción de cosa juzgada, sin hacer condena en costas. Apelada esta decisión por los objetantes, el Tribunal la confirmó en sentencia de 18 de agosto de 1967, que constituye la sujeta materia del recurso de casación de que conoce la Corte.

MOTIVACION DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Luégo de transcribir las razones que llevaron al a quo a declarar probada la excepción de cosa juzgada, expresa al Tribunal que, en su sentir, el Juez del conocimiento no ha debido considerar dicha excepción por haber sido invocada en el alegato de conclusión, esto es, cuando ya habían precluído todas las oportunidades procesales para allegar pruebas; que aunque el artículo 341 del C. J. permite alegar las excepciones perentorias hasta antes de la citación para sentencia, se prueba debe haberse producido en las oportunidades señaladas en la ley procesal; y que en el presente negocio la prueba de la excepción de cosa juzgada no se decretó ni se produjo en ninguna de esas oportunidades.

Agrega que como en el alegato de conclusión que obra a folio 60 vuelto el cuentadante presentó a la consideración del sentenciador, como hecho nuevo, el fallo ejecutoriado recaído en el juicio de rendición de cuentas promovido por los objetantes Silva Sendoya y Silva Martínez contra el albacea Gustavo Salazar, y según el artículo 1º, numeral 3º, del Decreto 243 de 1951, “es de recibo una probanza cuando implica la ocurrencia de un hecho nuevo de influencia en la decisión con posterioridad al término para pedir la práctica de las pruebas en la primera instancia, el Tribunal ordenó que se tuvieran como pruebas, a petición del Dr. Sánchez Silva, las copias que habían sido presentadas inoportunamente en el término de las alegaciones de la primera instancia. Así fué —agrega— como el hecho nuevo, que no podía tener éxi-

to en la primera instancia, entró de lleno a influir legalmente en la decisión del juicio por este Tribunal”.

Sobre esta base procede el sentenciador a examinar la excepción de cosa juzgada en referencia, y la encuentra probada con fundamento en las siguientes razones:

“El artículo 473 del Código Judicial dice que la sentencia firme dada en materia contenciosa tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes.

“El Tribunal acoge el razonamiento que hizo el señor Juez de instancia sobre la existencia en el presente caso de todos los requisitos o elementos que se requieren para que prospere la excepción de cosa juzgada.”

“En efecto la identidad de objeto en el juicio promovido por los opositores Mario Silva Sendoya y Mario Silva Martínez era el mismo que perseguía la presente acción, o sea la rendición de cuentas por parte de quien ejerció el cargo de albacea dentro del juicio de sucesión del señor Matías Silva H. Tampoco hay duda alguna sobre la identidad de la causa petendi en una y otra acción, ni sobre la de personas, ya que si bien don Julio Durán Pombo no figuró en el juicio ya fallado, no destruye ello la identidad de personas, a la luz de lo dispuesto por el artículo 474 del Código Judicial cuando se trata de obligaciones solidarias o indivisibles.

“Por lo demás, el juicio fenecido, en el que en amplio debate se discutieron las cuentas que por iniciativa de los opositores de este juicio presentara el albacea Gustavo Salazar y en el que aquellas fueron aprobadas, está fallado definitivamente y contra él no caben recursos de ninguna naturaleza.

“De tal manera que la sentencia recurrida cuya decisión final sigue estimando el Tribunal injurídica en su oportunidad por

no tener sustento en las pruebas por entonces la excepción de cosa juzgada, queda convalidada con la plena comprobación del hecho nuevo ocurrido con posterioridad al término probatorio de la primera instancia”.

LA DEMANDA DE CASACION

Dos son los cargos que en ella se formulan a la sentencia del Tribunal: el primero dentro del ámbito de la causal primera, y el segundo con base en la cuarta. Mas como el despacho lógico de los mismos impone examinar en primer término el que denuncia errores **in procedendo**, los estudiará la Corte en orden inverso al en que fueron propuestos.

Cargo segundo. Acúsase en él la sentencia del Tribunal “por la causal 4ª del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, esto es, por haber incurrido en nulidad procesal por vicio en la actuación conforme el artículo 448 del C. J.”.

A intento de fundarlo expresa el censor que las cuentas rendidas por el albacea no han debido tramitarse por el procedimiento del juicio ordinario sino por el del juicio especial; que resulta insólito que habiendo promovido el albacea la demanda, “a su vez proponga la excepción de cosa juzgada contra su mismo pleito”, como si la demanda de cuentas pudiera ser objeto de una excepción por el mismo que la instauró; que “la cosa juzgada es el litigio juzgado, o sea el litigio después de la decisión, o más exactamente el juicio dado sobre el litigio, es decir su decisión”; que “el Juez siguió el trámite de dar traslado de la demanda de cuentas conforme a los arts. 1.120 y siguientes del C. J., trámite muy diferentes al de la demanda ordinaria sobre obligación de rendir cuentas, trámite de un juicio ordinario de mayor cuantía según los arts. 737 y siguientes del mismo Código, y en lugar de resolver sobre las objeciones, sobre las pruebas, reconoció una excepción de cosa juzgada propuesto por el mismo demandante, esto es que el mismo demandante se excepcionó”; que “la nulidad está en que el juzgamiento de no

juzgar por haberse juzgado ya el litigio, no puede ser tenido en cuenta, y entonces debe ordenarse que el Juez y el H. Tribunal si es el caso juzguen las cuestiones de la demanda del Dr. Salazar conjuntamente con las objeciones a las cuentas, pues lo contrario, dejar de proveer o fallar no estando contenidas todas las cuestiones, implica una denegación de justicia”; que “la nulidad consiste procesalmente en que se dictó una sentencia de segunda instancia con base en una prueba traída ilegalmente al juicio, con violación del artículo 597 del C. J., entonces la actuación es nula porque se ha tenido en cuenta un hecho —que no ha debido tenerse en cuenta— como era la sentencia sobre orden de rendir cuentas y siguientes trámites no pertinentes dentro de este juicio”; y que considera “que conforme el artículo 448 del C. J. hay nulidad, porque hay vicio en el procedimiento al allegar pruebas ilegalmente, de acuerdo con el artículo 597 del C. J. y ordinal tercero del artículo 1º del Decreto 243 de 1951 y dar por establecida una excepción sobre la acción formulada por el propio demandante, como si la excepción no fuera iniciativa exclusiva del demandado”.

SE CONSIDERA:

1. El motivo cuarto de casación tiene lugar, según el artículo 52 del Decreto 528 de 1964, cuando se ha “incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial, siempre que la nulidad no haya sido saneada de conformidad con la ley”. Como esta disposición sólo consagra tres causas de nulidad de los procesos: falta de jurisdicción o de competencia, ilegitimidad de la personería adjetiva y falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, síguese que quien invoca el motivo cuarto de casación debe alegar concretamente alguna de esas tres causas de nulidad, con expresión de los hechos constitutivos de la misma. Con el bien entendido de que la ilegitimidad de personería y la falta de citación o emplazamiento sólo pueden ser eficazmente alegadas por la persona indebidamente representada o por la

que no fué legalmente citada o emplazada, pues tales motivos de nulidad se hallan consagrados exclusivamente en favor de aquellas personas. Así lo tiene dicho repetidamente la Corte en múltiples decisiones.

2. El recurrente no alega que el Juez o el Tribunal carezcan de jurisdicción o de competencia para conocer de este negocio, ni que sus mandantes hubieran estado mal representados en el proceso, ni que no se les hubiere citado o emplazado en legal forma, esto es, ninguna de las causas de nulidad señaladas en el artículo 448 prenombrado, y, por consiguiente, la improcedencia de la acusación resulta manifiesta. Sabido es que los motivos de nulidad se hallan consagrados en la ley de manera taxativa, y que no pueden, por lo mismo, extenderse por analogía a irregularidades o informalidades distintas de las expresamente contempladas en la norma respectiva. De ahí que la indebida aportación de pruebas al proceso, o la equivocada apreciación de éstas por el sentenciador, no vicién de nulidad la actuación, ni puedan ser alegadas en casación a través de la causal cuarta, puesto que no encaja ese hecho en ninguno de los motivos señalados en el artículo 448 prenombrado.

3. Agrégase a lo dicho que no existe la pretendida irregularidad denunciada por el impugnante, consistente en que el juzgado le hubiera dado a las cuentas presentadas por el albacea el trámite del juicio ordinario y no el del especial, pues del proceso aparece que a tales cuentas se les dió el trámite especial que prescribe el artículo 1.127 del C. J., disposición ésta citada expresamente en el auto admisorio de la demanda. Ocurre, sí, que como las cuentas fueron objetadas y el cuentadante no asintió a las objeciones, el juzgado dió posteriormente aplicación al artículo 1.132 de ese estatuto, según el cual, "si el responsable no asiente a las objeciones, se abre a prueba y se sigue el juicio por los trámites de la vía ordinaria". (Se subraya)

4. Tampoco es exacto que el albacea hubiera propuesto la excepción de cosa juzgada "frente a su mismo pleito", ya que

fue alegada por aquél frente a la pretensión de los objetantes de que se rechazaran las cuentas, y no en relación con su propia demanda, lo que hubiera sido absurdo. Por lo demás, ese hecho no está erigido por la ley en motivo de nulidad y, por tanto, su alegación a través de la causal cuarta de casación resulta improcedente.

El cargo es impróspero.

Cargo primero. Acúsase el fallo del Tribunal "por violación indirecta de los artículos 473 y 474 del C. J. a causa de errores de hecho y de derecho, dándoles entonces una interpretación errónea y una aplicación indebida".

Dada la falta de claridad y de precisión de que adolece el desarrollo de la censura, lo que llevó al opositor a afirmar que "la demanda en referencia es un enrevesado e ininteligible escrito", encuentra la Corte preferible, en vez de sintetizarlo, transcribir el resumen que el propio censor hizo del cargo en los siguientes términos:

"El H. Tribunal de Neiva violó disposiciones de los artículos 343, 473, 474 del C. J., la primera porque reconoció una excepción indebidamente cuando no había sido postulada en la primera instancia, cuando no era procedente, y las siguientes disposiciones por no haber tenido en cuenta que no eran los litigios entre las mismas partes y su objeto era diverso, pues en un litigio apenas se pedía que se ordenara rendir cuentas y en el otro el mismo demandante les rendía en un juicio especial de cuentas, siendo entonces juicios diferentes por su objeto, por su naturaleza, no pudiendo decir que el uno incidía totalmente sobre el otro; así lo entendió el Dr. Gustavo Salazar cuando separadamente rendía cuentas, a las agregadas ilegalmente en el juicio sobre obligación de rendir cuentas. Estas disposiciones fueron violadas junto con el art. 1º numeral 3º del Decreto 243 de 1951 por haberse agregado ilegalmente las copias del juicio entre Mario Silva S. y Mario Silva M. y Gustavo Salazar como demandado, y por haberse tenido en cuenta sin aparecer legalmente dentro del proce-

so como lo dice el art. 597 del C. J. Ahora esos errores de hecho en cuanto no se vió la demanda como era entre personas diversas, y tampoco sus peticiones, el contenido de las copias para los efectos de la identidad del objeto, identidad de las partes, llevaron a la violación de dichas disposiciones junto con el citado art. 597 del C. J. Luégo de los errores de hecho, vinieron los de derecho por no haber tenido en cuenta los citados arts. 593, 597, 632 del C. J. sobre el valor de dichos elementos de juicio al leerse y luégo apreciarse indebidamente; naturalmente sobre esos falsos supuestos se aplicaron e interpretaron erróneamente las disposiciones sobre excepciones, y cosa juzgada”.

Más adelante, después del desarrollo que hizo del cargo segundo, expresa:

“Quiero agregar, Honorables Magistrados, a mi primer cargo violación de la ley sustantiva por interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 343, 473, 474 del C. J. debido a errores de hecho y de derecho en la apreciación, de las demandas de mis poderdantes y del doctor Salazar y demás elementos contenidos en las copias agregadas ilegalmente a este juicio, con violación de los artículos 593, 597, 632 del C. J. que además de la falta de identidad de las cuestiones decididas en los litigios, y de la identidad de las personas que fueron y son parte interviniente no hay razón alguna para tomar en cuenta una excepción propuesta por el mismo actor contra su propia demanda, porque la naturaleza de la excepción hace que solamente pueda formularse a iniciativa del demandado en ningún caso del actor”.

Y remata así:

“El Honorable Tribunal de Neiva violó, pues, primero los artículos 593, 597 y 632 del C. J. por no haber leído esas pruebas como correspondía y no haberles dado el valor legal naturalmente aplicando e interpretando indebidamente los citados artículos 473, 474 del C. J., desconociendo así el derecho postulado en las objeciones que nunca fueron objeto de estimativa jurisdiccional alguna”.

SE CONSIDERA:

1. Tiene dicho la Corte que “la primera causal de casación es siempre la de violación de la ley sustancial, en la cual puede incurrir el fallador de tres maneras diferentes: por infracción directa, por errónea interpretación y por aplicación indebida, y como cada uno de esos casos deriva de fuentes distintas, se ha exigido, en orden al mejor éxito del recurso y atendiendo a la limitada libertad con que la Corte actúa en casación, que el recurrente concretamente exprese, con claridad y precisión, por cuál de los tres casos de violación de la ley acusa la sentencia. De allí que se haya llegado hasta sostener que la Corte no puede tener en cuenta los motivos de casación consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustanciales, cuando el recurrente no expresa el concepto de la infracción o cuando expresando alguno, no acierta con el que en realidad correspondía y debía invocar” (LXI, 398).

2. Viólase la ley sustancial por infracción directa cuando se le deja de aplicar al caso litigado, debiendo haberlo sido; por aplicación indebida, cuando entendida rectamente la norma se la emplea sin ser pertinente al asunto que se controvierte; y por interpretación errónea cuando, siendo la adecuada, se la entendió equivocadamente y así se le aplicó. Dada la distinta naturaleza de estos tres aspectos de violación de la ley, resulta inadmisibles, por contradictorio, el cargo que le imputa al sentenciador quebranto de una norma por dos de tales aspectos, simultáneamente, pues mal puede haberse aplicado y dejado de aplicar al propio tiempo un mismo precepto, o interpretando equivocadamente una norma que no fue aplicada, o aplicada indebidamente una disposición que aunque no fue rectamente entendida sí regula el caso litigado.

3. El quebranto de la ley sustancial puede producirse en forma **directa** cuando el error jurídico no obedece a yerros cometidos por el sentenciador en la apreciación del material probatorio; o en forma **indirecta**, cuando se incurrió en él a causa de errores de hecho o de derecho del Tribu-

nal en la apreciación de determinadas pruebas. Siendo de advertir que la infracción de la ley en su especie de la interpretación errónea no puede producirse por la vía indirecta, ya que ésta no se debe a desaciertos del juzgador en el campo de las pruebas, sino en el del entendimiento mismo de la ley.

4. El error de hecho en la apreciación de una prueba ocurre cuando el sentenciador no vio la que obra en el juicio o supuso la que no existe en él, hipótesis éstas que comprenden la desfiguración de la prueba, bien sea porque se le agregó algo que le es extraño o porque se le cercenó su real contenido. Requiere, además, que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó aquél por causa del error, sea contraveniente, vale decir, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba, y que el yerro cometido incida en la decisión, pues de lo contrario carecería de eficacia impugnativa. El error de derecho, en cambio, tiene lugar cuando no obstante la correcta apreciación de los medios de prueba, en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, el juzgador yerra al ponderar su eficacia probatoria, bien sea atribuyéndole un mérito que la ley no les concede o negándoles al que ella les da; entraña una discordancia entre el mérito demostrativo que al medio de prueba le asigna o le niega la ley y el que le desconoció o le atribuyó el sentenciador; y como esa discrepancia sólo se puede establecer mediante la confrontación del respectivo precepto legal con la apreciación valorativa del juzgador, resulta imperioso para el censor indicar concretamente el precepto de disciplina probatoria que habría infringido aquél, pues de lo contrario carecería la Corte de uno de los extremos de comparación indispensable para determinar la existencia del yerro de valoración; incumbe además al recurrente demostrar la existencia del error y precisar su incidencia en el fallo recurrido.

5. No es dable acusar en un mismo cargo la sentencia de segunda instancia por error de hecho y de derecho en la estimación de un mismo medio probatorio y res-

pecto de un mismo punto, puesto que dada la naturaleza de tales errores se excluyen entre sí: si hubo error en la valoración de la prueba no es posible el error de hecho consistente en que el sentenciador la hubiera preterido; y si hubo error de hecho porque supuso la prueba o no vio la existente, no pudo incurrir en yerro de valoración. Tampoco es admisible la censura que se formule a través del planteamiento global del problema probatorio, en busca de que la Corte se forme una convicción diferente de la del sentenciador en instancia, ya que en el campo de las pruebas sólo procede la acusación que se refiere a la apreciación errónea o falta de apreciación "de determinada prueba".

6. El cargo que se examina no se ajusta a las exigencias técnicas del recurso extraordinario que se dejaron expuestas, y, en consecuencia, se impone su rechazo.

En efecto:

a) Le imputa al sentenciador, simultáneamente, interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 343, 473 y 474 del C. J., a causa de errores de hecho y de derecho, defectos éstos que, según se vió, hacen inadmisibles la censura por cuanto entrañan una violación del principio de contradicción, según el cual no puede una cosa ser y no ser al mismo tiempo.

b) Denuncia interpretación errónea de las normas antes citadas, a causa de errores de hecho y de derecho en que habría incurrido el Tribunal, siendo así que esa especie de violación de la ley sólo puede alegarse por la vía directa.

c) Acusa la sentencia de segundo grado por error de hecho y de derecho en la apreciación de unas mismas pruebas, cuando tales errores se excluyen entre sí, según se vió. Este defecto en la formulación del cargo, así como los puntualizados en los literales que anteceden, aparecen de manifiesto en el paso de la demanda en que el censor denuncia "violación de la ley sustantiva por interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 343, 473, 474 del C. J. debido a errores de hecho y de derecho en la apreciación de las deman-

das de mis poderdantes y del doctor Salazar y demás elementos contenidos en las copias agregadas ilegalmente a este juicio, con violación de los artículos 593, 597, 632 del C. J. (se subraya).

d) No señala concretamente las pruebas que habría apreciado indebidamente el Tribunal, ni expresa, como ha debido hacerlo, si el error de hecho consiste en que aquél pretermitió una prueba que obra en el proceso, o en que adulteró su contenido, ni el sentido en que tal adulteración se habría producido. Y

e) No explica la violación de los artículos 593, 597 y 632 del C. J. que le imputa al sentenciador, ni la incidencia que ella tenga en la ponderación de las pruebas que llevaron a aquél a declarar probada la excepción de cosa juzgada.

Estas deficiencias de índole técnica en la formulación del cargo hacen frustránea la impugnación.

RESOLUCION:

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 diez y ocho (18) de agosto de mil novecientos sesenta y siete (1967), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de rendición de cuentas que contra los recurrentes y otros promovió Gustavo Salazar Tapiero.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Ernesto Cediel Angel, Ernesto Blanco Cabrera, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alfonso Peláez Ocampo, Ricardo Uribe Holguín.

Heriberto Caycedo M., Secretario.



SEPARACION DE BIENES

Los artículos 593 y 329 del C. J., ni los 197 y 2469 son normas sustanciales. — Se reitera la doctrina de que la sociedad conyugal es institución de orden público que no puede ser disuelto por un acto de la voluntad de los cónyuges.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado según Acta N° 92, de octubre veinte de mil novecientos setenta).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 22 de noviembre de 1967 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, dentro del juicio ordinario de separación de bienes que promovió Abel Humberto Enciso Toquica frente a María de los Santos o Maruja Jaramillo de Enciso.

EL LITIGIO

Ante el Juez Primero Civil Municipal de Santa Marta, el primero demandó a la segunda para que se decretara "la separación total de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal y se ordenara la "entrega definitiva a cada uno de los cónyuges de los bienes que les corresponde según el juicio de separación de bienes anterior, desistido, observándose las reglas de la sucesión por causa de muerte". En apoyo de sus pretensiones expuso el actor que contrajo matrimonio con la demandada el 28 de octubre de 1959, durante el cual procreó sus dos hijos, Jorge Humberto y Angel María, "cuya guarda está definiendo el Juzgado de Menores"; "que no otorgaron capitulaciones matrimoniales y en la vida social hicieron varias adquisiciones a título onero-

so; que el juicio de separación de bienes iniciado contra él por su esposa en escrito de 18 de enero de 1964, terminó por desistimiento de ambos, a consecuencia de la transacción que sus respectivos apoderados celebraron y por medio de la cual convinieron la disolución de la sociedad conyugal y "la separación de bienes en forma definitiva", con lo cual a cada cónyuge se le entregaron gananciales por valor de \$ 230.000,00; que como ese juicio de separación, seguido por la vía especial, fue desistido, el presente se inició por la vía ordinaria, según lo autoriza el artículo 462 del C. J.; que las causales de adulterio de la mujer y abandono de los deberes de esposa y madre son el fundamento de sus actuales pretensiones.

Con oposición de la demandada, quien propuso la excepción de transacción, adelantóse la primera instancia, que culminó con fallo de 5 de abril de 1967, denegatorio de las peticiones de la demanda, contra el cual apeló el actor. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en sentencia del 22 de noviembre siguiente, revocó la del a quo y en su lugar declaró probada la excepción perentoria de transacción. Entonces, el demandante interpuso el recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal, luego de transcribir los hechos en que el demandante cimentó su petición de separación de bienes, dice que la primera instancia remató con sentencia desestimatoria, de la cual apeló el vencido. Cuenta a continuación que el fundamento

del fallo de primer grado consistió en que no se había aportado prueba idónea de ninguna de las dos causales alegadas: adulterio de la mujer y abandono de sus deberes de esposa; agrega que, sin embargo, con las practicadas en segunda instancia, se demostró la de abandono de los deberes de la cónyuge, razón por la cual debería prosperar la pretensión intentada; que también aparece probada la excepción de transacción, pues en la inspección ocular practicada en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Marta se constató que allí cursó juicio de separación de bienes entre Maruja Jaramillo de Enciso y Abel Humberto Enciso que "terminó por haber sido admitido el desistimiento presentado por las partes por haber llegado a una transacción"; y que esta excepción está probada además con la copia del documento en que se consignó el apuntado contrato de transacción. El sentenciador remata diciendo: "ese contrato no ha sido impugnado y debe, por consiguiente, reconocérsele plena validez, conforme lo autoriza el artículo 2.469 del C. Civil", por lo cual "es preciso declarar probada la referida excepción".

EL RECURSO

Un solo cargo contiene la demanda, consistente en la violación de ley sustancial, por vía indirecta, a consecuencia de "error de derecho en la apreciación de una prueba". Invócase la causal primera de casación erigida en el numeral 1º del artículo 52 del Decreto Ley 528 de 1964.

En desarrollo del cargo dice el censor que, según la definición que da el artículo 2.469 del C. Civil, "la transacción supone reciprocidad de concesiones por cada uno de los contratantes"; que al tenor del artículo 1.820 ibidem, la sociedad conyugal se disuelve "por la sentencia de separación total de bienes"; que "simple separación de bienes, según el artículo 197 del C. Civil, es la que se efectúa sin divorcio, en virtud de decreto judicial o por disposición de la ley"; que, de conformidad con los artículos 1.821 de la misma obra y 1º de la Ley 28 de 1932 la liquidación de la sociedad sigue

a la disolución de ésta, pero aquélla "no requiere el ejercicio de una acción principal o especial"; que a términos del artículo 957 del C. Judicial, los cónyuges, sin intervención del juez, pueden hacer "la liquidación de la sociedad conyugal —acto de partición—".

Agrega el recurrente que el mutuo acuerdo de los consortes no es, en cambio, causal suficiente para declarar disuelta la sociedad conyugal, pues sólo puede decretarse judicialmente y por una de las "causales taxativamente señaladas en la ley"; que como "el estado de separación de bienes es de orden público, no puede ser objeto de transacción"; que sólo por medio de una sentencia judicial basada en una de las causales de la ley puede decretarse la separación de bienes, y decretada ésta, la liquidación subsiguientes del haber de la sociedad sí puede ser materia de transacción entre cónyuges.

El atacante expone que el Tribunal encontró probada una excepción perentoria, definida en el artículo 329 del C. Judicial; que la prueba consiste en el documento privado en que los cónyuges consignaron los términos de la transacción que celebraron el 12 de junio de 1964, cuya autenticidad no ha sido discutida por nadie y antes bien "ha sido aceptada expresamente por todos", pues fué reconocido, razón por la cual tiene fuerza de confesión judicial (artículos 632 y 637 del C. Judicial); que ese escrito no constituye plena prueba de la excepción de transacción, calidad que le reconoció el sentenciador, pues "no tiene valor ni efecto alguno en relación con el estado de separación de bienes pedido en la demanda por el señor Abel H. Enciso"; que, a pesar de ese documento, la sociedad conyugal que, por el hecho del matrimonio, formaron los consortes litigantes, tiene plena existencia legal, "y la tiene todavía a pesar de la distribución de los bienes"; que la sociedad existe actualmente pues no ha sido disuelta por ninguna causal legal, "ya que en el anterior juicio de separación de bienes —el promovido por la esposa— no se profirió sentencia que declarara a los cónyuges separados de bienes y disuelta la

sociedad", sino la simple aceptación del desistimiento presentado por los consortes. Que no hubo sentencia que terminara normalmente el juicio, sino admisión del memorial de desistencia y, entonces, "es por lo menos absurdo pretender que por virtud del contrato de transacción" citado, los cónyuges no puedan obtener la separación de bienes que aún no ha sido judicialmente decretada, la consiguiente disolución de la sociedad conyugal, y la posterior distribución de bienes sociales.

El recurrente afirma que, no obstante lo dicho, cuando se decreta judicialmente la separación de bienes, la liquidación social contenida en el documento de transacción "será obligatoria para las partes", en la forma en que se dejó consignada en el documento dicho.

Termina diciendo el recurso que "el error de derecho demostrado" condujo al Tribunal a la violación indirecta de las siguientes normas:

a) El art. 539 del C. Judicial, porque la excepción perentoria de transacción no tiene respaldo procesal.

b) Los artículos 2.469 del C. Civil y 329 del C. Judicial, porque esas normas fueron indebidamente aplicadas.

c) El art. 197 del C. Civil, pues se desconoció su vigencia.

d) El art. 1.820 del C. Civil, pues él no erige como causal de disolución de la sociedad conyugal la del mutuo acuerdo de las partes.

La Corte considera:

I. En materia civil el recurso de casación es procedente cuando la sentencia acusada es violatoria de ley sustancial, conforme a los términos del numeral 1º del artículo 52 del Decreto Ley 528 de 1964, que erige ese primer motivo.

De su claro texto fluye que sólo el quebranto de preceptos que tengan la calidad de sustanciales, puede fundar un ataque dentro del ámbito de esa primera causal, pues la violación de normas simplemente

instrumentales, no sirve de cimiento a una impugnación en el campo de la causal dicha, excepto cuando su quebranto conduce a la infracción de ley sustancial, ya que, entonces, esta última es la que en verdad le sirve de apoyo.

De lo anterior resulta que el impugnante está en el perentorio deber de indicar con exactitud cuál o cuáles preceptos de linaje sustancial estima vulnerados por el sentenciador; debe precisar también si ese quebranto se ha producido por vía directa o a consecuencia de error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, o por razón de un yerro de derecho con señalamiento de las normas de preceptiva probatoria que se consideran infringidas por el sentenciador; y tanto cuando la violación se produce por vía indirecta como por la directa, ha de explicar si el quebranto de ley sustancial se produjo por falta de aplicación ó infracción directa, por aplicación indebida, ó por errónea interpretación.

II. Está llamado a fracasar el ataque que, planteado en el ámbito de la causal primera de casación, señala, como preceptos infringidos, disposiciones que ni por sí, ni combinadas con las otras, forman proposición jurídica completa ó solamente tienen carácter instrumental, ya que la violación de ellas no es suficiente a fundar con prosperidad un ataque dentro de los precisos lindes del motivo primero. La doctrina jurisprudencial ha dicho con insistencia que "son leyes sustanciales aquellas que, frente a un supuesto de hecho previsto en las mismas, consagran derechos a favor de los asociados o les imponen obligaciones, es decir, son las que en presencia de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican ó extinguen relaciones jurídicas entre las partes, siendo entendido, desde luego, que cuando una determinada relación jurídica está gobernada no por un precepto único, sino por varios que se complementan, para que la acusación sea cabal es indispensable que comprenda a todos y a cada uno de ellos, pues sólo así quedaría estructurada la proposición jurídica completa" (Casac. Civil de

septiembre 9 de 1970, juicio de Lola Gaona Vda. de Torres contra José Domingo García y otros, aún no publicada en la Gaceta).

III. Los siguientes preceptos que señala como infringidos el censor, no tienen carácter sustancial: los artículos 593 y 329 del C. Judicial, pues como respectivamente enseñan en qué debe fundarse en materia civil toda decisión judicial y qué hecho constituye excepción perentoria, no declaran, crean, modifican o extinguen derechos subjetivos o imponen obligaciones a las personas; el primero está dirigido al Juez y no a las partes, para indicarles que sus decisiones deben fundarse en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, y el último se limita a definir en qué consiste la excepción perentoria. Los artículos 197 y 2.469 del C. Civil, tampoco son de naturaleza sustancial, pues el primero dice qué es la simple separación de bienes, y el último define el contrato de transacción. Ninguno de ellos, por tanto, es norma atributiva de derechos a las personas o de obligaciones. Finalmente, el artículo 1.820 ibidem, ni por sí ni enlazado con aquellos forma proposición jurídica completa.

IV. Agrégase a todo lo anterior que como la acusada violación de ley sustancial se produjo, según el censor, a consecuencia de error de derecho en la apreciación del documento privado que contiene el contrato de transacción predicho, el impugnante estaba obligado inexorablemente a señalar las normas de preceptiva probatoria violadas por el Tribunal al otorgar valor persuasivo a ese documento. No lo hizo así, y hacerlo era su deber. Los artículos 632 y 637 del C. Judicial, únicas normas de valoración citadas por el recurrente, mas no como violadas, fueron traídas por aquél para sustentar su afirmación de que la autenticidad del citado documento de transacción "no ha sido discutida por nadie" y que "por el contrario, ha sido aceptada por todos", por lo cual tiene "fuerza de confesión judicial en cuanto a sus estipulaciones".

Limitóse la censura a afirmar que es

errónea la apreciación que hizo el Tribunal de ese escrito al otorgarle plena fuerza demostrativa de la excepción perentoria de transacción, cuyo reconocimiento impidió la prosperidad de la acción de separación, diciendo que "ese documento cuyo contenido nadie discute, no alcanza a constituir plena prueba de la excepción apuntada, reconocida en la sentencia de segunda instancia; porque ese documento no tiene valor ni efecto alguno en relación con el estado de separación de bienes pedido en la demanda... A pesar de ese documento, la sociedad conyugal formada por mi poderdante y la señora Maruja Jaramillo de Enciso, tiene plena existencia legal... La sociedad existe porque no ha sido disuelta por los medios que la ley establece, ya que en el anterior juicio de separación de bienes —el promovido por la esposa— no se profirió sentencia que declarara a los cónyuges separados de bienes y disuelta la sociedad".

El impugnante, confiado en sus propios argumentos, olvidó citar las normas de preceptiva probatoria que limitan el alcance persuasivo de ese documento en orden a demostrar la transacción. De nada le valen al censor sus razonamientos, aunque estén ajustados a la ley, si para demostrar que por error de derecho se produjo el quebranto de ley sustancial, no indica las disposiciones de preceptiva probatoria violadas por el sentenciador. Pero entendiéndose que los artículos 632 y 637 del C. Judicial fueron citados como normas probatorias vulneradas, también sería vano el ataque, pues las disposiciones acusadas como sustanciales, no forman proposición jurídica completa.

V. Con todo, respecto a la validez del contrato de transacción por medio del cual los cónyuges declararon disuelta la sociedad conyugal y determinaron su liquidación y el modo de distribuir gananciales, la Corte, con el propósito de rectificar la tesis del Tribunal, reitera su doctrina expuesta en sentencia de 30 de abril pasado, dictada en el juicio de separación de bienes promovido por Cecilia Fonnegra de Gutiérrez contra Jorge A. Gutiérrez Avila, aún

no publicada en la Gaceta, mas sí en el número 102, página 624 de "Derecho Colombiano", ocasión en que dijo:

"Esta sociedad de bienes es institución de orden público que no puede ser disuelta por un acto de la voluntad de los cónyuges, sino en virtud de decreto judicial (numeral 2º, 3º y 4º del artículo 1.820 del C. Civil) o por la muerte de uno de los cónyuges (numeral 1º de la misma disposición, enlazada con el artículo 152 del mismo Código). Ni el marido, ni la mujer, ni ambos juntos, con un acto de su libre voluntad, pueden generar directamente la separación de bienes o disponer la disolución de la sociedad. Esa declaración no tiene virtud para producir tal efecto, pues, como lo estatuye el artículo 16 del C. Civil, "no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres". Es necesario el decreto judicial o el acaecimiento de la muerte de uno de los cónyuges (art. 1.820).

"... la regla contenida en el artículo 7º de la Ley 28 de 1932 que da capacidad a los cónyuges "para definir extrajudicialmente, y sin perjuicio de terceros las cuestiones relativas a la distribución de bienes", no es pertinente en este caso, pues esa disposición sólo se aplica a las sociedades conyugales que ya existían al primero de enero de 1933, fecha en la cual entró en vigencia la ley citada arriba. Los cónyuges cuyo matrimonio fué celebrado después del 31 de diciembre de 1932 no pueden extrajudicialmente liquidar, ni siquiera provisionalmente, la sociedad de bienes formada por el hecho del matrimonio, ni menos aún pueden, por mutuo acuerdo, decidir sobre la separación de bienes y la disolución subsiguiente de esa sociedad, pues la ley ha determinado con claridad y precisión que aquella separación sólo puede efectuarse "en virtud de decreto judicial o por disposición de la ley" (artículo 197 del C. Civil) y del mismo modo ha fijado las causales de disolución de la sociedad (artículo 1.820 ibidem), entre las que no se cuenta el mutuo acuerdo de los consortes

como erradamente lo entendió el Tribunal sentenciador".

De lo dicho y como secuela lógica, sigue-se que, como las normas sobre sociedad de bienes entre cónyuges son de orden público nacional, su derogatoria no puede producirse por el simple convenio de los particulares.

VI. No obstante lo antes expuesto, como el recurso de casación no da nacimiento a una tercera instancia y como, por su notoria falta de técnica, la demanda que se despacha no da piso a quebrantar el fallo, la Corte no podrá entrar a estudiar el proceso como fallador de instancia, pues su ámbito está demarcado por los precisos límites que le señala la demanda en el recurso extraordinario.

El cargo, por tanto, no prospera.

En mérito de lo dicho 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 del Distrito Judicial de Santa Marta, proferida el 22 de noviembre de 1967 en el juicio de separación de bienes en que se enfrentaron los cónyuges Abel Humberto Enciso y María de los Santos ó Maruja Jaramillo de Enciso.

Sin costas porque el recurso dió lugar a rectificar una doctrina.

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

Ernesto Cediél Angel, Ernesto Blanco Cabrera, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alfonso Peláez Ocampo, Ricardo Uribe Holguín.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.



FILIACION NATURAL

Sucesión y herencia, son sinónimos; no es persona jurídica y cuando se le demanda, debe entenderse que se ha demandado al heredero o herederos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintisiete de octubre de mil novecientos setenta.

(Proyecto preparado por el señor Abogado Asistente doctor Ricardo Uribe-Holguín y aprobado en Sesión del 21 de octubre de 1970 según Acta N° 93).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 5 de marzo de 1968, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio ordinario que promovió el menor Juan Carlos Medina contra la menor Luz Stella Castaño B., en su carácter de heredera de Tadeo Castaño.

EL LITIGIO

I. Mediante libelo que fué corregido en la debida oportunidad procesal, Edelmira Medina Castaño, obrando en su condición de madre natural del menor Juan Carlos Medina y, como tal, en representación legal de éste, demandó por la vía ordinaria de mayor cuantía a la menor Luz Stella Castaño, como heredera reconocida en el juicio mortuario de Tadeo Castaño, representada legalmente por su madre natural Alba Bonilla, a efecto de obtener las siguientes declaraciones:

“A) Que el menor Juan Carlos Medina es hijo natural del señor Tadeo Castaño, por haber nacido de las relaciones sexuales estables sostenidas con la señora Edelmira Medina, en los términos del art. 92 del Código Civil.

“B) Que el menor Juan Carlos Medina tiene, como coheredero, al mismo derecho que Luz Stella Castaño, correspondiéndoles por partes iguales la herencia dejada por Tadeo Castaño, consistente en un granero (Granero Cali) debidamente surtido en la Plaza de Mercado (Calle 13, N° 9-59); con báscula, balanzas, teléfono, estantería y mostrador; en muebles dejados en su casa; y en cuatro (4) casas de habitación y un lote de terreno, cuyos números son: 10-51 de la carrera 12; 10-37/39/45 de la misma carrera 12; 4-60 de la carrera 19; y N° 9-62 de la carrera 22A;

“C) Que la demandada está obligada a restituir a la parte demandante, dentro del plazo que el fallo señale, su cuota-parte de la herencia sobre los bienes muebles e inmuebles anotados, junto con sus frutos civiles y naturales desde que los tiene en su poder hasta el día que se verifique la entrega; y

“D) Que se tome nota del reconocimiento de Juan Carlos Medina, al pie del registro civil de su nacimiento, en el libro correspondiente de la Notaría 1ª de este Circuito”.

II. Los hechos invocados para sustentar esta demanda y el escrito de corrección de la misma, pueden resumirse así:

1. Entre Tadeo Castaño y Edelmira Medina Castaño existieron relaciones sexuales estables y notorias durante varios años, hasta la muerte de aquél, ocurrida el 12 de mayo de 1965;

2. De tales relaciones fué fruto el menor Juan Carlos Medina, nacido el 23 de abril de 1965 en el Hospital Universitario de Cali;

3. Tadeo Castaño murió soltero dejando una hija natural, Luz Stella Castaño B., cuya madre natural es Alba Bonilla;

4. Dentro del juicio mortuario de Tadeo Castaño, Luz Stella fué reconocida como heredera del causante y está en posesión de la herencia.

III. Como madre natural de Luz Stella Castaño B., Alba Bonilla contestó la demanda original, y luego la corregida, negando los hechos fundamentales de las acciones propuestas por la parte actora y proponiendo la "excepción perentoria de ilegitimidad de personería sustantiva de la parte demandante".

IV. El Juez Octavo Civil Municipal de Cali, a quien correspondió decidir el litigio en la primera instancia, absolvió a la parte demandada de todos los cargos de la demanda y condenó en costas a la actora.

EL FALLO ACUSADO

En virtud de apelación interpuesta por la parte desfavorecida, pasó el expediente al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Agotada la actuación de la segunda instancia, el Tribunal dictó sentencia cuya parte motiva puede sintetizarse de esta manera:

"Es indudable —dice el sentenciador de segundo grado— que el actor con la corrección de la demanda enderezó su acción al fin propuesto, pues especificó que demandaba a la sucesión del señor Tadeo Castaño representada por su hija natural Luz Stella Castaño, quien a su vez está representada por su madre natural Alba Bonilla, subsanando así no sólo con esta aclaración sino con las demás puntualizadas en su escrito de corrección lo que hubiera acarreado la desestimación de la acción propiamente dicha. Si algunas fallas secunda-

rias o formales se anotan en el libelo de la demanda éstas no obstan para que el juzgador entre al fondo de la cuestión debatida, ya que la demanda siempre ha de interpretarse de conjunto, percibiendo la verdadera intención del actor conforme a la exposición de las ideas expuestas, desentrañando el móvil que ha servido de pauta hasta donde lo permita la razón jurídica y la ley".

Como secuela de este razonamiento, el Tribunal expresa que queda "aclarada así la legitimidad sustantiva de la parte demandante impugnada por la parte demandada", y entra en seguida al estudio del conjunto de pruebas aportadas al juicio, advirtiendo primeramente que "entre las pruebas allegadas por el actor solamente habrán de tenerse en cuenta, en cuanto a los testimonios se refiere, aquéllos que fueron ratificados debidamente dentro del término probatorio de conformidad con lo dispuesto por el art. 693 del C. Judicial, o sea las correspondientes a los Srs. Alicia Oviedo Victoria, Manuel Salvador Ramírez, Ana Collazos Medina, Jesús Betancour y Domitila Rodríguez".

Del examen que hace de estos cinco testimonios, el Tribunal deduce la siguiente conclusión: "Sin lugar a dudas este grupo de declarantes prueba el hecho de que el Sr. Tadeo Castaño sí tuvo relaciones estables con Edelmira Medina Castaño, habiendo convivido bajo un mismo techo en forma notoria y permanente hasta la muerte de éste. Los testigos en general son afirmativos en sus exposiciones, no obstante el severo interrogatorio a que fueron sometidos al ser ratificadas sus declaraciones por el apoderado de la parte demandada y pese también al prolongado espacio de tiempo que medió entre las primeras declaraciones y su ratificación. Además, bueno es anotarlo que la parte demandada no ha demostrado lo contrario de lo aquí afirmado; su actitud pasiva ante los hechos narrados no provoca o incita el ánimo para demostrar lo contrario, ni mucho menos se probó o intentó probar siquiera que Edelmira Medina Castaño hubiera tenido relaciones con otra persona durante el período en que convivió con Tadeo Castaño".

Y agrega el Tribunal: "Los detalles expuestos por los declarantes, que vienen a complementar el interrogatorio hecho por la parte interesada, son muy significativos para el juzgador de derecho, ya que con ellos se está evidenciando la certeza sobre el conocimiento de tales hechos y la verdad de haberlos presenciado". Tales detalles son: el haber manifestado Tadeo Castaño a la testigo Alicia Oviedo, cuando ésta le preguntó si reconocía a Juan Carlos como hijo suyo, "que por ahora no"; el haberle dicho al testigo Manuel Salvador Ramírez, al preguntarle éste qué pensaba hacer con el niño habido entre él y Edelmira; "que lo que él poseía era para repartirlo entre este niño y otra niña que tenía"; y algunas otras respuestas que el Tribunal toma de los testimonios.

"Es de notar —advierte luego— que la prueba en este juicio, que la constituyen prácticamente los testigos, es relativamente limitada y que en verdad algunos de ellos no expresan exactamente la fecha en que esas relaciones entre Tadeo Castaño y Edelmira Medina Castaño empezaron, como también el hecho en sí de la intimidad de tales relaciones, pero la H. Corte ha definido este aspecto generosamente en varias jurisprudencias..." que en seguida transcribe.

Previas estas consideraciones, el Tribunal revoca la sentencia del Juez *a quo* y en su lugar declara:

"1º) ... que el menor impúber de nombre Juan Carlos Medina, nacido el 23 de abril de 1965 en la ciudad de Cali, es hijo natural del señor Tadeo Castaño.

"2º) Que el menor Juan Carlos Medina, en su calidad de hijo natural, tiene el mismo derecho que Luz Stella Castaño en el patrimonio de su padre natural Tadeo Castaño y como tal debe ser repartido su haber hereditario por partes iguales si no hubiere más herederos.

"3º) Una vez en firme esta providencia ofíciase al señor Notario Primero de la ciudad de Cali para que inscriba al citado menor en el libro de Registro de nacimientos para los efectos legales.

"4º) Se niegan las demás declaraciones impetradas por la parte actora.

"5º) Costas a cargo de la parte demandada".

Contra tal proveído interpuso esta última el recurso extraordinario de casación, que la Corte pasa a estudiar y decidir.

LA DEMANDA DE CASACION

El recurrente formula dos cargos: uno por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba testimonial, del cual fué consecuencia, en su concepto, la infracción directa y la aplicación indebida, al caso del pleito, de los artículos 92 del Código Civil y 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1935; y el otro por error de hecho y de derecho en la interpretación de la demanda, que llevó al Tribunal a violar, por falta de aplicación, el artículo 1.008 del Código citado.

Primer cargo. El error de hecho lo hace consistir el recurrente en que el Tribunal estimó que las declaraciones de los cinco testigos que ratificaron las que rindieron de nudo hecho, acreditan que el nacimiento del actor se produjo después de 180 días contados desde la iniciación de relaciones sexuales notorias y estables entre Tadeo Castaño y Edelmira Medina Castaño; testimonio que, en opinión de la censura, no dan fé de tal hecho.

Finalmente, acusa de infracción directa y aplicación indebida el artículo 92 del Código Civil, como también el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1938.

La Corte considera:

1. En su declaración de nudo hecho, ratificada después en todas sus partes dentro del juicio, Domitila Rodríguez dijo al responder al punto 3º del interrogatorio: "Es cierto, sé y me consta de modo personal y directo que mi preguntante señora Edelmira Medina C. desde el día 5 de julio de 1964, vivió bajo un mismo techo con el señor Tadeo Castaño, en la casa de propie-

dad de éste, ubicada en la carrera 12 N° 10-45 de esta ciudad, hasta el día de su fallecimiento, ocurrido el día 12 de mayo del año en curso (1965), lo cual me consta personalmente porque por esa fecha yo vivía en la casa de habitación del nombrado señor Castaño como inquilina de éste". Y en respuesta al punto primero del contrainterrogatorio a que fué sometida al ratificar esa primera declaración, dijo así: "Cuando el niño nació el señor Castaño estaba muy grave, pero me consta que élla entró a vivir con él el 5 de julio de 1965 (sic) y el niño nació el 23 de abril de 1965". Está bien claro que al mencionarse el año de 1965 como el en que comenzó la vida en común bajo un mismo techo, se incurrió en error caligráfico, pues la testigo ya había afirmado que las relaciones comenzaron el 5 de julio de 1964 y esta afirmación fue expresamente ratificada por ella.

En el testimonio rendido extrajudicialmente por Jesús María Betancourt, que fué también ratificado dentro de la litis, nada dijo el declarante con relación a la fecha en que se iniciaron las relaciones sexuales. Pero dentro de la diligencia de ratificación, al responder al punto primero del contrainterrogatorio, manifestó: "Yo fechas si no voy a dar porque no recuerdo, pero (hace) más o menos por ahí alrededor de unos cuatro años (el testigo declaraba en abril de 1966) que asistí a un almuerzo a donde fuí invitado por Tadeo a su casa y habían sido invitados también Edelmira y un hermano o primo de ella. Eso hace me parece unos cuatro años, algo más o menos. En cuanto a las relaciones sexuales fué por ahí como uno o dos años después (en 1963 o 1964) cuando yo los ví bajo un mismo techo viviendo en la casa de él". Más adelante, en su contestación al punto cuarto, expuso: "En cuanto a la fecha, no recuerdo fechas, y me consta por lo que expliqué atrás en otra respuesta mía y porque el señor Tadeo Castaño me lo manifestó repetidas veces".

A la primera testigo nombrada le consta pues la fecha exacta en que comenzaron las relaciones sexuales; el 5 de julio de 1964. Al segundo testigo no le consta

esa fecha, pero sí da razón de la época aproximada en que tales relaciones comenzaron; en 1963 o en 1964. Y lo que importa, para los efectos previstos en el ordinal 4° del artículo 4° de la Ley 45 de 1936, no es la fecha precisa en que se iniciaron las relaciones, sino el hecho de que éstas existieran al tiempo de la concepción, de acuerdo con la norma contenida en el artículo 92 del Código Civil. Habiendo como hay dos testigos que declararon que Juan Carlos nació después de 180 días de la iniciación de las relaciones sexuales entre Tadeo Castaño y Edelmira Medina, no puede la Corte admitir que el Tribunal incurriera en una contraevidencia al apreciar la prueba testimonial, puesto que sí hubo testigos que dieron fé de la época en que comenzaron a existir notoria y establemente esas relaciones sexuales.

2. En cuanto al error de derecho, que se invoca simultáneamente y respecto de unas mismas pruebas con el de hecho, la censura no puede prosperar, por dos motivos: a) Porque error de hecho y error de derecho no caben a un mismo tiempo en relación con un mismo medio probatorio y sobre un mismo punto, y b) Porque el error de derecho consiste en no dar a una prueba el valor que legalmente tiene, o en darle uno de que carece según la ley. Sea lo uno o sea lo otro, es indispensable que el recurrente indique en forma concreta las disposiciones de orden probatorio infringidas por el juzgador de segunda instancia, lo que no hizo. La Corte no puede suplir la omisión en que el censor incurrió en este particular.

3. Finalmente, el corolario que el recurrente parece deducir de estas premisas, es inadmisibles, por varios motivos: a) Porque la infracción directa, que es la falta de aplicación de una norma sustancial, y la aplicación indebida de esa misma norma sustancial, son conceptos que se excluyen entre sí; b) Porque aun cuando la intención del recurrente fué invocar una infracción "Por vía indirecta" de los artículos 92 del Código Civil y 4° de la Ley 45 de 1936, es lo cierto que el error de hecho que invocó como premisas de tal infrac-

ción no aparece de manifiesto en los autos, ni el de derecho está fundamentado, ni son acumulables.

Se rechaza, pues, el cargo.

Segundo cargo. Al formularlo comienza el recurrente por poner de relieve la confusión en que incurrió el Tribunal al hacer el estudio de "la personería sustantiva de la parte demandada", del cual vino a concluir que es legítima la personería "sustantiva de la parte demandante (sic) impugnada por la parte demandada".

Luégo hace notar que en ese estudio el Tribunal incurrió en el error de hecho y de derecho de "admitir que la SUCESION de Tadeo Castaño es persona jurídica con capacidad para ser demandada en la forma en que lo fué; error de hecho y de derecho que llevó al Tribunal a confundir Sucesión y Herencia, pues mientras la primera no es sujeto activo ni pasivo; la segunda sí lo es y es el heredero quien en consecuencia sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

Termina el censor diciendo que, a consecuencia del doble error aludido, el Tribunal violó por falta de aplicación el inciso 2º del artículo 1.008 del Código Civil.

Observa la Corte:

1. Es verdad que el sentenciador hizo examen de la "personería sustantiva de la parte demandada" para concluir de él que es legítima la de la parte demandante. Mas ello no tiene incidencia en el fallo que profirió, comoquiera que la parte resolutive de éste reposa sobre la base de que ambas partes litigantes estaban legitimadas para intervenir en el juicio.

2. Que la SUCESION no es persona jurídica, pero sí lo es la HERENCIA como sujeto activo y pasivo, es concepto manifiestamente erróneo. Estos dos vocablos, que la ley usa a veces como sinónimos, designan por igual la comunidad universal que se forma sobre los "bienes, derechos y obligaciones" de una persona natural en el

momento de su fallecimiento. La sucesión o herencia no es persona jurídica.

3. La Corte ha dicho que cuando se demanda a la sucesión o a la herencia, debe entenderse que se ha demandado al heredero o herederos. Por consiguiente, la circunstancia de que el sentenciador haga los pronunciamientos a favor de la sucesión, no implica ningún error suyo, de hecho ni de derecho. Error de hecho en la aplicación de la demanda es hacerle decir cosa que no exprese, u omitir, como no dicha, cosa que sí expresa. Error de derecho, no darle a la confesión que pueda contener el libelo la fuerza probatoria que la ley le asigne.

4. Todavía dando por sentado que el Tribunal hubiera incurrido en el error de hecho o de derecho que la censura le atribuye, el cargo tampoco prosperaría, porque la disposición del artículo 1.008 del Código Civil no es de carácter sustancial, ya que se limita a definir en qué consisten el título universal y el singular.

5. Finalmente, el censor no señaló en este cargo, como infringido por aplicación indebida, el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, soporte de la sentencia del Tribunal y cuya violación hubiera sido propuesto indispensable para poder casarla.

Se rechaza también este cargo.

RESOLUCION

En mérito de las consideraciones hechas en esta providencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia objeto de este recurso extraordinario.

Las costas del mismo son de cargo de la parte recurrente.

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

Ernesto Cediél Angel, Ernesto Blanco Cabrera, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández, Alfonso Peláez Ocampo.

Heriberto Caycedo M., Secretario.



FILIACION NATURAL

TECNICA DE CASACION. — Causal 1ª norma sustancial.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Gilrardo Zuluaga).

(Aprobado según Acta número 92 del veinte de octubre).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, proferida el 29 de febrero de 1968 en el juicio ordinario que promovió Camilo Enrique Muñoz Flórez frente a los impúberes José Alfredo, Hernando Alonso y Carlos Alberto Muñoz, representados por su madre natural, Carmen Julia Hoyos.

EL LITIGIO

Ante el Juez Civil del Circuito de Medellín aquél demandó a los citados menores para que, previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones:

“A) Por no haberse demostrado debidamente dentro de este juicio que los menores José Alfredo, Hernando Alonso y Carlos Alberto Hoyos en realidad sean hijos naturales del señor Camilo Enrique Muñoz Flórez, no se puede tener a éste como padre natural de los mismos, y por consiguiente se declara sin valor ni efectos jurídicos algunos el fallo proferido por el señor Juez de Menores de Medellín el 19 de septiembre de 1962, por el cual se dice que el señor Muñoz sí tiene tal calidad respec-

to de los susodichos impúberes y que, consecuentemente, está obligado a suministrarles alimentos cóngruos.

“B) En subsidio, de no hacerse la declaratoria anterior, se declara que es nulo, de nulidad absoluta, y por consiguiente sin efecto alguno en contra del señor Camilo Enrique Muñoz Flórez, el fallo referido.

“C) Subsidiariamente a las dos declaratorias anteriores, se declara inexistente el detallado fallo, y en consecuencia sin efectos en contra del señor Camilo Enrique Muñoz Flórez.

“D) Se condena en costas a los demandados”.

La causa petendi se hizo consistir en los siguientes episodios:

Que ante el Juez de Menores de Medellín se promovió contra el demandante “el juicio especial de paternidad de que da cuenta la Ley 83 de 1946”; que, “con serias anomalías de índole procesal”, se tramitó el juicio y que el sentenciador “incurrió en error en la interpretación y valoración de las pruebas” y dejó de estudiar la tacha propuesta contra algunas de ellas; que la declaración de paternidad natural con que remató ese juicio, fundóse especialmente en carta—“que se dice fué enviada por el señor Camilo Enrique Muñoz Flórez a la señora Carmen Julia Hoyos” y que no tiene valor para producir esa convicción; que el demandante “no está conforme ni con el procedimiento ni con lo fallado” por el Juez de Menores, por lo cual ocurre a los jueces civiles para que decidan en definitiva sobre el punto debatido “debiendo los

menores referidos o su curador, demostrar dentro de este juicio ordinario que, en realidad, el señor Camilo Enrique Muñoz Flórez es el padre natural de todos ellos..."; que la madre de los menores, Carmen Julia Hoyos, es mujer de aquellas que ejercen el comercio carnal en forma reservada, "de manera sigilosa y con la cautela y astucia suficientes para pasar ante la mayoría de la gente como mujeres decentes".

Con oposición de la parte demandada se tramitó el juicio ordinario, cuya primera instancia culminó con sentencia de 26 de junio de 1967 por la cual se declaró "sin valor ni efectos jurídicos algunos el fallo proferido por el señor Juez de Menores de Medellín el 19 de septiembre de 1962".

De esta providencia recurrió en apelación la parte demandada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de 29 de febrero de 1968, la revocó y en su lugar dispuso no hacer las declaraciones solicitadas en la demanda.

Insatisfecho el demandante con este fallo, interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Después de hacer un resumen de las peticiones y de los hechos en que se apoyan y luego de historiar lo acaecido en el trámite del juicio, dice el Tribunal que las pruebas practicadas en la etapa procesal que se anuló porque la demanda no había sido notificada a la madre de los demandados, no pueden ser valoradas, pues ésta no tuvo oportunidad de contradecirlas; que, no obstante, si esas pruebas se tuvieran en cuenta, también "sería jurídico llegar a concluir que el fallo del Juzgado de Menores deja de tener efectos legales", pues la carta fechada el 25 de julio de 1965, escrita directamente por el demandante, "sería prueba irrefutable de la calidad paternal de éste frente a los menores demandados". Agrega el sentenciador que es menester, "para que la revisión de una providencia judicial surta efectos favorables a quien

la pretende", demostrar irregularidad en el procedimiento, error en la apreciación de la prueba o desacato a la ley, nada de lo cual fué probado. Que la carta escrita por el presunto padre, contentiva de una declaración inequívoca de paternidad, que permitió al Juez de Menores dictar la sentencia enjuiciada, es prueba suficiente para sostener aquel fallo, pues, además, con posterioridad al momento en que fué debidamente citada la madre de los menores, no se trajo al juicio copia de la providencia del Juez de Menores que se combate en este juicio, y que constituye la sujeta materia de él.

LA IMPUGNACIÓN

El censor formula ataque al fallo del Tribunal "dentro de la causal primera del art. 520 del C. Judicial, como violatorio que es de la ley sustantiva por infracción de la misma, aplicación indebida y errónea interpretación, a lo cual llegó por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que aparecen de modo manifiesto en los autos".

En desarrollo del cargo dice que "el libelo demandatorio se encamina a que los demandados comprueben dentro del juicio que los menores impúberes, representados por su curador y su madre natural, demuestren legalmente ser hijos naturales del señor Camilo Enrique Muñoz F., ya que éste ha negado bajo juramento y en todos los tonos posibles que no es el padre natural de ellos y que la declaratoria de paternidad natural hecha por el Juez de Menores es nula, de nulidad absoluta, ya que por ministerio de la ley tales declaraciones son de competencia exclusiva de los jueces civiles". Que la Ley 83 de 1946 "no autoriza la declaración de paternidad por el Juez de Menores, sino la investigación de la paternidad para imponer al presunto padre la obligación de suministrar alimentos congruos", según los artículos 85 a 96, por lo cual el 94 de la misma deja a salvo el derecho de las partes para establecer el juicio correspondiente ante los jueces civiles. Que sólo a éstos corresponde la declaratoria de paternidad natural, pues el artículo

1º de la Ley 45 de 1936 dispone que se tenga como natural al hijo "declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente ley". Que una cosa es el reconocimiento y otra la declaratoria de hijo natural, pues aquél "opera en la forma prescrita por el art. 2º", en tanto que "la última se consigue mediante el correspondiente juicio ordinario ante los jueces civiles, en los casos determinados en uno de los cinco numerales del artículo 4º *ibidem*".

Agrega que en el juicio adelantado ante el Juez de Menores, se adujo como prueba una carta escrita por el demandante, cuya copia se aportó en la primera instancia del juicio seguido ante el Juez Civil; que ese documento "no contiene una confesión inequívoca de paternidad, como se la atribuyó el Juzgado de Menores", pues "no hay en ella tampoco un reconocimiento, es abstracta, no menciona nombres, es indeterminada y no es inequívoca". Que el Juez de primera instancia encontró que ese escrito no contenía una confesión inequívoca de paternidad, pues no se sabe a cuáles hijos se refiere, ya que en la fecha en que fué escrito sólo habían nacido dos de los tres hijos amparados con la declaratoria judicial de paternidad. Que como no están satisfechos los requisitos que debe tener el escrito emanado del presunto padre para que, con fundamento en él, se pueda hacer un pronunciamiento de paternidad de quien lo confeccionó ó por cuya orden se extendió, se violaron por el Tribunal las siguientes disposiciones:

"Art. 1º de la Ley 45 de 1936" por cuanto no declaró si los menores demandados eran o no hijos naturales del demandante, "de acuerdo con la petición A) del libelo de demanda", razón por la cual igualmente violó el artículo 471, inciso 4º del C. Judicial.

"Art. 4º, numerales 3º y 4º, ya que la carta de que se trata sólo fué traída en copia y ella no reza una declaración inequívoca de paternidad".

"Art. 29 de la Ley 45 de 1936, pues los demandados no aportaron prueba de la pa-

ternidad natural del demandante" y al no producirse esta prueba, el Tribunal estaba en la obligación legal de desatar el litigio de acuerdo con los artículos 471 último inciso, y 472 del C. de P. C. violados con su fallo". Que por no haberse probado en el presente juicio la paternidad de los menores demandados, el demandante Muñoz Flórez no tiene con relación a ellos la condición de padre natural, por lo cual queda sin efectos la declaratoria que hiciera el Juzgado de Menores".

"Art. 448 del C. Judicial, numeral 1º, pues, según dice, de acuerdo con la Ley 45 citada, para declarar la paternidad el Juez de Menores carecía de competencia, por lo cual debió pronunciar la nulidad del fallo dictado por aquel, y al no hacerlo así, violó la norma citada que tiene sus bases inmovibles en los artículos 1.740 del C. Civil y 15 de la Ley 95 de 1890, disposiciones también quebrantadas "al no accederse o negarse la petición subsidiaria de la demanda".

La Corte considera:

El artículo 520 del C. Judicial que establecía los siete motivos por los cuales era procedente el recurso de casación, fue subrogado por el 52 del Decreto 528 de 1964, el cual reduce a cuatro aquellas causales.

El motivo primero de casación sólo procede cuando la sentencia es violatoria de ley sustancial. Este quebranto puede ocurrir de tres modos distintos: por no haberse empleado el precepto pertinente al caso litigado, evento en el cual se presenta la infracción directa, más conocida con el nombre de falta de aplicación; por haberse empleado norma impertinente, evento en el cual se presenta la aplicación indebida; y por último, la violación puede ocurrir cuando no obstante haberse aplicado la norma pertinente, se le da un alcance o un sentido que no tiene. Son tres situaciones distintas, todas las cuales se originan en violación de ley sustancial; ésta es toda norma que, frente a la situación fáctica que ella contempla, declara, crea, modifica ó extingue derechos subjetivos, o impone obligaciones a las personas.

Como claramente resulta de su naturaleza, estas tres formas de violación son distintas, y se rechazan de tal manera, que una excluye a las otras. En efecto: cuando se formula un ataque por falta de aplicación de ley sustancial, al mismo tiempo no puede formularse por aplicación indebida, pues si la norma se infringió precisamente por no habérsela aplicado al caso que regula, no se puede decir al mismo tiempo que sí fué empleada, mas en forma indebida; del mismo modo, si se predica el quebranto por interpretación errónea, no puede al mismo tiempo afirmarse que también lo fué por falta de aplicación o por aplicación indebida, pues, consistiendo la interpretación errónea en aplicación del precepto que regula la situación fáctica, mas con un sentido ó un alcance que no tiene, al mismo tiempo no puede decirse que la norma dejó de aplicarse, con lo cual se produjo infracción directa; y si, en cambio se denuncia interpretación errónea concomitante con aplicación indebida de la misma norma, se afirma una contradicción, pues, ya se dejó visto, que la primera es empleo de norma pertinente, mas dándole efecto que no tiene, y la segunda es aplicación de precepto que no regula el caso. Síguese de todo lo anterior, que no puede formularse a la vez un ataque por dos diferentes formas de violación. Y es más protuberante la falla y más clara la contradicción, cuando el quebranto simultáneo se denuncia por las tres modalidades.

Por la índole diferente de las tres formas de quebrantamiento de ley sustancial, tiene el recurrente la obligación de indicar, denominándola, cuál de ellas invoca, pues la Corte, limitada por los precisos marcos de la demanda de casación, no puede elegir entre aquellas formas de violación. Y como esa infracción de ley puede serlo, cuando ocurre por la vía directa, por una de las tres formas dichas, y cuando por la indirecta, sólo por las formas de aplicación indebida ó por falta de aplicación, es necesario en este evento, que la censura exprese si ese quebranto se produjo a consecuencia de un error manifiesto de hecho o de uno de derecho.

Es deber ineludible del impugnante, cuan-

do se alega la comisión de un error, demostrar, si se trata de uno de facto, que el Tribunal supuso una prueba o dejó de apreciar la existente, determinándola con exactitud en todos los casos, ó comprobar que el fallador le cercenó su real contenido cuando, no obstante haberla apreciado, le hizo decir lo que no expresa. Y si el error alegado es de derecho, el atacante, a más de su obligación de indicar, singularizándola, la prueba determinada respecto a la cual se cometió el yerro, tiene la de citar las disposiciones de valoración probatoria que fueron infringidas, explicando en qué consiste esta violación.

Contrario es a la lógica jurídica y a la técnica del recurso extraordinario, alegar que el Tribunal cometió a la vez, respecto de una misma prueba, error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos y error de derecho, pues éste necesariamente conlleva que el sentenciador haya apreciado la determinada prueba, aunque le haya concedido un valor de que carece o le haya otorgado el que no tiene, según la ley, en tanto que el otro, como se dejó visto, entraña que el sentenciador haya dejado de ver una prueba que materialmente obra en el proceso, o haya estimado una que no fué aportada.

Ahora bien, como el motivo primero de casación, que fué el único invocado en el sub lite, apunta a restablecer el imperio de la ley sustancial, cuyo quebranto es el que conforma la causal primera, entonces, como secuela lógica de esa situación, la censura debe señalar con claridad los preceptos de naturaleza sustancial que fueron vulnerados. Solo las normas que declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas, tienen la calidad de sustanciales. No basta, en consecuencia, indicar normas legales infringidas; es necesario, para la prosperidad del cargo, que esas disposiciones sean de aquella índole, como lo exige el numeral 1º del art. 52 del Decreto Ley 528 de 1964.

Dedúcese del resumen hecho de la demanda de casación, que élla ostenta los siguientes defectos que la hacen impróspera:

a) Acusa infracción coetánea por falta de aplicación, aplicación indebida e interpretación errónea, formas de violación que se excluyen las unas a las otras y que no pueden alegarse simultáneamente respecto a la misma disposición legal, como se dejó visto.

b) Acusa a la vez, respecto de la misma prueba, errores de derecho y de hecho evidente, cuando, como se explicó, el uno hace imposible la existencia del otro.

c) Olvida que la interpretación errónea sólo puede presentarse cuando la infracción de ley sustancial ha ocurrido por vía directa, pues élla supone que el recurrente acepta el estudio que el Tribunal haya hecho de la situación fáctica.

d) Omite señalar el precepto de disciplina probatoria que vulneró el sentenciador al otorgar a determinada prueba un valor del que carece legalmente, o al privarla del que la ley le concede.

e) Acusa como normas sustanciales los artículos 1º y 29 de la Ley 45 de 1936, siendo que no tiene tal linaje, pues aquel sólo dice quién tiene la calidad de hijo natural, mas sin imponer obligaciones o conceder derechos subjetivos, y éste es norma indiscutible de preceptiva probatoria que limita a los señalados en esa ley, los medios admisibles para la comprobación de la paternidad natural. El inciso 4º del artículo 471 del C. Judicial, lo mismo que el 472 de la misma obra, son de índole claramente instrumental, pues, respectivamente, dicen relación a los requisitos fundamentales de las sentencias, y a los principios que deben tener presentes y al criterio de interpretación y aplicación de normas rituales y de disciplina probatoria que deben guiar a los funcionarios del orden judicial. Estas normas tienen como destinatario al fallador y como no imponen obligaciones a las personas o le reconocen derechos subjetivos, no tienen carácter sustancial. También señalase como violado el inciso 1º del art. 448 del C. Judicial, que erige la incompetencia de jurisdicción como causal de nulidad, precepto típicamen-

te instrumental, cuyo quebranto podría fundar una impugnación, formulada por separado, y montada en la causal cuarta, mas no en el motivo primero. El artículo 1.740 del C. Civil, tampoco es norma sustancial, puesto que se limita a decir cuándo un acto o contrato es nulo y a establecer que la nulidad puede ser relativa o absoluta. Y, finalmente, señala como infringido el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, que no está vigente, pues expresamente fué subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, por lo cual no puede, de ninguna manera, haber sido vulnerado.

De todas las disposiciones acusadas como sustanciales, sólo tienen esa calidad los numerales 3º y 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, pues conceden el derecho a solicitar la declaración de paternidad natural cuando se demuestre una de las situaciones indicadas en ellos; mas la cita de este precepto en nada beneficia al recurrente, pues no indicó si el quebranto denunciado se debió a infracción directa, es decir a falta de aplicación, a aplicación indebida, ó a interpretación errónea, con la desventura de haber acusado su violación simultáneamente por todas aquellas formas, que se excluyen unas a otras, y sin haber demostrado en cuál de ellas se originó el quebrantamiento.

La Corte en sentencia calendada el 29 de enero de este año, pronunciada en el juicio ordinario de Jorge y Luz Rojas y María Teresa Pulido de Rojas contra Alfonso Mendoza Moreno, aún no publicada en la Gaceta, dijo:

"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 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 cues-

tión 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 juzgado lo preceptuado en ella.

“Como fácilmente se deduce de la naturaleza misma de cada una de las 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 sí 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 ó efecto que no le competen, por lo que al acusarse por aplicación indebida, en razón de haberse hecho por el juzgador 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 producir 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 ó 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 señala como desatendidas, teniendo en cuenta que, según se observó atrás, todas ellas pueden operar cuando el quebranto 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 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 ésta no puede cumplir su tarea jurisdiccional que en cuanto a 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”.

Todo lo anterior indica el fracaso de la impugnación.

FALLO

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 29 de

febrero de 1968 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del juicio ordinario promovido por Camilo Enrique Muñoz Flórez contra los impúberes José Alfredo, Hernando Alonso y Carlos Alberto Muñoz, representados por su madre Carmen Julia Hoyos Orozco.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Ernesto Cediél Angel, Ernesto Blanco Cabrera, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alfonso Peláez Ocampo, Ricardo Uribe Holguín.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

REIVINDICACION

Incongruencia. — Condiciones para que prospere el cargo planteado en relación con una excepción perentoria.

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

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

(Aprobado según Acta N° 93).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 5 de mayo de 1967, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ipiales en el juicio ordinario promovido por María Concepción Ortega vda. de Chaves contra Apolinar Moreno.

EL LITIGIO

I. Ante el Juez Civil del Circuito de Ipiales, María Concepción Ortega vda. de Chaves, obrando "en nombre y para la sucesión del que fué José M. Chaves, testada e ilíquida aún", propuso demanda por la vía ordinaria de mayor cuantía contra Apolinar Moreno, con las súplicas siguientes:

"PRIMERA. Se declara reivindicada en favor de la expresada sucesión testada e ilíquida y representada por dicha señora, la casa situada en la carrera 6ª de esta ciudad (Ipiales), cuyo portón de entrada se halla numerado con 9-38A, construida con tapias y cubierta de tejas, con aire libre, de dos pisos y compuesta de dos patios y diez y siete piezas, altas y bajas, interiores y exteriores hacia la carrera, todo formando un solo inmueble circunscrito por los siguientes linderos especiales: (aquí ellos);

"SEGUNDA. Como consecuencia, se condene a dicho señor Moreno a restituir y entregar, tres días después de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este debate, a la aludida sucesión testada e ilíquida, representada por la expresada señora, mi mandante, en su calidad de heredera y cónyuge sobreviviente, la aludida casa, conformada en la súplica anterior, por los expresados linderos y demás especificaciones detalladas, haciendo uso de la fuerza si fuere necesario;

"TERCERA. Se le condene al pago de los frutos civiles de dicha casa, desde la ejecutoria del fallo judicial que reconoció la propiedad en favor del Sr. José M. Chaves, o sea desde el mes de agosto de 1961, no solamente los que haya percibido como poseedor de mala fé, sino también los que hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad por haber estado la casa en su poder, a justa tasación de peritos o al ejecutarse el fallo definitivo como lo ordena el Art. 553 del C. J.

"CUARTA. Se le condene al pago de los deterioros que ha sufrido la casa en su parte interior, segundo patio, por su hecho y culpa, en la cuantía que fijen peritos idóneos; y

"QUINTA. A pagar, caso de oponerse a esta demanda, todos los gastos y costos de este juicio, cuyas agencias en derecho las estimo, desde ahora, en el 20% del valor de la cuantía".

II. La demanda se apoyó en hechos que pueden resumirse así:

1º El inmueble objeto de la acción reivindicatoria pertenecía a los cónyuges Sergio Machado y Luz Salcedo de Machado, contra quienes varios acreedores, entre ellos José M. Chaves, siguieron juicio ejecutivo dentro del cual se decretó el embargo de aquél;

2º Estando el embargo en vigor, los dos ejecutados vendieron el inmueble a Apolinar Moreno, mediante la escritura Nº 941, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Pasto el 31 de mayo de 1954, instrumento que, no obstante hallarse el bien fuera del comercio, fué registrado en la correspondiente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos;

3º Los cónyuges Machado-Salcedo vendieron a José M. Chaves el mismo inmueble, por escritura Nº 710, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Ipiales el 22 de noviembre de 1954, la cual fué debidamente registrada después de levantado el embargo;

4º Invocando este título adquisitivo, José M. Chaves demandó a Apolinar Moreno por la vía ordinaria de mayor cuantía, en ejercicio de la acción reivindicatoria, como principal, y de la declarativa de dominio, como subsidiaria;

5º El Juzgado absolvió en la primera instancia al demandado de todos los cargos de la demanda. Pero el Tribunal, reformando ese fallo, acogió la súplica subsidiaria de declaración del dominio a favor de José M. Chaves, y decidió que no había lugar a despachar favorablemente la súplica principal, esto es, la reivindicación, por cuanto la posesión del demandado no fué probada en forma satisfactoria. La Corte Suprema no casó este proveído de segunda instancia;

III. Muerto José M. Chaves el 29 de agosto de 1957, la cónyuge sobreviviente instauró este segundo juicio ordinario, en nombre de la sucesión ilíquida de su difunto marido y para ésta, mediante demanda cuyas súplicas se transcribieron atrás.

El demandado contestó la demanda negando en general los hechos en que se apoya la acción reivindicatoria y proponiendo varias excepciones: "falta de legitimación en causa de la parte demandante o de titularidad de la acción reivindicatoria ejercitada en la demanda"; "falta de legitimación en causa de ambas partes litigantes, por carencia de personería sustantiva y adjetiva"; cosa juzgada, y prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria.

IV. El Juez Municipal de Ipiales, a quien correspondió desatar el litigio en la primera instancia en virtud de lo dispuesto por el artículo 76 del Decreto Nº 1.698 de 1965, declaró probada "la ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma" e inhibióse de decidir en el fondo las acciones propuestas en la demanda.

LA SENTENCIA ACUSADA

La parte actora apeló del fallo del Juez, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ipiales, cumplidos los trámites de la segunda instancia, dictó la providencia contra la cual se dirige el presente recurso de casación y cuya parte motiva puede sintetizarse de la siguiente manera:

Comienza el Tribunal con el estudio del "presupuesto procesal de demanda en forma", cuya ausencia sirvió de fundamento a la sentencia del Juez y que éste hizo consistir en la circunstancia de no haberse demandado sino a Apolinar Moreno, habiéndose debido dirigir la acción contra Leo Nel Chaves Agudelo también, por ser ambos comuneros en la cosa singular materia de la reivindicación. Después de extenso examen del asunto, concluye el Tribunal que "... no existen razones legales para considerar como condómines a los señores Apolinar Moreno y Leo Nel Chaves Agudelo en el inmueble que se litiga, ya que ninguno de ellos es titular del derecho de cuota parte sobre la casa objeto de reivindicación, y de ahí mal puede afirmarse que los prenombrados señores sean copartícipes del inmueble mencionado toda vez que carecen de título de propiedad legalmente inscritos que les den el calificativo de co-

muneros, y en consecuencia, a la falta del presupuesto procesal de demanda en forma, solamente puede llegarse por errónea apreciación de las pruebas que obran en el proceso. De donde se deduce que no hay impedimento procesal que se interponga para resolver el fondo de la litis planteada...".

Luego entra el Tribunal a examinar si en los autos aparecen probados los elementos o condiciones de la acción reivindicatoria, esto es, la propiedad del demandante, la posesión del demandado y la singularidad e identidad de la cosa reivindicada, examen del cual concluye que todos estos tres requisitos están plenamente demostrados.

En seguida se detiene en el punto que concierne a los frutos civiles y deterioros del inmueble que se reivindica, sobre lo cual encuentra el sentenciador que hay prueba suficiente para condenar a la restitución de frutos, mas no al pago de indemnización por deterioros, comoquiera que no aparece probada la culpa del demandado.

Finalmente, estudia el Tribunal las defensas relativas a la legitimación de la parte actora y a la prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria, para concluir que ni la una ni la otra pueden ser acogidas en la sentencia.

Y en mérito de todas estas razones, resuelve el Tribunal:

"1º **Revocar**, como en efecto revoca, la sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado Civil de esta ciudad, el 12 de septiembre de 1966, con fundamento en lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

"2º **Declarar**, como en efecto declara, reivindicada en favor de la expresada sucesión testada e ilíquida y representada por la señora Concepción Ortega vda. de Chaves, la casa situada en la carrera 6ª de esta ciudad (aquí su descripción y linderos).

"3º **Condenar**, como en efecto condena, al señor Apolinar Moreno, de las notas ci-

viles conocidas, a restituir al tercer día de la ejecutoria de esta providencia, a la sucesión testada e ilíquida del causante José M. Chaves, la casa de habitación ubicada en el perímetro urbano de esta ciudad, cuyo portón de entrada se halla numerado con el 9-38A, determinada por los linderos indicados en la petición primera de la demanda, y cuya identificación corresponde a la misma que es materia de reivindicación y que actualmente la posee el demandado señor Apolinar Moreno, inmueble adquirido por el causante José M. Chaves, por escritura pública N° 710, de 22 de noviembre de 1954, de la Notaría Primera de Ipiales, de los tradentes Sergio Machado y Luz Salcedo de Machado.

"4º **Condenar**, como en efecto condena, al señor Apolinar Moreno, al pago de los frutos civiles producidos y que hubiere de producir el local de la casa de habitación objeto de reivindicación tasados por los peritos designados al efecto en la cantidad de doscientos cincuenta pesos mensuales (\$ 250.00), desde el mes de agosto de mil novecientos sesenta y uno (1961), hasta el día de la entrega del inmueble, y en favor de la sucesión testada e ilíquida de José M. Chaves.

"5º Costas de esta instancia a cargo de la demandada (sic).

"6º Absuélvese al demandado de la cuarta petición de la demanda.

"7º CANCELASE la inscripción de la demanda".

LA DEMANDA DE CASACION

El recurrente propone cuatro cargos contra el fallo del Tribunal de Ipiales: a)- No estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la parte demandada; b)- Ser la sentencia violatoria, por interpretación errónea, de los artículos 2.322 y 779 del Código Civil, y por aplicación indebida, de los artículos 946, 762 y otros de la misma obra, infringidos todos ellos por vía directa; c)- Ser violatorio por vía indirecta de varios de estos artículos y

de algunos más, a consecuencia de errores de hecho y de derecho que el recurrente puntualiza; d)- Ser violatoria, también por vía indirecta y como secuela de nuevos errores de hecho y de derecho, de los artículos 762 y 946 del citado Código, indebidamente aplicados por razón de la cosa juzgada.

La Corte se concretará al estudio del primer cargo, que encuentra fundado.

PRIMER CARGO

La falta de consonancia entre el fallo de segundo grado y las pretensiones de la parte demandada, la hace consistir el recurrente en que la excepción de cosa juzgada, invocada en la contestación de la demanda, no fué estudiada ni decidida por el Tribunal. Explica el censor que, de haberla examinado y resuelto, como debió hacerlo, hubiera encontrado el sentenciador que tal excepción, propuesta como perentoria, está demostrada en los autos, comoquiera que en éstos aparecen cumplidos los requisitos legales para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio, a saber: identidad de objeto, identidad de causa e identidad jurídica entre las personas de los litigantes.

La Corte observa:

Para que el cargo de incongruencia planteado en relación con una excepción perentoria pueda prosperar, es necesario que concurren dos condiciones: a)- Que la excepción perentoria haya sido "pretensión oportunamente deducida" por el demandado; y b)- Que el sentenciador de segundo grado haya dejado de tomarla en consideración, es decir, no la haya estudiado ni decidido al fallar el litigio.

Primera condición. Para determinar si la excepción perentoria de cosa juzgada fué "pretensión oportunamente deducida" por la parte demandada en este juicio, se requiere tener presente el texto del artículo 341 del Código Judicial, que reza así: "Por regla general, las excepciones perentorias pueden proponerse en la contestación de la demanda, y alegarse en cualquie-

ra de las instancias del juicio antes de la citación para sentencia..."

Juzga la Corte que toda excepción perentoria es pretensión oportunamente deducida por el demandado cuando éste, o bien la incoa en la contestación de la demanda, o bien la alega en cualquiera instancia del pleito antes de citarse para sentencia. Proponer es invocar y alegar es fundamentar, en ambos casos con exposición de razones. Sería inútil y contrario al principio de la economía procesal que una misma defensa del demandado tuviera que ejercerse dos veces: una, al contestar la demanda, y otra, nuevamente antes de citarse para sentencia. Por donde se llega a la conclusión de que, como ya lo ha sostenido la Corte, es suficiente proponer las excepciones perentorias en su debida oportunidad procesal para que el juzgador tenga el deber de fallar el pleito en consonancia con ellas, si las encuentra probadas, aunque en los alegatos de conclusión no exponga de nuevo el demandado los motivos en que apoya este medio de defensa planteada ya en la respuesta a la demanda.

Abona esta conclusión el texto del artículo 343 del citado Código, que obliga al Juez a reconocer la excepción perentoria en la sentencia cuando aquella no se haya propuesto ni alegado. Si la parte demandada debiera proponer primero y alegar después las defensas de esta naturaleza, el Juez debería declararlas probadas de oficio cuando no se hubieran propuesto pero sí alegado, o cuando no se hubieran alegado pero sí propuesto; pues sin que el demandado hiciera lo uno y lo otro, la excepción no sería "pretensión oportunamente deducida" en el juicio. Mas como según el artículo 343 el Juez sólo tiene que declararlas probadas de oficio cuando el reo ni las propuso ni las alegó, conclúyese que la excepción perentoria propuesta o alegada es pretensión oportunamente deducida y no hay lugar, en tal caso, a declararla probada oficiosamente. Conclusión que, aplicada al cargo de incongruencia, obliga a la Corte a aceptarlo cuandoquiera que la excepción haya sido propuesta o haya sido alegada. En am-

bos casos, se repite, la defensa del demandado es una pretensión invocada en su debida oportunidad procesal.

A la misma conclusión se llega en vista del inciso final del citado artículo 343, en el cual se establece que la prescripción debe siempre proponerse o alegarse. Se ve pues cómo el legislador, cuando de excepción perentoria se trata, sólo exige que este medio destructivo de la acción se proponga o alegue.

En la contestación de la demanda con que se inició este juicio, el demandado dijo: "Me opongo a nombre de mi poderdante a que ella se despache en consonancia con las pretensiones de la demandante... porque existe cosa juzgada respecto de la acción reivindicatoria materia de la demanda..." Y al responder al hecho octavo del libelo, manifestó: "No es cierto porque el fallo a que se alude, en cuanto se absolvió a mi poderdante de la reivindicación, fué definitivo y tiene el mérito de cosa juzgada, sin que sea posible instaurarse un juicio como el presente, por ello y por otros motivos".

Segunda condición. Es evidente que el Tribunal omitió del todo tener en cuenta la excepción de cosa juzgada propuesta como perentoria en la contestación de la demanda. Nada dice su fallo a este respecto, ni cabe inferir que el punto fuera considerado de alguna manera por el sentenciador.

Por lo expuesto, este primer cargo prospera y será fundamento suficiente para que la Corte case la sentencia recurrida.

EL FALLO DE INSTANCIA

Debiéndose decidir este litigio en consonancia con la pretensión de que se declare la excepción perentoria de cosa juzgada en lo tocante a la acción reivindicatoria, procede a examinar si se cumplen los dos requisitos de fondo que configuran este fenómeno, a saber: 1º. Que en ambas demandas haya identidad de causa, de objeto y de litigantes, y 2º. Que la sentencia

dictada en el primer juicio haya desatado definitivamente la controversia, esto es, que no se trate de un primer fallo meramente inhibitorio por falta de algún presupuesto procesal.

(a) La antigua demanda tuvo por objeto principal obtener las siguientes declaraciones: 1ª. Que el demandante tiene mejor derecho sobre la casa que el demandado; 2ª. Que éste debe en consecuencia restituírle el inmueble a aquél; 3ª. Que el demandado debe pagar frutos naturales civiles. En el mismo libelo se hicieron estas súplicas subsidiarias: 1ª. Que el demandante es el propietario de la casa; 2ª. Que el demandado debe restituírsela.

La nueva demanda, o sea aquella con que se inició el presente juicio, tiene por objeto que se condene al demandado: 1º. A restituir la casa a la demandante; 2º. Al pago de frutos civiles; 3º. Al pago de deterioros.

Salta a la vista la identidad de los objetos de las dos demandas, en cuanto en ambas se ejerció la acción reivindicatoria sobre el mismo inmueble.

Respecto de la causa, la de la primera demanda consistió en que Apolinar Moreno compró el inmueble cuando estaba embargado y, por tanto, fuera del comercio, razón por la cual carece de título legítimo de propiedad; en tanto que José M. Chaves la compró y adquirió regular y válidamente. La causa de la segunda demanda es exactamente la misma.

Por último, los litigantes en el primer juicio fueron José M. Chaves, como actor, y Apolinar Moreno, como demandado. En este segundo pleito son María Concepción vda. de Chaves, en nombre de la sucesión de José M. Chaves y para ésta, como parte demandante, y Apolinar Moreno, como parte demandada. La señora vda. de Chaves obra como causahabiente a título universal de José M. Chaves. En consecuencia, hay identidad jurídica entre las personas que han sido parte demandante en los dos juicios, y la hay también en lo que concierne al demandado.

Se cumplen pues todos los requisitos que en el artículo 474 del Código Judicial se exigen para que se surta el efecto de la cosa juzgada.

(b) Tanto el Juez de primera instancia, como el Tribunal, desataron la primera litis negando la acción reivindicatoria con fundamento en que no fueron demostradas en debida forma ni la posesión material ni la singularidad del inmueble reivindicado. De donde se deduce que la primera sentencia fué absolutoria de fondo en cuanto a la reivindicación y sus consecuencias legales, no simplemente inhibitoria por defectos de forma de la demanda. Se concluye, pues, que el fallo dictado en el primer juicio produjo el efecto de cosa juzgada e impide cualquier decisión posterior que le sea contraria (artículo 473 del Código Judicial).

RESOLUCION

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia acusada, que dictó en este juicio el Tribunal Su-

perior del Distrito Judicial de Ipiales con fecha 5 de mayo de 1967, y, actuando como Juzgador de instancia, resuelve:

1º. Revócase la sentencia de primer grado dictada en el presente litigio.

2º. Declárase probada la excepción perentoria de cosa juzgada y en consecuencia niéganse las peticiones de la demanda;

3º. Ordénase la cancelación de la inscripción de la demanda;

4º. Condénase a la parte demandante en las costas de las instancias;

5º. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Ernesto Cediel Angel, Ernesto Blanco Cabrera, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández, Alfonso Peláez Ocampo.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.



SANEAMIENTO DE LA VENTA

El sentenciador está en la obligación de interpretar la demanda. — Cuando el sentenciador no reconoce el valor de la confesión, incurre en error de derecho y no de hecho.

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

(Redactó el Doctor: Humberto Murcia Ballén, Abogado Asistente).

(Aprobado según Acta N° 96 de fecha veintiocho de octubre de mil novecientos setenta.

Se decide el recurso de casación interpuesto por los demandantes contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio el 11 de octubre de 1967, en el juicio ordinario instaurado por Arcesio Tovar Andrade y Jesús Montoya Restrepo frente a Adelia Evidalia Lozada de Méndez.

- I -

EL LITIGIO

1. Mediante libelo del 14 de octubre de 1965 Arcesio Tovar Andrade y Jesús Montoya Restrepo demandaron ante el Juzgado Civil Municipal de Villavicencio a Adelia Evidalia Lozada de Méndez, a fin de que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones:

“1ª. Que la vendedora Adelia Evidalia Lozada de Méndez está obligada a sanear el bien maferia del contrato de compraventa con mis poderdantes y a entregarlo libre de todo embarazo, en término fijo que usted determinará.

“2ª. Que la vendedora debe pagar a mis

poderdantes, en término fijo después de la ejecutoria de esta sentencia, la suma de cien mil pesos (\$ 100.000.00) moneda corriente, como valor de los perjuicios ocasionados por haber vendido sin sanear o los que se demuestren en incidente de ejecución.

“3ª. Como consecuencia de las anteriores declaraciones sírvase usted determinar que mis poderdantes solo están obligados a pagar el saldo del precio que se obligaron a dar por la finca San Antonio una vez que ésta les haya sido entregada totalmente saneada”.

Como subsidiaria de su primera petición los demandantes impetraron la declaración judicial de que “la vendedora debe rebajar del precio convenido para la venta la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00), en que se considera proporcionalmente desvalorizada la finca por razón del vicio demostrado”; y en subsidio de ésta, que se le condenara al pago de perjuicios por valor de \$ 150.000.00.

2. Las afirmaciones de hecho constitutivas de la **causa petendi**, quedan sintetizadas en las siguientes:

a) El 22 de junio de 1965 la demandada enajenó a título de venta, por la suma de \$ 100.000.00, de la cual los compradores dieron entonces \$ 40.000.00 y se obligaron a pagar el saldo durante el año siguiente, en favor de los demandantes el derecho de dominio y la posesión del inmueble “San Antonio”, ubicado en la vereda “Vanguardia”, de la jurisdicción municipal de Vi-

llavicencio. Los términos del contrato se consignaron en la escritura N° 835 que en esa fecha se otorgó en la Notaría de la ciudad, documento en el cual la vendedora expresó que el predio se hallaba libre de gravámenes “y se comprometió al saneamiento en caso de evicción y en general al saneamiento de lo vendido y especialmente respondiendo de cualquier gravamen o acción que llegare a resultar”;

b) Al entrar en posesión del predio encontraron los adquirentes que una parte de él la detentaba Alejandro Ardila, considerándose dueño y poseedor; y como les impidió el libre goce de su propiedad, aquéllos iniciaron contra éste acción posesoria policiva, a la cual no ha comparecido la vendedora, “ni ha hecho lo necesario para que puedan gozar de su posesión en plena forma”;

c) “Los compradores —dice el hecho 7° de la demanda— han sufrido enormes perjuicios por el hecho del vicio con que resultó el bien y que la vendedora no declaró al tiempo de la venta a pesar de tener conocimiento de él con mucha anterioridad. De otra parte mis clientes no hubiesen comprado el bien de haber tenido conocimiento de la situación jurídica o de hecho en que se encontraba la finca”; perjuicios que provienen de no haber podido ejercer la posesión del bien comprado, ni haberlo podido utilizar para los fines por ellos perseguidos; y,

d) “De esta manera —concluye la demanda en su exposición de hechos— la vendedora no ha cumplido con las obligaciones de su calidad de vendedora y a que la obliga la ley y su compromiso dentro de la escritura que hemos citado”.

3. La demandada se opuso a las pretensiones de sus demandantes, aceptó como ciertos los hechos relacionados con la celebración del contrato de compraventa y sus modalidades, pero negó veracidad a los demás. Afirmó que desde febrero de ese mismo año había iniciado juicio contra Ardila para obtener la restitución de la parte de la finca que éste poseía, expresando

su voluntad de pagarle las mejoras; que de la existencia de dicho juicio y de la situación fáctica tenían conocimiento los compradores desde cuando acordaron la promesa de contrato, tanto más el demandante Tovar desde luego que tomó parte activa en las gestiones propias de aquel proceso; que ella quiso dejar constancia de la situación del predio en la escritura de venta y al efecto llevó a la Notaría una certificación del Juez, pero que a ello se opuso dicho demandante alegando que “la Caja Agraria no le prestaría un dinero que necesitaba”.

4. Trabada así la relación procesal el juzgado le puso término a la primera instancia con sentencia de 9 de mayo de 1967, mediante la cual negó las súplicas impetradas e impuso a los demandantes las costas judiciales.

Por apelación interpuesta por esta parte el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, el que, por sentencia del 11 de octubre siguiente, confirmó el fallo así impugnado.

- II -

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Después de relacionar los antecedentes del litigio entra el Tribunal a considerar la primera petición formulada en la demanda, para deducir que, según lo expresado en la escritura N° 835 de 22 de junio de 1965 y en el documento del 23 de marzo anterior, contentivo de la promesa de contrato que fué el antecedente inmediato de la compraventa consignado en aquélla, “aparece pues, cumplida la entrega de lo vendido”, ya que, dice, “los compradores entraron en posesión de lo adquirido en el mes de marzo”. Dedujo así el cumplimiento de la primera de las obligaciones que según el artículo 1.880 del C. C. corresponden al vendedor.

2. Pasa luego el sentenciador a analizar la obligación de saneamiento que legalmente incumbe al vendedor, determinando primeramente lo que debe entenderse por evic-

ción como causa de ella, para afirmar, después de citar alguna jurisprudencia de la Corte, que en el presente caso no hay prueba del pronunciamiento de sentencia judicial a virtud de la cual se hubiere privado a los compradores de la posesión pacífica del inmueble. Guiado por este razonamiento concluye así el *ad-quem*: "Si no hay evicción no hay lugar al saneamiento, o sea, a la indemnización de daños y perjuicios que se demandan en el punto segundo, ni a retardar el pago del saldo del precio que se solicita en el punto tercero".

3. Y advirtiéndole que también hay lugar al saneamiento por los vicios ocultos de la cosa vendida, procede en seguida el fallador a determinar los requisitos que según la ley son necesarios para que tales defectos funden la procedencia de la acción redhibitoria.

Sobre esta base afirma que la posesión que Alejandro Ardila ostenta de una parte del predio "San Antonio" no encarna un vicio redhibitorio, puesto que si existía por la época en que la compraventa se hizo, no era desconocido para el demandante Tovar Andrade, desde luego que éste se había enterado con anterioridad de la situación y además había tomado parte en las gestiones del juicio que la vendedora seguía contra aquél, a efecto de obtener la restitución. En apoyo de esta conclusión hace un análisis comparativo de las fechas del documento de promesa, de la escritura de venta y de las inspecciones oculares practicadas tanto en el presente proceso como en el anterior; acoge, por encontrarlo plenamente satisfactorio, el estudio que el juzgador *a-quo* hizo de la prueba testimonial y de las posiciones absueltas por la demanda; para finalizar su razonamiento preguntándose, sin encontrar respuesta atendible a su interrogante, que "recibidos del predio los compradores desde el mes de marzo y otorgada la escritura en el mes de junio, ¿cómo se puede desvirtuar la no existencia del vicio que ya conocía el demandante, desde el mes de mayo que fué cuando éste asistió a la diligencia de inspección ocular en el juicio de la vendedora contra los Ardila?". Agrega que era de-

ber de Tovar Andrade poner en conocimiento a Montoya Restrepo de todo lo sucedido, y que si así no lo hizo, debe correr las contingencias de su descuido.

"Lo que se califica por la parte demandante como vicio oculto —concluye la sentencia acusada—, ocupación de una parcela de la finca por Alejandro Ardila y Rosa Elena Ardila Peña, sí era suficientemente conocido por el condueño demandante Arcesio Tovar Andrade, al firmar la escritura, pues hay mérito probatorio suficiente para concluir que éste sabía de la existencia del litigio de la vendedora hoy demandada Adela Lozada contra los Ardila, lo mismo que su arreglo amigable".

- III -

LA DEMANDA DE CASACION

1. Contra la sentencia de segundo grado que se deja extractada, interpuso la parte demandante el recurso de casación. En la demanda respectiva le formula un solo cargo, con fundamento en la causal 1ª del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, que la Corte procedió a examinar.

En su planteamiento se denuncia el quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los artículos 1.880, 1.884, 1.888, 1.889 del Código Civil, y por indebida aplicación de los textos 1.893 y 1.894 *ibidem*, a causa de manifiesto error de hecho del Tribunal, proveniente: primeramente de errada interpretación de la demanda; y, en segundo lugar, de errónea apreciación de algunas pruebas.

2. Al desarrollar la censura por el primer aspecto dice el acusador que la acción incoada en la primera súplica de la demanda es la de entrega de la cosa vendida, con su consecuencia de pago de los perjuicios por el incumplimiento de la vendedora, y no la de saneamiento por evicción, como equivocadamente lo entendió el fallador. Por consiguiente, el sentenciador incurrió en error de hecho en la interpretación de la demanda, puesto que consideró que se había intentado esta última acción y falló la litis con base en las disposiciones legales propias de ella, sien-

do que la ejercitada fué la de cumplimiento, que es distinta, y que mal podía ser despachada con aplicación de normas que le son ajenas.

“La circunstancia —dice el censor— de que los hechos 5º y 10º de mi demanda hagan relación a perturbaciones de hecho posteriores a la venta no tiene el significado de que tales perturbaciones puedan implicar una evicción sino que buscaba establecer dentro de este proceso hechos jurígenos de la indemnización a que tienen derecho mis mandantes por el incumplimiento del contrato por parte de la vendedora, puesto que si ella hubiese entregado todo lo vendido a mis mandantes, Ardila no hubiera pretendido cercar potreros ni hacer desmontes en las fincas”.

Y aunque acepta que en la demanda, al pedirse la declaración de que la demandada “está obligada a sanear el bien materia del contrato”, no se determinó con precisión ni claridad la primera pretensión, advierte que el empleo del verbo sanear obedeció al único fin de que se obligara a la vendedora a expulsar a Ardila de la porción del predio que éste ocupa, para entregarla a los compradores. “El sentido que mi demanda tiene —agrega el impugnante—, no es cuestión de mera apreciación de su contenido o aclaración de párrafos oscuros de la misma que podrían indicarle uno u otro sentido. No. Este sentido es el único que puede tener mi demanda y no otro. Por esfuerzos que se hagan no se puede llegar a la conclusión de que mi demanda obedecía a una evicción de mis clientes. El incumplimiento de la vendedora en la entrega de la cosa vendida y el perjuicio que ese incumplimiento les ocasionó a mis clientes es lo único que explica la razón del libelo”.

3. Al desenvolver el cargo por el segundo de los aspectos dice el acusador que al dar por establecido el ad-quem en su sentencia que los compradores habían recibido el inmueble por ellos comprado, incurrió también en evidente error de hecho en la apreciación de las pruebas que aparecen en los autos, concretamente en la

confesión contenida en el escrito de contestación a la demanda y en las inspecciones oculares practicadas, ya que si las hubiera apreciado debidamente habría llegado a la conclusión de que la entrega material de la cosa enajenada no se había cumplido en su integridad.

Finalizando la acusación dice el impugnador: “Por haber incurrido en este error evidente de hecho en la apreciación de la prueba que aparece de modo manifiesto, el Tribunal llegó a la equivocada conclusión de encontrar cumplida la obligación de la entrega o tradición de lo vendido, con lo cual les conculca a mis clientes el derecho que tienen a que se les entregue todo lo que compraron como lo dice el art. 1.884 del C. C., y con lo que también se les conculcó el derecho de exigir que se les entregue todo lo que comprenden los linderos que especifican la cosa vendida...”.

- IV -

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Según las normas de nuestro procedimiento civil el demandante no está obligado, ni en el libelo inicial del proceso ni en escrito posterior alguno, a calificar la naturaleza jurídica de la acción incoada: sólo le basta al respecto que enuncie clara y precisamente lo que pretende; los hechos en que apoya sus pedimentos, expresándolos debidamente clasificados y numerados; los fundamentos de derecho; y la cuantía, cuando su indicación sea indispensable para determinar la competencia. Estos elementos, que con otros integran el presupuesto procesal de “demanda en forma”, son en principio los que delimitan el campo de la actividad del Juez en su misión señera de administrar justicia.

2. Cuando al tiempo de fallar se encuentra el sentenciador frente a una demanda oscura, bien sea en la forma como se hallen concebidas las súplicas, ora en la exposición de los hechos, ora en los fundamentos de derecho, o ya en las unas y en los otros, está en la obligación de interpretarla para desentrañar la verdadera in-

tención del demandante y como ineludible deber a fin de no sacrificar el derecho cuya tutela busca el actor, tarea en la cual debe tener en cuenta todo el conjunto del libelo, y además, si ello fuere menester para precisar su real sentido, las actuaciones desarrolladas por éste en el curso del juicio. Significa lo dicho que esta labor ponderativa del Juez no puede operar ni mecánica ni absolutamente: no lo primero, porque solo procede una interpretación racional, lógica y ceñida a la ley; y menos lo segundo, porque trabada la relación procesal, de ella emerge para el demandado derecho a impedir que se cambie la pretensión deducida en la demanda o los hechos sobre los cuales ésta se apoya.

Es posible, empero, que al interpretar la demanda, el juzgador se equivoque, sea por contraevidencia respecto a sus peticiones o hechos, o porque se confunda en relación con la naturaleza jurídica de la acción propuesta. Tanto en este como en aquel evento el yerro del fallador lo conduce a la violación de normas de derecho sustancial por aplicación indebida, ya que dirime el conflicto con base en preceptos que no regulan el caso, o por falta de aplicación de las disposiciones pertinentes.

3. Si, como lo ha sostenido la Corte reiteradamente, el manifiesto error de hecho en la interpretación de la demanda consiste en hacerle decir algo que no expresa, o en dejar de ver lo que palmariamente indica, solo habría incurrido el Tribunal en esta especie de yerro si hubiera prescindido de analizar las súplicas referentes a la entrega del inmueble vendido y al pago de los perjuicios por el incumplimiento, ora consideradas sin conexidad alguna con el deber de saneamiento, según lo dice el recurrente, o ya como consecuencia de la evicción a que la demanda se refiere, tanto en su *petitum* como en su *causa petendi*. Pero resulta que el *ad-quem*, después de advertir en la parte motiva de la sentencia acusada, que "los compradores entraron en posesión de lo adquirido en el mes de marzo, que es cuando expresan en la escritura que la vendedora les hizo entrega del inmueble", deduce que "aparece pues,

cumplida la entrega o tradición de lo vendido", para, con base en esta argumentación, negar la petición principal de la demanda, lo cual claramente indica que no erró al interpretarla, sencillamente porque ni dejó de ver lo que en ella se expresa, ni menos le hizo decir lo que de su contenido no aparece.

A lo cual cabe agregar que si, como lo reconoce el propio recurrente, la primera petición de la demanda no se formuló con la debida precisión —se habla allí de la obligación de saneamiento—, dando lugar a diversas interpretaciones por el empleo de términos equívocos, cualquiera que sea la escogida por el Tribunal queda excluida de revisión por la Corte, por tratarse de una cuestión de la discreta autonomía del fallador de instancia y no estructurarse en tal hipótesis un error manifiesto. "El error en la interpretación y apreciación de la demanda —ha dicho al respecto la Corte—, cuando ocurre es claro que será de hecho, y éste, en su caso, ha de ser manifiesto, al tenor del artículo 520 citado, en el inciso 2º del numeral 1º. Y es claro que las dudas o vacilaciones sobre la inteligencia de una demanda están indicando de suyo que la prevalencia de una cualquiera de sus aceptables interpretaciones no puede lógicamente estimarse como algo manifiestamente erróneo" (Gaceta Judicial, t. LXVII, N° 2.080, pág. 434).

4. El artículo 607 del C. J., en su segunda parte, le asigna valor a la confesión del apoderado judicial cuando para hacerla haya recibido autorización de su mandante, encargo que esta misma norma presume conferido para los escritos de demanda y de contestación. Siendo ello así, cuando el sentenciador no reconoce valor a la confesión contenida en el libelo de contestación a la demanda incurre en error de derecho y no de hecho, puesto que con tal conducta está dejando de aplicar preceptos legales que gobiernan la prueba. Y ese yerro de derecho del fallador no lo podría considerar la Corte dentro de los límites de error de hecho que el impugnante ha demarcado para su acusación, en lo que atañe a la confesión de la demandada.

En sentencia de casación del 21 de enero de 1960 dijo la Corte: "Realmente el error de derecho en su sentido concreto dentro de la terminología de nuestra casación, o sea el que proviene de haberse asignado a una prueba un valor que la ley no le da o haberse desconocido el que ésta le asigna, con su secuela de trasgresión del precepto de pruebas que establece dicha valoración y de la ley sustancial correspondiente, en esta materia se presenta cuando la demanda contiene confesiones en cuya apreciación se incide en el error probatorio anotado" (G. J., t. XCII, Nos. 2.121, 2.222, pág. 63).

5. Pero si la Corte debiera entrar al estudio de fondo del cargo por este aspecto de la censura, tendría que decir que el escrito de contestación a la demanda no contiene confesión de la demandada referente a la no entrega material de la cosa vendida, con la cual se desvirtúa la manifestación que en sentido contrario se consignó en la escritura de venta. Porque, en primer lugar, los hechos 4º, 7º y 10º de la demanda, que no afirman precisamente incumplimiento de la vendedora en la obligación de entrega material del bien vendido, fueron rotunda y enfáticamente negados en esa oportunidad por el apoderado de la demandada; y, en segundo término, si después de expresar esta negativa agregó a ella algunas explicaciones, no es posible elevar estas adiciones a la categoría de confesión judicial, por no ser explícitas en lo que atañe a dicha obligación ni referirse concretamente a la no entrega, requisitos que son de la esencia de este medio de prueba.

6. De manera insistente ha venido sosteniendo la jurisprudencia que el error de hecho que consiste en pasar por alto una prueba, como si no existiera en los autos, a pesar de figurar materialmente en ellos; o en suponer una que no existe; o en estimar la que existe en un sentido contrario a la evidencia que ella ostenta, dándole una significación opuesta a su propio contenido, debe referirse, para tener la virtualidad de invalidar el fallo en casación, a un elemento probatorio importante y de tras-

cendencia tal que sin dicho error la decisión adoptada habría sido necesariamente diferente. Significa lo anterior que cuando se acude a este motivo de acusación el recurso debe demostrar que las pruebas no apreciadas, o las apreciadas indebidamente, son de tal entidad, que su existencia o inexistencia conduzca inexorablemente a alterar el contenido de la sentencia.

Dice el recurrente que la debida apreciación de las inspecciones oculares practicadas en la parcela de la finca "San Antonio", que ocupa Alejandro Ardila, demuestra, contrariamente a lo sostenido en la sentencia impugnada, que la vendedora no ha entregado a los compradores toda la finca vendida. Acontece, sin embargo, que el Tribunal, para dar por satisfecha la obligación partió de la declaración contenida en la escritura pública N° 835 del 22 de junio de 1965, según la cual en esa fecha la vendedora hizo la entrega; que las inspecciones oculares, por sí solas, no demuestran si la ocupación parcial del fundo por parte de Ardila fué anterior, coetánea o posterior a la fecha del otorgamiento de ese título escriturario; y que si en el proceso existen otros medios de prueba que así lo acrediten, la apreciación de ellos no fué acusada como indebida, lo que era de rigor dadas las precisas facultades de la Corte.

No estando, pues, demostrado el manifiesto error de hecho alegado por el impugnante, el cargo no prospera.

- V -

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha once (11) de octubre de mil novecientos sesenta y siete (1967), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavieja, en este juicio ordinario.

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

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

Ernesto Cediél Angel, Guillermo Ospina Fernández, José María Esguerra Samper, Ernesto Blanco Cabrera, Germán Giraldo Zuluaga, Alfonso Peláez Ocampo.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

SEGUROS

El contrato de seguro es rescindible cuando el asegurado ha hecho declaraciones falsas o erróneas, o incurrido en simples reticencias sobre su salud.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. — Bogotá, noviembre trece de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José María Esquerro Samper).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia que profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena el 21 de octubre de 1966, en el juicio ordinario instaurado por "Pan American Life Insurance Company" contra Rodomiro Morales Puello.

- I -

EL LITIGIO

La Compañía demandó al citado Morales Puello, por la vía ordinaria para que, en síntesis, se declarasen rescindidas las pólizas de seguros de vida expedidas por aquella y marcada con los Nros. 599-988 y 603-691 fechadas, respectivamente, el 15 de julio y el 13 de septiembre de 1957, por \$ 100.000.00 cada una, en consideración a que el asegurado hizo declaraciones falsas y erróneas sobre sus antecedentes de salud cuando tomó tales pólizas y además, fue reticente en hacerle saber aquellas circunstancias que de haber sido conocidas por la Compañía de Seguros, la hubieran retraído de la celebración del contrato, o inducido a celebrar en condiciones diferentes.

Como hechos de la causa petendi expone los antecedentes que mediaron para la celebración del seguro; la forma como el se-

ñor Morales Puello dió respuesta al cuestionario que sobre su salud le fué sometido por la Compañía; cómo ésta se enteró posteriormente de que el asegurado había hecho poco antes varios viajes de salud a los Estados Unidos de América, donde había sido sometido a varias operaciones y tratamientos, todo lo cual calló al solicitar el seguro; y cómo, de haber sabido la Compañía Aseguradora tales antecedentes o bien se hubiera abstenido de asegurar la vida de Morales Puello o habríalo hecho en condiciones distintas a las que fueron pactadas en las mencionadas pólizas.

Tramitóse la primera instancia ante el Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena, el cual le puso fin por sentencia del 2 de junio de 1966, en la que hizo todas las declaraciones y condenaciones impetradas en la demanda.

Por apelación que interpuso la parte demandada, se surtió el segundo grado de jurisdicción ante el Tribunal Superior de Cartagena, el cual fué fallado mediante la sentencia que es objeto del recurso que ahora se decide, así:

"Revócase la sentencia que viene apelada y en su lugar, se dispone:

"1º. Declárase rescindido el contrato de seguro de vida celebrado entre "Pan American Life Insurance Company" y Rodomiro Morales Puello, contenido en la póliza Nro. 599-988, de fecha 15 de julio de 1957;

"2º. Declárase válido el contrato de seguro de vida celebrado entre "Pan American Life Insurance Company" y Rodomiro

Morales Puello, contenido en la póliza Nro. 603-691 de fecha 13 de septiembre de 1957;

"3º. La "Pan American Life Insurance Company", deberá restituir a Rodomiro Morales Puello las sumas o cantidades que éste haya pagado a aquélla por concepto de cuotas o primas de seguro, sobre el contrato contenido en la póliza Nro. 599-988 de julio 15 de 1957;

"4º. No hay condenación en costas".

FUNDAMENTACION DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal encontró que estaban plenamente probadas las falsedades y las reticencias que en cuanto a sus antecedentes de salud hizo el asegurado Morales Puello al solicitar el primero de los seguros mencionados y por el cual se expidió la póliza Nro. 599-988. En tal virtud, con base en lo dispuesto en el artículo 681 del Código de Comercio, decretó la rescisión del contrato de seguro contenido en la mencionada póliza.

En cambio, estimó que no había ocurrido otro tanto en la celebración del segundo de los mencionados seguros, y por consiguiente no accedió a decretar la rescisión solicitada.

Para fundamentar esta conclusión, dice el Tribunal que "para cada seguro que se expida, es necesario hacer una solicitud separada. Esto lo sabe todo el que haya tomado un seguro de vida, y además consta en los autos por declaraciones de empleados de la Compañía aseguradora y por el propio testimonio del Gerente de Zona de la Compañía demandante, señor Eduardo González Franco". Y agrega que "siendo esto así, la sola solicitud exhibida por la demandante y que obra en autos a folios 12 a 14 del cuaderno principal, no podía servir para amparar las dos pólizas cuya nulidad se pidió, y en tal caso, sólo una de dichas pólizas fué la que se expidió con base en la solicitud única que firmó Rodomiro Morales Puello en el mes de julio de

1957 (días 24 y 25). De suerte que la otra de las dos pólizas de que se viene hablando fué expedida sin el requisito de la solicitud y de los consiguientes exámenes médicos que las Compañías aseguradoras exigen como condición indispensable para celebrar el contrato de seguro de vida. Y en este caso, la Compañía que aseguró a Morales Puello corrió íntegramente los riesgos de no haberlo hecho examinar por los facultativos al expedirle otra póliza de seguro. De lo anterior se deduce que, si bien queda demostrado en autos que Morales Puello dió respuestas falsas y fué reticente al contestar el formulario médico, para llenar una solicitud de seguro, también es cierto que no hubo otra solicitud para otro seguro y que, para ésta no dió respuestas falsas ni fue reticente; por la sencilla razón de que no hubo nueva solicitud".

Entra luego el sentenciador a analizar la mencionada solicitud de seguro que obra a folio 12 del cuaderno principal y dice que ésta se refirió exclusivamente a la primera de las dos pólizas que se expidieron a favor de Morales Puello y que como tal solicitud sólo versaba sobre un seguro de cien mil pesos, obviamente no podía amparar dos seguros que en total ascendían a doscientos mil pesos. De ahí concluye que para el segundo seguro no hubo tampoco examen médico y que por aplicación del citado artículo 22 de la Ley 105 de 1927, debe entenderse que la Compañía aseguradora tomó sobre sí todos los riesgos que resultaran de la mala salud del asegurado.

EL RECURSO

Ambas partes interpusieron recurso de casación contra la sentencia del Tribunal que se deja reseñada, pero el de la demandada hubo de declararse desierto, por no haber ésta presentado su demanda en tiempo oportuno.

Aunque el recurrente formula dos cargos contra la sentencia acusada, la Corte limita su estudio al primero de ellos, el cual, como adelante se verá, está llamado a prosperar.

Primer cargo. Se hace consistir, dentro del ámbito de la causal primera, en la falta de aplicación del artículo 681 del Código de Comercio, quebranto éste producido de manera indirecta a consecuencia del error de hecho en que incurrió el Tribunal al no haber apreciado como prueba el documento que obra a folio 1º del cuaderno Nro. 2. y los anexos y el texto mismo de la póliza Nro. 603-691.

El censor estima, al contrario de lo que expuso el Tribunal que para la expedición de la segunda póliza no habían mediado ni solicitud escrita ni examen médico, que dicha solicitud sí la hubo y que al haberla ignorado el sentenciador, incurrió en un error ostensible de hecho. Dice que el medio de convicción que no vio el Tribunal obra en el cuaderno de pruebas de la parte demandante, consistente en un documento denominado "enmienda de solicitud" de fecha 9 de septiembre de 1957, dirigido por Morales Puello a la Compañía Aseguradora, mediante el cual éste modificó su petición de seguro hecha el 19 de julio de 1957, a fin de que el valor de la suma asegurada fuera elevado de cien mil pesos a doscientos mil pesos.

Siendo esto así, agrega el recurrente, cae por tierra la aseveración del Tribunal de que para los dos contratos de seguro de vida que celebró Morales Puello con la Compañía demandante no medió más que una solicitud y como corolario, que al expedirse la segunda póliza, la Compañía asumió íntegramente los riesgos provenientes de la mala salud del asegurado.

"Por consiguiente —agrega— en la solicitud de 19 de julio declaró el asegurado que la hacía para obtener la póliza que solicitaba y que las declaraciones que en esta solicitud aparecían, junto con las hechas en la parte segunda de la misma solicitud son completas y verídicas. Con base en esa solicitud y lo que aparece en la parte segunda de la misma, llenada seis días después, el 25 de julio, que forma el folio siguiente, se expidió la póliza Nro. 599-988 de fecha junio 15 de 1957; pero el asegurado, el día 9 de septiembre de 1957, so-

licitó que se le expidiera otra póliza por cien mil pesos con base en la misma solicitud del 19 de junio. Así lo dijo el señor Morales Puello en la llamada "ENMIENDA DE SOLICITUD", que presentó a la Compañía para la expedición de la póliza Nro. 503-691, enmienda de solicitud que, se repite, forma el folio Nro. del cuaderno N° 2... y que se reproduce en fotocopia en esa misma póliza que al Tribunal se pasó inadvertida. Allí dice el señor Morales Puello que desea enmendar por ese medio su solicitud para un seguro de vida en esa Compañía, hecha el día 19 de junio de 1957, en el sentido de que se le emita una póliza por cien mil pesos bajo el plan ordinario de vida y advirtió allí también, además, que la enmienda y declaración antedichas, se podían tomar y considerar como parte de la referida solicitud de 19 de junio y sujetas a las convenciones y representaciones dentro de ella contenidas y aclaró que a una con la dicha solicitud, deben considerarse como la base del contrato de seguro.

El acusador remata su argumentación diciendo que los tres ostensibles errores de hecho en que incurrió el Tribunal consistentes en no haber visto las siguientes pruebas que legalmente se adujeron a los autos: a). La llamada "enmienda de solicitud" de fecha 9 de septiembre de 1957 (fl. 1. C. N° 2); "la copia de la solicitud de septiembre de 1957, ni la de junio, ni los exámenes de ese mismo mes, que se agregaron como anexos a la póliza N° 603-691, para que formaran parte de ella y del contrato de seguro en ella consignado; y c). que "en la póliza N° 603-691 se decía que tales ENMIENDA Y SOLICITUD, forman parte de la póliza y constituyen el contrato íntegro, según se dice en la cláusula denominada "Construcción del Contrato".

El opositor trata de refutar los argumentos de la demanda arguyendo: que no puede decirse que la llamada "ENMIENDA DE SOLICITUD" de un seguro sea una nueva y diferente solicitud de otro seguro. Pero aún en el caso de que ello fuera así, a dicha sedicente "SOLICITUD DE SEGURO", le faltarían los exámenes médicos de

que habla el artículo 22 de la Ley 105 de 1927, hecho que comporta la consecuencia de que "PAN AMERICAN LIFE INSURANCE COMPANY", quiso ASUMIR TODOS LOS RIESGOS RESULTANTES DE LA MALA SALUD QUE HUBIERA PODIDO TENER EL ASEGURADO RODOMIRO MORALES PUELLO".

Dice también el opositor que el cargo "está mal formulado y no puede prosperar, porque se hace por INTERPRETACION ERRONEA del artículo 22 de la Ley 105 de 1927 y una infracción de la Ley de esta naturaleza no puede sustentarse sobre la base de eventuales "ERRORES DE HECHO".

IV. - CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El cargo en estudio se limita a una cuestión de orden puramente fáctico. Si es o no cierto, como lo afirma el Tribunal, que para la expedición de la segunda póliza de seguro a favor de Morales Puello no medió solicitud escrita, ni medió tampoco certificado médico sobre su salud, en cuyo caso sería aplicable el artículo 22 de la Ley 105 de 1927 que invoca el Tribunal para sustentar su decisión, o si por el contrario, la expedición de la segunda póliza sí estuvo precedida de la solicitud del asegurado y se basó o no en un examen médico del mismo, hechos éstos que afirma el censor y que a su juicio están demostrados con pruebas que el Tribunal ostensiblemente dejó de ver y apreciar como tales. La acusación, pues, está fundada en un error de hecho que produjo la falta de aplicación del artículo 681 del Código de Comercio.

El cargo está llamado a prosperar, porque es evidente que la prueba en cuestión sí obra en los autos legalmente producida y que el sentenciador no la tuvo en cuenta al fundamentar la sentencia acusada. En efecto, la llamada "ENMIENDA DE SOLICITUD" que firmó Morales Puello lleva fecha posterior a la primera póliza, luego forzoso es concluir que se refiere a la segunda. Resulta palmario que al suscri-

bir esa enmienda, Morales Puello ratificó o repitió las afirmaciones que sobre su estado de salud había hecho al formular su solicitud inicial de seguro. También resulta claro, que con base en esa petición de enmienda, la Compañía se abstuvo de exigirle un nuevo examen médico no porque quisiera asumir íntegramente los riesgos provenientes de la mala salud del asegurado sino porque dicho examen ya había sido practicado pocos meses antes, de suerte que para la expedición de la segunda póliza utilizó los mismos elementos de juicio que ya tenía sobre la salud del asegurado. La falta de un nuevo examen médico previo a la segunda póliza de seguro, a lo más puede interpretarse como que la Compañía asumió el riesgo inherente a los cambios de salud que hubiera podido sufrir Morales Puello con posterioridad al primero.

El Tribunal no reparó en la llamada solicitud de enmienda del seguro; de lo contrario es indudable que el sentido de su decisión habría sido distinto a como lo fue en la sentencia, en cuanto éste es objeto del presente recurso. Los mismos argumentos e idénticas pruebas que le sirvieron de base para declarar la rescisión de la primera póliza, habríanle servido también, de no mediar el ostensible error de hecho que se comenta, para hacer idéntica declaración respecto de la segunda póliza, error a consecuencia del cual dejó de aplicar el artículo 681 del Código de Comercio. En estas condiciones, la Corte debe casar la sentencia impugnada y dictar, en instancia, la que debe reemplazarla.

V. - SENTENCIA DE REEMPLAZO

1) "Todo contrato debe pactarse de buena fe —dice don Félix Cortés en sus Comentarios al Código de Comercio— y tratándose del seguro este principio es más riguroso..." (op. cit. Bogotá 1933, pág. 277). Y más adelante agrega: "... no sólo las declaraciones falsas o erróneas (del asegurado), sino las simples reticencias acerca de aquellas circunstancias importantes que hubieran inducido al asegurador a no celebrar el contrato, o por lo menos a cele-

brarlo en otras condiciones, constituyen motivo suficiente para que éste ponga fin al contrato..." (pág. 278).

El asegurador tiene derecho a saber todos los factores que puedan influir en el riesgo cuya indemnización cause mediante el seguro; tratándose del de vida el siniestro, aunque cierto e ineludible en cuanto a su ocurrencia, depende de la eventualidad de que se presente en época próxima o remota, en lo cual radica precisamente ese riesgo. Con el fin de que el asegurador pueda apreciarlo a cabalidad y hacer los cálculos actuariales necesarios para señalar el valor de la prima, la Ley le impone al asegurado en todas las clases de seguro, ciertas obligaciones como la de enunciar las circunstancias que pueden suministrar al asegurador un conocimiento exacto y completo de los riesgos que va a asumir (C. de Co. arts. 640, num. 5º y 680, num. 1º) y concretamente en el seguro de vida, la de informar la edad, profesión y estado de salud de la persona cuya vida se asegura (art. 697 *ibidem*).

2) Al igual de todo contrato, el seguro es rescindible, si cualquiera de las partes, al celebrarlo ha sufrido un vicio del consentimiento producido por error, fuerza o dolo (art. 1.602 y 1.508 C. C.). El contratante que lo haya padecido tiene a su alcance la acción rescisoria que le brinda la Ley, la cual estará llamada a prosperar en cuanto pruebe plenamente la existencia de cualquiera de esos tres factores que producen un consentimiento viciado. En el contrato de seguro de vida, la Ley presume que hay vicio en el consentimiento del asegurador y por ende le otorga la facultad de solicitar la rescisión correspondiente, cuando el contratante ha hecho declaraciones falsas o erróneas o simplemente ha incurrido en reticencias acerca de aquellas circunstancias o antecedentes de salud que de haber sido conocidas por el asegurador, pudieran haberlo retraído de la celebración del contrato o lo hubieran inducido a pactarlo en condiciones diferentes. En este caso, le basta con demostrar las declaraciones falsas o erróneas o las simples reticencias del asegurado, que son los supuestos que estable-

ce la Ley para que el asegurador adquiera la acción rescisoria correspondiente (art. 681, num. 1º *ibidem*).

3) En la declaración falsa acerca de su salud o de los antecedentes de ésta, hay indudablemente un "ánimus nocendi" o dolo de quien asegura su vida. Si tales declaraciones son simplemente erróneas, es decir involuntariamente equivocadas, pueden producir un móvil igualmente erróneo en el asegurador y por tanto viciar su consentimiento. Por este último aspecto, no se remite a duda que el asegurado tiene a su cargo, cuando toma un seguro de vida, una indudable obligación de diligencia y cuidado en cuanto a la información que debe dar al asegurador sobre sus antecedentes de salud, consistente en no hacer declaraciones equivocadas a ese respecto, porque con ellas puede inducir a error a quien le otorga el seguro y por tanto a producir un vicio en el consentimiento del mismo. Finalmente, en cuanto a las reticencias del asegurado sobre ese mismo punto, éste también está obligado a no incurrir en ellas, para no producir un consentimiento viciado en el asegurador. Como la misma Ley lo expresa, es claro que esas falsedades, equivocaciones o reticencias del asegurado respecto de su salud, deben ser capaces por sí solas de alterar el cabal conocimiento del asegurador en cuanto a los riesgos que va a tomar a su cargo en el seguro y que "pudieran retraerle de la celebración del contrato, o producir alguna modificación en sus condiciones" (art. 681 C. de Co.).

4) La Ley, pues, interpreta la voluntad del asegurador y lo protege del error provocado en que haya podido incurrir y que lo haya inducido a contratar el seguro, es decir, a asumir riesgos, sobre bases que de haberlas conocido la hubieran retraído de hacerlo. Como tales bases no siempre son o pueden ser conocidas por el asegurador la Ley le impone al asegurado la obligación de ponerlas en conocimiento de aquél. Esa obligación pesa sobre el asegurado aún en el caso de que el asegurador prescinda de exigir a aquél el certificado médico a que se refiere el artículo 22 de la Ley 105 de 1927 (LXXVII págs. 174; XCI, págs. 11).

"La rescisión del contrato de seguro —ha dicho la Corte—, prevista en el ordinal 1º del artículo 681 del Código de Comercio, se cumple en las siguientes hipótesis de hecho:

"a) Que el asegurado haga declaraciones que no sean verídicas acerca de los riesgos que debe asumir el asegurador;

"b) Que haya callado u ocultado alguno de esos riesgos; y

"c) Que esas declaraciones inexactas o reticentes sean capaces de influir sobre el consentimiento del asegurador para asumir el riesgo.

"La razón de este precepto consiste en que el asegurador, por regla general, no puede por sí solo, descubrir las circunstancias que influyen o pueden influir en su apreciación del riesgo que va a asumir en el contrato y, por tanto, forzosamente tiene que fiarse de las declaraciones del asegurado sobre ellas. Por consiguiente si éste, con declaraciones inexactas o incompletas lo induce a asumir un riesgo que no hubiera asumido, de conocer la verdad exacta y completa, o que hubiera asumido sólo mediante compensaciones mayores, el asegurador puede pedir la rescisión del contrato.

"¿Qué debe entenderse por declaraciones inexactas y qué por declaraciones reticentes del asegurado?

"En el primer caso están las declaraciones falsas, es decir, aquéllas en que el asegurado, a sabiendas altere las circunstancias que influyen sobre la apreciación de los riesgos; y las declaraciones erróneas, es decir, aquéllas en que el asegurado sufre un error acerca de esas circunstancias y declare ese error. En el segundo, caso, están las declaraciones en que el asegurado no altera, a conciencia o por error, la verdad de los hechos, sino que omite u oculta algunas circunstancias que, conocidas, hubieran podido retraer al asegurador de asumir el riesgo. Esta reticencia que origina la nulidad del contrato, debe necesari-

amente referirse a circunstancias conocidas por el asegurado" (Cas. Civ. 31 de marzo de 1954, G. J. T. LXXVII, pág. 171)" (8 de julio de 1959, XCI, pág. 10).

5) Expuesto lo anterior, debe estudiarse si en el presente juicio está demostrado que Morales Puello, al asegurar su vida, cumplió a cabalidad sus deberes de asegurado antes señalados, o mejor, si incurrió o no en los actos que sanciona el numeral 1º del artículo 681 del Código de Comercio, al establecerlos como motivo de rescisión del seguro.

El Tribunal, para fundamentar la parte del fallo que no fue objeto del recurso de casación, y que al no haberlo sido debe entenderse que fue consentido por la parte demandada, dice lo siguiente: "Teniendo en cuenta, por virtud del análisis que acaba de hacerse, que es cierto el contenido de los dos formularios (parte II) de solicitud de seguros que obran en el expediente, suscritos por el demandado Morales Puello y por los Drs. Raúl Bernet Padilla y Manuel Rodríguez Alvear, y estimando las respuestas dadas por el mismo demandado al absolver posiciones, es fácil comprobar que éste dió declaraciones falsas o erróneas y que fue reticente acerca de circunstancias que hubieran retraído a la Compañía aseguradora de celebrar el respectivo contrato de seguro, al haberlas conocido. Por lo tanto, es el caso de declarar rescindido el contrato de seguro atendiendo a lo dispuesto por el artículo 681, num. 1º del Código de Comercio".

Ahora bien: continúa la sentencia "al admitir que está debidamente reconocido el documento (la solicitud de seguro), se afirma que Morales Puello dió respuestas que no correspondían a la verdad y fue reticente en algunas otras. Por qué en las respuestas dadas para llenar los formularios de la Compañía aseguradora dijo que no le habían hecho electrocardiogramas, que no había padecido enfermedad grave, que no había consultado a un médico últimamente, etc. Sin embargo en la absolución de posiciones confesó que había padecido de cálculos renales, que le habían hecho electro-

cardiogramas, que había ido a New York a consultar al Dr. Theodore Wild, etc. Así que, estando reconocido el documento mencionado y habiendo declarado al demandado, en posiciones, hechos y situaciones enteramente contrarios a los que aparecen en aquél (documento), es lógico concluir que Morales Puello sí dió respuestas falsas y fue reticente en otras".

Los conceptos del sentenciador de segundo grado que se dejan transcritos, corresponden a la realidad procesal; la existencia de las reticencias y falsedades en la solicitud del seguro en que incurrió el demandado, además de estar legalmente comprobadas, es una verdad del proceso que determina la rescisión del contrato de seguro contenido en ambas pólizas y que fue uno solo, como que la segunda se expidió en virtud de una enmienda de la solicitud que originó la primera.

En consecuencia, 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 dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Cartagena, el 21 de octubre de 1966, y en su lugar, como juzgador de instancia, RESUELVE:

1º) CONFIRMASE en todas sus partes el fallo de primera instancia proferido el 21 de octubre de 1966 por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena;

2º) CONDENASE a la parte demandada en las costas de segunda instancia; y

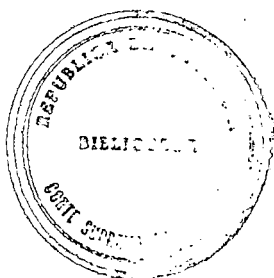
3º) Sin costas en el recurso extraordinario.

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

(Esta sentencia fue discutida y aprobada por la Sala como consta en el Acta Nro. 99 de 3 de los corrientes).

Ernesto Cediel Angel, Ernesto Blanco Cabrera, Guillermo Ospina Fernández, Germán Giraldo Zuluaga, Alfonso Peláez Ocampo, José María Esguerra Samper.

Heriberto Caycedo M., Secretario.



MANDATO

Puede terminar por la sola voluntad de una de las partes.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diecisiete de noviembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José María Esquerro Samper).

La sociedad "GALAS DE COLOMBIA LTDA.", promovió juicio ordinario contra "LABORATORIOS FROSST DE COLOMBIA LTDA.", para impetrar diversas declaraciones relativas a un contrato que habían celebrado. El Juzgado de primera instancia, luego de la tramitación de rigor, en sentencia del 16 de mayo de 1959 negó las súplicas de la demanda y absolvió, en consecuencia, a la parte demandada de los cargos que contra ella se habían formulado.

ANTECEDENTES:

Los hechos fundamentales de la acción impetrada pueden resumirse así:

Desde el 16 de febrero de 1949, "Galas de Colombia Ltda.", a solicitud de "Laboratorios Frosst de Colombia Ltda.", empezó a prestarle a ésta última sociedad servicios de imprenta y litografía para la elaboración de etiquetas, estuches y cajas para los productos que la misma elabora.

Inicialmente "Laboratorios Frosst" suministró a "Galas de Colombia" todo el cartón y el papel necesarios para las cajas, afiches, estuches y etiquetas que debía elaborar, pero a mediados del mes de mayo de 1953, la sociedad demandada pidió a la demandante "que importara por su cuen-

ta el cartón para la fabricación de cajas, según aparece de la carta fechada el 9 de junio de 1953, con el deseo de evitar la molestia de estar proveyendo los materiales necesarios para cada pedido".

En desarrollo de este convenio, "Galas de Colombia" realizó diversos pedidos de cartón, los cuales se detallan en el hecho cuarto de la demanda, desde el 27 de octubre de 1953 hasta el 8 de agosto de 1956, pero habiéndose agotado las existencias correspondientes a la primera importación y en desarrollo de la autorización que para ello aquella sociedad había dado a "Laboratorios Frosst" en comunicación fechada el 28 de mayo de 1953, la demandante procedió a importar nuevamente de Suecia "veinte mil ciento sesenta y cuatro kilos de cartón duplex, esmaltado, con factura Nro. 523807 de 19 de junio de 1956, con un costo total, puesto en Bogotá, en bodegas de Galas de Colombia, en pesos \$ 45.206.94 M/Cte.".

Posteriormente, "Galas de Colombia" por solicitud de "Laboratorios Frosst" le compró "las existencias de papel esmaltado color crema que éste tenía en Bogotá, por la suma de \$ 9.518.85, según factura de agosto 26 de 1955, pero con la clara y expresa condición de que "Laboratorios Frosst", lo fuera consumiendo en trabajos de etiquetas para sus productos, como así fue aceptado por "Laboratorios Frosst de Colombia Ltda.".

Del papel esmaltado color crema que acaba de mencionarse, "queda aún en bodegas de "Galas de Colombia", un saldo por valor de \$ 8.209.80 M/Cte., que no ha sido

utilizado por "Laboratorios Frosst de Colombia", así como también se encuentra en poder de "Galas de Colombia", todo el cartón traído de Suecia en la segunda importación... porque los "Laboratorios Frosst", injustificadamente suspendieron la orden de trabajo para utilizarlo".

La sociedad demandada, a pesar de los requerimientos que ha recibido de la parte actora, tendientes a que le pague el valor de los materiales no utilizados y para que los retiren de sus bodegas, se ha negado insistentemente a lo uno y a lo otro.

Con base en los hechos expuestos, la demandante formuló las siguientes súplicas:

"Primera. Declarar que el negocio en virtud del cual "Galas de Colombia", importó todo el cartón destinado a cumplir con los trabajos de litografía que le ordenara "Laboratorios Frosst Ltda.", lo mismo que la compra-venta del papel que con ese mismo fin hizo aquella, se verificó en virtud de un contrato de mandato en que intervinieron juntamente "Laboratorios Frosst de Colombia", quien hacía el encargo y "Galas de Colombia Ltda.", quien debía realizar los trabajos".

"Segunda. Que la parte demandada revocó intempestivamente ese mandato el cual alcanzó a ser ejecutado parcialmente, de buena fe y a satisfacción del mandante por la sociedad actora.

"Tercera. Que el referido contrato de mandato ha quedado por lo tanto resuelto unilateralmente sin culpa de la parte demandante, la cual cumplió todas sus pretensiones (sic).

"Cuarta. Que por lo tanto, la parte demandada está obligada a reembolsar a la parte demandante el valor de los gastos que ésta hizo para la ejecución del referido contrato de mandato, o sea el precio de importación del cartón y el costo de su transporte hasta Bogotá, lo mismo que el precio del papel que "Galas de Colombia Ltda.", compró a "Laboratorios Frosst de Colombia Ltda.", lo cual de un total de

cincuenta y tres mil doscientos seis pesos con setenta y cuatro centavos (\$ 53.206.74), junto con los intereses moratorios a la tasa comercial vigente el día en que "Galas de Colombia" desembolsó esos dineros.

"Quinta. Que se condene a "Laboratorios Frosst de Colombia" a pagar a "Galas de Colombia", la pérdida que ésta sufrió con motivo del incumplimiento del contrato".

La parte actora formuló también algunas súplicas subsidiarias tendientes a que el contrato en cuestión, inicialmente de arrendamiento de servicios y luego de obra, se declarase resuelto por incumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada y se condenara a ésta al pago de los perjuicios correspondientes. Estas peticiones no fueron tenidas en cuenta por el sentenciador de segunda instancia ya que prosperaron las principales.

El representante legal de "Laboratorios Frosst Ltda.", se opuso a las pretensiones de la demanda, negó el hecho décimo y en cuanto a los demás, dijo atenerse a las pruebas que pudiese aducir la parte actora. En ese mismo escrito expuso también lo siguiente:

"LABORATORIOS FROSST DE COLOMBIA LTDA.", se vió obligado a suspender a "GALAS DE COLOMBIA LTDA.", las órdenes de trabajo que menciona en su demanda el apoderado de dicha sociedad ante el injustificado aumento del valor de los servicios de esta última Compañía. Posteriormente mi poderdante con fecha 26 de septiembre de 1966, enviaron (sic) a "Galas de Colombia", el cheque N° 780876 por un valor de \$ 53.506.54 y a cargo del Banco Comercial Antioqueño de esta ciudad para pagar el valor de la factura enviada por la sociedad "Galas de Colombia", con fecha septiembre de 1956. Dicha factura correspondía al valor del costo de la totalidad del cartón y papel que según afirmaciones del apoderado de la sociedad "Galas de Colombia", es la base de la demanda. El Sr. Juan Rober, firmante de la factura aludida y contador de dicha sociedad, rehusó recibir

el correspondiente cheque alegando que tenía órdenes en contrario de la Gerencia de la Compañía".

Conoció del juicio en segundo grado de jurisdicción el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual, por sentencia fechada el 18 de diciembre de 1966, contra la que se interpuso el recurso de casación que ahora decide la Corte, revocó en todas sus partes la de primera instancia y en su lugar accedió a las súplicas principales de la demanda.

La parte resolutive de la sentencia del Tribunal dispuso lo siguiente:

"1º. Declárase que entre la sociedad "Galas de Colombia" y los 'Laboratorios Frosst de Colombia Ltda.', existió un contrato de mandato, según lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

"2º. Declárase que la parte demandada revocó unilateralmente ese mandato que por lo tanto quedó resuelto.

"3º. En consecuencia, CONDENASE a "Laboratorios Frosst de Colombia Ltda.", a pagar a 'Galas de Colombia Ltda.', seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de cincuenta y tres mil doscientos seis pesos con setenta y cuatro centavos (\$ 53.206.74), valor del papel importado y no utilizado en los afiches, etiquetas y el valor del papel comprado directamente a la entidad demandante junto con sus intereses desde el 25 de septiembre de 1956, fecha en que se expidió la factura respectiva y fue aceptada por la entidad demandada".

"4º. NIEGASE la súplica quinta principal de la demanda.

"Costas a cargo de la parte demandada".

MOTIVACION DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Comienza el Tribunal por analizar el contrato de mandato, a la luz de los artículos 2.142, 2.150, 1.149 y 2.191 del Código Civil,

para decir en qué consiste dicha conveni-
ción; que el acto mediante el cual se confiere un mandato, es una manifestación unilateral del mandante que para convertirse en contrato requiere que sea aceptada por el mandatario; que no es necesaria la prueba escrita para acreditarlo; que el mandante puede a su arbitrio revocar el mandato; y que la revocación expresa o tácita produce sus efectos desde el día en que el mandatario ha tenido conocimiento de ella. Analiza luego, pormenorizadamente, todas las pruebas aducidas por las partes, para concluir que de acuerdo con las mismas se hallan demostrados los siguientes hechos de la demanda:

"Que según la carta de 9 de junio de 1953, y la misma confesión de la entidad demandada hecha en la contestación de la demanda, entre las partes litigantes existió un convenio para prestar un servicio denominado negocio de gestión, consistente en la fabricación, por la demandante, de etiquetas, cajas, etc., con cartón suministrado por la misma sociedad 'Galas de Colombia Ltda.'.

"Que la sociedad importó directamente desde finales de 1953, el cartón que requería esos trabajos según manifiesto de importación, facturas comerciales y consulares y conocimientos de embarque, y que de acuerdo con la carta antes mencionada los laboratorios demandados prometieron 'comprar a 'Galas de Colombia' el saldo del cartón que se ha importado y no utilizado en nuestro trabajo por cualquier circunstancia, al precio de costo".

"Que en desarrollo del citado convenio se hicieron varios pedidos y se ejecutaron varias facturas, pero que los 'Laboratorios Frosst Ltda.' cancelaron esa gestión determinada por considerar que no era justo el precio formulado por la sociedad demandante".

A renglón seguido agrega que las relaciones contractuales de las partes consistían en un negocio de gestión, que por versar sobre la realización de actos jurídicos, "implica específicamente un contrato de

mandato, ya que esencialmente existía una actividad más que intelectual y material, negocial, es decir, un encargo conferido por el mandante al mandatario"; que "la irrevocabilidad de un mandato depende más de la voluntad contractual y del pacto de no revocar, que de la naturaleza del mandato, que en sí siempre es revocable"; que "el mandato se puede revocar por justa causa", porque "si está fundado sobre la confianza y ésta desaparece no hay razón alguna para la no extinción de la relación respectiva"; que en el caso de autos aparece claro que "Laboratorios Frosst" se comprometió a comprar el saldo del cartón importado y que no se utilizó en sus afiches, al precio de costo, y que revocó unilateralmente la orden de ejecutar algunos trabajos por no aceptar el precio fijado por "Galas de Colombia". Dice el sentenciador que "es obvio que si el mandato se había convenido en concurso del interés de ambas partes, el interés del mandante no podía ser desconocido por el mandatario, por el hecho de que éste se lesionara" y concluye diciendo que la figura del "mandato irrevocable supone la obligación del mandante de permanecer en el mandato hasta la total ejecución, cuando el mandato se ha estipulado únicamente en beneficio del mandatario".

Como corolario de todo lo anterior se expone en la sentencia: "de manera que si lo reclamado en la demanda es precisamente aquello que el mismo demandado reconoce deber al confirmar que había expedido un cheque por ese valor y que representaba el del cartón traído de Suecia y no utilizado y el valor del papel comprado a "Galas de Colombia", se impone la declaración judicial sobre la existencia de esa obligación junto con sus intereses, porque la obligación demandada con base en un contrato, aparece demostrada en lo que hace a la cantidad de \$ 53.206.74, junto con los intereses moratorios comerciales y que representa el valor del papel comprado directamente a "Galas de Colombia" y el valor del papel importado de Suecia y no utilizado. En cuanto a la obligación demandada por perjuicios o pérdidas, basta tener en cuenta que ellos están representa-

dos por los intereses de la suma indicada. Siendo eso así, la sentencia debe reconocer el crédito mencionado, desconocida por el Juez de instancia".

EL RECURSO

Cinco cargos se formulan contra la sentencia del Tribunal, todos ellos dentro del ámbito de la causal primera, por ser violatoria de la Ley sustantiva por varios aspectos. Los dos primeros se despachan conjuntamente por versar ambos sobre violación de las mismas normas sustanciales.

Conviene advertir en primer término que en un capítulo de la demanda de casación denominado "consideraciones críticas sobre el fallo del Tribunal" el censor trata de puntualizar la verdadera naturaleza jurídica de las relaciones contractuales que hubo entre las partes; dice que no hubo solamente un mandato, como equivocadamente lo entendió el Tribunal, sino una serie sucesiva de contratos de obra, que posteriormente "se celebró un contrato de mandato en virtud del cual la artífice... importaba la materia primera a nombre de la sociedad que la encargaba..." y que por último celebró "una verdadera promesa de venta" relativa a los materiales importados que no fueron utilizados.

Teniendo en cuenta que los cargos no se refieren a la calificación que hizo el Tribunal de las relaciones contractuales de las partes como provenientes de un mandato, la Corte debe respetarla y limitar su estudio a los aspectos de la misma que han sido objeto de censura para ceñirse a la pauta que señala el recurrente.

Cargos primero y segundo

A) Se hace consistir en falta de aplicación del artículo 2.191 del Código Civil e indebida aplicación del artículo 1.546 ibidem, ya que en la sentencia, según el censor, se desconoció la potestad legal que tiene el mandante de revocar el mandato y como consecuencia, se aplicó el caso sub-judice al artículo 1.546 que sólo tiene per-

tinencia tratándose de contratos bilaterales.

El recurrente hace hincapié en la incompatibilidad que existe entre el artículo 2.191 del Código Civil que faculta al mandante para revocar el mandato y el inciso 3º del artículo 2.150 ibidem que "parece dar a entender que el contrato de mandato no es revocable unilateralmente, por un acto de voluntad del mandante" ni se le puede poner fin por la renuncia del mandatario, puesto que "aceptado el mandato no podrá disolverse el contrato sino por mutua voluntad de las partes. El texto legal citado repite el principio general consagrado por el artículo 1.602 del Código Civil, cuando establece que 'todo contrato legalmente celebrado es una Ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causales legales'.

En seguida trae a cuento diversas doctrinas de la Corte y de expositores de Derecho Civil, según las cuales no puede aceptarse que un contrato de mandato pueda perder su carácter de irrevocable por parte del mandante, para concluir que el sentenciador de segunda instancia incurrió en "un error fundamental, en la concepción misma de la institución del mandato, al considerar que puede existir el mandato irrevocable; y en el presente caso lo era".

B) "Aún en la hipótesis —dice el censor— que las partes pudieran celebrar un contrato de mandato de naturaleza irrevocable", el Tribunal tampoco hubiera podido llegar a esa conclusión en el presente caso, "sin incurrir en graves errores violatorios de varias normas legales probatorias y sustantivas", y agrega, que de autos aparece plenamente demostrado, respecto de las series sucesivas de contratos de obra, por que la finalidad de aquél no era otra que la de suministrar materia para la ejecución de éstos". Dice también que "las partes habían reducido así el contrato de mandato, de manera convencional, a un simple contrato accesorio del contrato de obra, porque en el ánimo de las dos sociedades constituía el contrato principal".

El cargo se basa, pues, en que según el recurrente, el Tribunal "no cayó en cuenta que la confesión formulada por la parte demandante en el correspondiente escrito de demanda y la prueba documental aportada, especialmente el documento contenido de la carta de nueve de junio de mil novecientos cincuenta y tres (1953)... acredita la existencia de un contrato de mandato en que se consagra especialmente la facultad de revocación en favor del mandante. La deficiente apreciación de la prueba no permitió al Tribunal constatar la existencia de tal facultad consagrada en favor de la parte demandada en el juicio". Como consecuencia de lo expuesto, el censor atribuye al sentenciador la comisión de un error de derecho en la apreciación de la confesión que contiene el escrito de demanda y la prueba documental aportada en el juicio, especialmente la carta del 9 de junio allegada por la misma sociedad, con violación de los arts. 606, 637 y 645 del Código de Procedimiento Civil, por causa de lo cual, dejó de aplicar el artículo 2.191 del Código Civil que en tal forma fue quebrantado de manera indirecta y en cambio "aplicó equivocadamente el artículo 1.546, que viola también por modo indirecto y por indebida aplicación".

Consideraciones de la Corte

1. Las formas de terminación de un mandato son diversas. Además de las especiales que enumera el artículo 2.189 del Código Civil, existen las que de modo general establece el artículo 1.602 ibidem, esto es, el mutuo consentimiento de los contratantes, y "las causales legales".

2. El artículo 2.150 del mismo Código, al disponer que "aceptado el mandato no podrá disolverse sino por mutua voluntad de las partes", reafirma la aplicabilidad a este contrato del preindicado artículo 1.602, es decir, pregona la necesaria terminación convencional. Sin embargo, el artículo 2.189 ibidem, en los numerales 3º y 4º señala dos casos en que el mandato termina por la sola voluntad de una de las partes: la revocación del mandante (num. 3º) y la renuncia del mandatario (num. 4º).

Basta la confrontación de los preceptos mencionados para comprender que son contradictorios. Los dos primeros incisos del artículo 2.150 del Código Civil Colombiano son idénticos a los del 2.124 del Código Chileno; el tercero es diferente en tales estatutos, pues en este último apenas se otorga al mandatario la facultad de retractarse, sin exigir, como lo hace el colombiano, la voluntad de mandante y mandatario para la disolución del contrato. Esto último no aparece en ninguno de los proyectos de Don Andrés Bello: antes bien, el tercer inciso del artículo 2.124 del Código Chileno es igual al 2.293 del llamado "proyecto inédito".

3. Por consiguiente, en el Código Chileno no existe la contradicción que se observa entre los numerales 3º y 4º del artículo 2.189 y el tercer inciso del 2.150 del Código colombiano, la cual, por cierto aspecto es indudable, aunque Fernando Vélez la califica de aparente, diciendo que el artículo 2.150 se aplica a las relaciones contractuales que surgen entre mandante y mandatario, al paso que "la autorización de representar al mandante debe tener derecho éste de resolverla cuando quiera, pues su voluntad debe prevalecer sobre la del mandatario..." Y más adelante concluye: "En suma, nada puede impedir que el mandante revoque el mandato cuando quiera, ni que el mandatario lo renuncie cuando se le ocurra, porque esto implica que el mandante no quiere que lo represente, o que el mandatario no quiere representarlo. Pero esta revocación o renuncia de la facultad de representar ante terceros al mandante, no altera los derechos y obligaciones del contrato de mandato, entre el mandante y el mandatario, derechos y obligaciones que por no ejercerse el mandato, generalmente se reducen a indemnización de perjuicios, porque se trata de obligación de no hacer (art. 1.612), es decir, de no revocar o de no renunciar el mandato cuando se ha estipulado en el contrato que aquél no se pueda revocar o renunciar" (Tomo VIII, Nº 198, pág. 137, 2ª Ed.).

4. La naturaleza jurídica del mandato, contrato que por ser "intuitu personae" se

basa fundamentalmente en la confianza que el mandante dispensa al mandatario (art. 2.142 C. C.), explica que respecto de su terminación no solamente está ubicado dentro del régimen general que el artículo 1.602 *ibidem* establece para todos los contratos sino que también, como una excepción a dicho régimen, puede terminar por la sola voluntad de una de las partes (art. 2.189, num. 3º *ibidem*), esto es, por revocación (XV, pág. 8ª XLIX, pág. 548). También puede terminar unilateralmente por renuncia del mandatario (num. 4º *ibidem*). La revocabilidad de la esencia del mandato. En consecuencia, en cuanto el inciso 3º del artículo 2.150 establezca real o aparentemente lo contrario, debe darse preferencia a los artículos 2.189, nums. 3º y 4º, 2.190 y 2.191, por ser normas posteriores (arts. 2º y 3º Ley 153 de 1887) lo que lleva a concluir que el mandato siempre puede terminar por revocación o renuncia. Esa terminación, desde luego, sólo viene a consumarse y a producir sus efectos a partir del momento en que el mandatario tuvo noticia de la revocación (art. 2.191) o el mandante de la renuncia y en tal virtud pudo éste "proveer a los negocios encomendados", so pena en este último caso de tener que indemnizar al mandante los perjuicios que le cause con una renuncia intempestiva (art. 2.193). Además, cuando se produce la terminación del mandato por cualquiera de los dos modos indicados, no por ello desaparecen los derechos y obligaciones válidamente surgidos mientras el contrato estuvo vigente ni la responsabilidad consiguiente al incumplimiento de estas últimas (LV, p. 544).

Por último conviene agregar que hay lugar a indemnización de perjuicios si el mandante incurre en abuso de su derecho de revocar el mandato (Josserand-Cours, Tomo II, Nº 1424, pág. 774, 2ª Edic. Res. Sirey, París 1933).

La Corte ha dado prevalencia a lo dispuesto en los artículos 2.169, num. 3º, 2.190 y 2.191 del Código Civil, con relación al tercer inciso del artículo 2.150 *ibidem*, al aceptar siempre la revocabilidad del mandato (XIV, pág. 185 - XXXVI, pág. 337 - LV, pág. 492 - LXVII, pág. 765).

5. Expuestas estas bases indispensables para el análisis del cargo, tiénese que el censor critica la sentencia por haber ésta declarado que "la parte demandada revocó unilateralmente ese mandato, que por lo tanto quedó resuelto". De ahí pretende deducir una falta de aplicación del artículo 2.191 del Código Civil que autoriza al mandante para revocar el mandato y una indebida aplicación del artículo 1.546 *ibidem*, ya que a su juicio, la parte demandada no incumplió con sus obligaciones como para que hubiese prosperado la acción resolutoria que este precepto establece.

Estima la Corte que no hay los quebrantos de la Ley sustancial que señala la censura, porque el Tribunal no sostuvo en parte alguna de su sentencia que el mandato celebrado entre las dos sociedades litigantes fuese irrevocable, como lo pretende el recurrente; antes por el contrario, declaró que el contrato en cuestión había sido revocado, lo cual indica que sí aplicó el citado artículo 2.191 del Código Civil. En cuanto al segundo reparo, o sea la indebida aplicación del artículo 1.546 *ibidem*, el cargo también es inane, porque la sentencia no se funda en la acción resolutoria por incumplimiento del contrato, que al haber sido propuesta como subsidiaria no llegó a estudiarse siquiera por cuanto la principal recibió despacho favorable. No hubo, pues, aplicación de dicho precepto en el caso sub-judice. Lo que ocurrió fue que el Tribunal declaró la terminación del mandato por la revocación del mandante y empleó equivocadamente el vocablo **resolución** en lugar de **terminación** que era el correcto.

Tampoco hubo el error de derecho que apunta la demanda, porque el sentenciador no violó las normas de orden probatorio que en ellas se señalan; antes por el contrario, valoró correctamente las pruebas documental y de confesión que indica el censor, de las cuales se deduce claramente la revocación que encontró probada el Tribunal y en virtud de la cual decretó la terminación del contrato.

Por lo expuesto, los cargos no prosperan.

Tercer cargo. El recurrente afirma que estando la sociedad demandante en mora de cumplir sus propias obligaciones, tales como la de entregar los materiales importados que no utilizaron, no podía aquella pedir la resolución del contrato y que el Tribunal, al decretarla, incurrió en notorio error de hecho en cuanto no apreció la prueba de confesión que sobre esa circunstancia aparece en los hechos 8º y 9º de la demanda, error que lo llevó a violar indirectamente el artículo 1.546 del Código Civil por indebida aplicación y al mismo tiempo el artículo 1.609 *ibidem*, por falta de aplicación.

Se considera:

No existe el error de hecho que menciona el censor, ni menos aún con carácter de evidente como debe serlo para servir de fundamento a un cargo en casación, porque el Tribunal sí vió las pruebas a que se refiere la demanda y las tuvo en cuenta en su cabal contenido al proferir la sentencia acusada. Aunque la inexistencia de dicho error es suficiente para que la acusación no prospere, conviene agregar que según quedó expuesto anteriormente, el Tribunal no se pronunció sobre la acción resolutoria que fue propuesta como subsidiaria de la de revocación, ya que esta última prosperó. Por tanto, no aplicó ni tenía por qué aplicar los artículos 1.546 y 1.609 del Código Civil, que no eran pertinentes.

Se rechaza el cargo.

Cuarto cargo. Afirma el recurrente que el Tribunal quebrantó por vía indirecta el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en virtud del error de derecho en que incurrió en la apreciación de la prueba documental consistente en la carta dirigida por "Laboratorios Frosst de Colombia" a "Galas de Colombia" el 9 de junio de 1953, error éste que significó una violación del artículo 637 del Código Judicial. Dice igualmente que en cuanto el Tribunal estimó dicha carta como una confesión de la obligación de reintegrar el valor de los materiales importados, como consecuencia del contrato

de mandato, violó indirectamente, por falta de aplicación, el artículo 2.184 del Código Civil.

A manera de cargo subsidiario, lo cual es inadmisibles en casación como se ha dicho repetidas veces, agrega el censor que "si la Honorable Sala considera que la sentencia del Tribunal estima parcialmente la prueba, en cuanto establece un contrato de mandato; y no lo hace, en modo alguno en cuanto establece el compromiso de compra de los materiales no utilizados en el contrato de obra, plantea el cargo por error de hecho evidente, a consecuencia del cual se desconoció el compromiso de compraventa a que me he referido. Y se violó indirectamente por falta de aplicación, el artículo 1.611 del Código Civil, y de manera correlativa, por indebida aplicación, el artículo 2.184 *ibidem*". El recurrente arguye para sostener el cargo por el último aspecto que acaba de mencionarse, que por razón de ese error de hecho el Tribunal "interpretó que los materiales debían ser pagados por la sociedad "Laboratorios Frosst de Colombia", a la sociedad "Galas de Colombia", como consecuencia de la obligación contenida en el contrato de mandato, que en ausencia del compromiso de compraventa vincula equivocadamente a aquél".

"La arbitraria estimación de la prueba —dice el recurrente— restringe su poder demostrativo al establecimiento del contrato de mandato, dejando de lado la promesa de venta contenida en ella, de manera conjunta con aquél. Comete así el Tribunal un error de derecho en la apreciación de la prueba documental que he individualizado, a consecuencia del cual, interpreta el pago como la confesión de una obligación derivada del contrato de mandato y no da la ejecución de la promesa".

El párrafo de la carta en cuestión al cual se refiere la censura, es del siguiente tenor: "Con mucho gusto dejamos constancia que 'Laboratorios Frosst de Colombia', se compromete a comprar a 'Galas de Colombia', el saldo del cartón que sea importado y no utilizado en nuestros trabajos por cualquier circunstancia, al precio de costo".

"Entre el error de hecho y el de derecho —ha dicho la Corte— existe una diferencia fundamental, porque cuando el fallador incurre en el primero, sucede que no ha visto la prueba que establece un hecho, o ha tenido en cuenta un medio que no obra en el proceso y ha dado por demostrado un hecho inexistente... En cambio, cuando ocurre el error de derecho, el juzgador aprecia todas las pruebas que se han llevado al expediente, pero al valorarlas de acuerdo con la tarifa legal, les da un mérito que la Ley probatoria no les señala, o les desconoce el que les asigna.

"El error de derecho lleva consigo la violación directa de la norma que señala el valor de la prueba y la infracción indirecta del precepto o preceptos sustantivos que regulan el hecho. De ahí que el recurrente en la demanda de casación debe citar una y otra disposición" (CXV, pág. 48 y 51).

No existe el error de hecho que se atribuye a la sentencia, porque en éste, como se vió al reseñar la motivación respectiva, se hace alusión explícita a la mencionada carta, lo cual demuestra que sí fue tenida en cuenta como prueba. En efecto, en el fallo impugnado se lee lo siguiente:

"Que según la carta de 9 de junio de 1953, y la misma confesión de la entidad demandada hecha en la contestación de la demanda, entre las partes litigantes existió un convenio para prestar un servicio denominado negocio de gestión, consistente en la fabricación, por la demandante, de etiquetas, cajas, etc., con cartón suministrado por la misma sociedad 'Galas de Colombia'.

"Que la sociedad importó directamente desde finales de 1953, el cartón que requería esos trabajos según manifiesto de importación, facturas comerciales y consulares y conocimientos de embarque, y que de acuerdo con la carta antes mencionada los laboratorios demandados prometieron comprar a 'Galas de Colombia' el saldo del cartón que se ha importado y no utilizado en nuestro trabajo por cualquier circunstancia, al precio de costo".

De los pasos de la sentencia que se dejan transcritos no aparece tampoco error alguno de valoración probatoria de la referida carta que conlleva violación del artículo 637 del C. J.; el Tribunal le asignó el justo poder de convicción que ella tiene para establecer las relaciones contractuales que mediaron entre las sociedades litigantes.

Empero, el sentenciador estimó que tales relaciones configuraban un negocio de gestión que "implicaba específicamente un mandato, ya que esencialmente existía una actividad más que intelectual y negocial". El recurrente, en cambio, considera que hubo una promesa de venta de los materiales importados y no utilizados. Esa discrepancia, en cuanto a la naturaleza de las relaciones jurídicas cuya existencia demuestra la referida carta, no constituye en manera alguna un error de derecho, es decir, una equivocada ponderación del valor probatorio de ésta.

En consecuencia el cargo no puede prosperar.

Quinto cargo. Afirma el recurrente que aún en el supuesto de que la condenación que se hizo en la sentencia hubiese sido ajustada a derecho "la mora en el pago de dicha suma sólo causa intereses legales y no los que el Tribunal denomina con marcada impropiedad "intereses moratorios comerciales" y que por tanto, se incurrió en una errónea interpretación del artículo 1.617 del Código Civil, ya que a falta de estipulación en contrario, la mora en el cumplimiento de obligaciones contractuales sólo viene a causar intereses a la tasa establecida por el precepto legal en mención".

El cargo está mal formulado, porque su planteamiento indica a las claras que se atribuye al Tribunal la falta de aplicación y no una interpretación errónea del artículo 1.617 del Código Civil. En efecto, el recurrente pretende que según dicho precepto, la indemnización de los perjuicios moratorios a que da lugar el incumplimiento de una obligación de pagar una cantidad

de dinero consiste únicamente en los intereses legales.

Conviene advertir en primer término, que el Tribunal no mencionó expresamente el texto legal que le sirvió de fundamento para la condena al pago de intereses, luego mal pudo interpretar erróneamente una norma que no aplicó. Por otra parte, el claro texto del citado artículo 1.617 no admite la inteligencia que pretende darle el censor. Allí se indica que como indemnización por la **mora debitoris**, se siguen debiendo los intereses convencionales "si estos se han pactado y son superiores al legal; que en casos especiales legalmente previstos, se deberán los intereses corrientes; y finalmente, que a falta de aquéllos y de éstos, "empiezan a deberse los intereses legales".

Si se parte de la base en que se fundó el Tribunal, esto es, de considerar las relaciones contractuales de los litigantes como originadas en un mandato, el caso sub-judice es justamente uno de aquellos en que la Ley autoriza el cobro de intereses corrientes (arts. 2.182 y 2.184 num. 4º del C. C.), de suerte que no cabía aplicar el tercero de los eventos a que en último término alude el citado artículo 1.617, para cuando las partes no han estipulado intereses o la Ley en casos especiales autoriza el cobro de los corrientes.

Conclúyese de lo expuesto que no hubo la interpretación errónea del citado artículo 1.617 que el recurrente le atribuye a la sentencia acusada, por lo cual el cargo no puede prosperar.

En consecuencia, 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 16 de mayo de 1959, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso a cargo del recurrente.

(Esta sentencia fue discutida y aprobada por la Sala como consta en Acta Nro. 98 de 2 de los corrientes).

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al

Tribunal de origen.

Ernesto Cediel Angel, Ernesto Blanco Cabrera, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández, Alfonso Peláez Ocampo, José María Esguerra Samper.



SEGUROS

Seguro automático o flotante del transporte — Los Arts. 634 y 635 del C. de Co. no son normas sustanciales.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintisiete de noviembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediell Angel).

(Aprobación: Acta N° 107 de 23 de noviembre de 1970)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 9 de mayo de 1968, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario de Gustavo Landínez contra la Compañía de Seguros Comerciales Bolívar S. A.

EL LITIGIO

En libelo repartido al Juzgado 7° Civil del Circuito de Bogotá, el citado Gustavo Landínez demandó a la Compañía de Seguros mencionada en procura de los siguientes pronunciamientos:

1°. Que la Compañía demandada debe al demandante "el valor del seguro pactado mediante la póliza N° 02682 en relación con el siniestro ocurrido en la 'Vuelta del Gallinazo', kilómetro 478.7 Río Magdalena, el día 24 de septiembre de 1963, consistente en el naufragio de la lancha 'Ciudad de Beirut' con el bote 'Líbano' a ella acoplado, en que se transportaban ochenta y dos reses gordas que había embarcado el demandante en El Banco, Puerto de El Salto, con destino a Puerto Wilches".

2°. Que la entidad demandada debe, en consecuencia, al demandante, la cantidad

de \$ 108.285,25, sus intereses hasta el día del pago, a la rata del uno por ciento mensual, y el veinticinco por ciento anual de dicha suma.

Los hechos pertinentes afirmados en la causa petendi, se resumen así:

a) El 25 de enero de 1963, "Seguros Comerciales Bolívar" expidió a favor de Gustavo Landínez la póliza automática o flotante N° 02682, por medio de la cual se amparaban los riesgos de muerte natural o muerte por accidente en el vehículo transportador, de semovientes del demandante que fueran trasladados desde El Banco a cualquier lugar del país y viceversa.

b) En la primera de las condiciones particulares de la póliza se establece que no obstante lo estipulado en el segundo párrafo de la condición general primera, "la presente póliza sirve de prueba legal del seguro y ampara automáticamente las mercancías, contra los riesgos y en los trayectos arriba indicados".

c) El 23 de septiembre de 1963, en el puerto de El Salto, correspondiente a El Banco, el demandante embarcó en la lancha "Ciudad de Beirut", con destino a Puerto Wilches, 50 vacas gordas y 32 novillos gordos, en pie, asegurados bajo la póliza de transportes número 02682, a que se hizo referencia. El ganado se embarcó en el bote "El Líbano", remolcado por la lancha mencionada, con sus correspondientes patentes de navegación.

d) En las horas de la tarde de ese mismo día, Landínez se trasladó a las oficinas

que la Compañía demandada tiene en El Banco, con el objeto de dar aviso del transporte del ganado a fin de que se le expidiera el correspondiente certificado de seguro, pero las encontró cerradas, como ocurría con frecuencia.

e) A las seis de la mañana del día siguiente tuvo noticia el actor de que habían naufragado la lancha y el bote prenombrados, a causa de colisión con el remolcador Pichincha, y no obstante los esfuerzos realizados por aquél con el fin de recuperar algunos de los animales, no lo logró puesto que la pérdida fue total. El 26 de septiembre, mientras se ocupaba en buscar el ganado, Landínez le pidió a José Chedraui que diera aviso a la compañía del siniestro ocurrido, con todos los papeles del caso, y aunque aquél cumplió el encargo, la compañía, sin embargo no lo atendió.

f) Landínez procedió inmediatamente a reclamar de la Compañía la indemnización, y el 17 de octubre aquélla le comunicó que no asumía ninguna responsabilidad por la pérdida del ganado. Ese mismo día, antes de conocer la respuesta de la compañía, el demandante había hecho otra remesa de ganado de su propiedad en la embarcación denominada "Carmencita", con destino a Puerto Wilches, y como en esa misma fecha dió el correspondiente aviso de transporte, la compañía en esa misma fecha dió el correspondiente aviso de transporte, la compañía le expidió el certificado de seguro número 0105752, por un valor de \$ 724.20, para amparar dicho ganado bajo la póliza flotante o automática de seguros número 02682, antes mencionada. Sin embargo, la compañía obtuvo, con engaños, que Landínez le entregara ese certificado, el que no le fue devuelto. Y

g) El valor de los perjuicios sufridos por el actor con motivo del accidente de la lancha "Ciudad de Beyrut", asciende a \$ 108.285.25, que la compañía demandada se negó a pagar no obstante hallarse vigente la póliza automática 02682 mencionada, cuando aquél ocurrió.

Adelantado el trámite de la primera instancia, con oposición de la Compañía de

mandada, el juzgado desató el litigio en sentencia de 23 de noviembre de 1965, mediante la cual declaró que aquélla debe a Gustavo Landínez el valor del seguro pactado en la póliza 02682, por razón del siniestro ocurrido el 24 de septiembre de 1963, de que se ha hecho mérito; condenó a la citada compañía a pagarle al actor, por ese concepto, la cantidad de \$ 96.872.00, más los intereses legales de dicha suma a partir de la contestación de la demanda hasta cuando el pago se efectúe; negó las excepciones propuestas por la parte demandada, y condenó a ésta en las costas del juicio.

Por apelación de la parte vencida surtióse el segundo grado del juicio, el cual culminó con la sentencia de 9 de mayo de 1968, por medio de la cual el Tribunal reformó la de primera instancia en el sentido de disponer: "que el valor de la indemnización correspondiente al seguro se hace en abstracto y debe liquidarse por el procedimiento del artículo 553 del C. J. y concordantes". La confirmó en lo demás y no hizo condena en costas.

Tal es el fallo materia del recurso de casación de que conoce la Corte y que se procede a decidir.

MOTIVACION DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Luégo de notar que en el caso sub-lite se trata del cobro de la indemnización que corresponde a un seguro automático de transporte de semovientes, por acaecimiento del riesgo asegurado, observa el Tribunal que para la prosperidad de la acción ejercitada ha de acreditarse: "a) El contrato de seguro y su vigencia para la época o momento del riesgo o siniestro del objeto u objetos amparados, y c) (sic) El acaecimiento del hecho causante de la pérdida".

Dice que en el presente caso se halla acreditado el contrato de seguro con la póliza 02682, en la cual se determinan las condiciones generales, especiales y particula-

res de esta clase de pólizas automáticas para el transporte de semovientes; que tratándose de tal clase de seguros, como su nombre lo indica, suscrita la póliza, "por el solo hecho del embarque o transporte de las mercancías aseguradas, quedan automáticamente amparadas contra los riesgos tomados y que casualmente produzcan como efectos la pérdida total o parcial, deterioro o menosprecio, desde que se embarquen, durante el trayecto y hasta cuando sean entregadas en el lugar de su destino"; que es éste "un seguro especialísimo, establecido por las entidades aseguradoras para suplir y facilitar el abundante, rápido y permanente transporte de mercancías, a los transportadores de las mismas que de manera más o menos continua y permanente tienen que hacerlo en el ejercicio de su actividad o negocio, sin que física o fundamentalmente el aviso, el pago de la prima, la expedición del certificado correspondiente, por cada despacho, sean necesarios y esencialmente indispensables, anteriores, concomitantes o posteriores al hecho del embarque ya que su existencia y el amparo tienen su origen en la póliza general flotante o automática y se concretan por el hecho mismo del embarque o despacho"; que de lo contrario se desvirtuaría la naturaleza y aún la esencia del seguro automático o flotante, si se exigiera "como esenciales el aviso o relación, pago de la prima y certificado, anteriores, concomitantes o posteriores al hecho del transporte"; que estas son "cuestiones adjetivas y más dijéramos subjetivas o de buena fe, que desde luego implican reglamentación o estipulación pero que no pueden ir contra la naturaleza misma de las cosas, es decir, contra la esencia misma del seguro automático de transporte"; que tan evidente es ello que las mismas compañías aseguradoras prevén dos clases de pólizas para el seguro de transporte: la automática y la de diversos asegurados.

Se refiere luego el sentenciador a la vigencia del contrato de seguro en el momento del siniestro, en los siguientes términos:

"En la misma póliza o contrato de seguro, ab initio, podemos ver que la póliza

automática se encontraba vigente para la época y el momento del siniestro, porque ella fue expedida por tiempo indeterminado el 25 de enero de 1963; y en ella misma encontramos las cláusulas o causas de determinación o pérdida de la calidad de automática, es decir, de su no vigencia, como son v. gr. la omisión de declaración de seguro de despacho de semovientes amparados por esta póliza o la cesión del mismo a otras compañías y el aviso por escrito con treinta días de anticipación dado por una parte a la otra. Lo que, entre otras cosas, es materia de excepciones o defensas, que en su oportunidad se estudiará. En este punto nos basta concluir con que el demandante demostró o cumplió con su obligación de acreditar que para la época del siniestro sus semovientes estaban formalmente amparados con la mencionada póliza automática".

Y en cuanto al acaecimiento del hecho causante de la pérdida, advierte el Tribunal que "este último de los elementos indispensables para la eficacia de la acción, se encuentra ampliamente demostrado en el expediente, y sobre él no hay necesidad de hacer mayores comentarios ya que las partes ni siquiera lo discuten".

Se ocupa en seguida de las excepciones propuestas por la parte demandada, que denominó inexistencia de la obligación, falta de derecho para pedir e ilegitimidad de la personería sustantiva de la Compañía demandada, y luego de observar que todas ellas se hacen consistir en que era obligación del asegurado dar, con anticipación al despacho de los semovientes, el aviso y relación de los mismos a la compañía aseguradora so pena de la invalidación de la condición automática de la póliza, obligación que el demandante no cumplió, expresa:

"En orden al aviso y relación de semovientes, pago de prima y expedición del certificado, correspondientes a cada despacho o embarque o transporte, como ya se anotó al estudiar el punto a) de la acción, no es de la esencia de esta clase de 'seguro automático de transporte', que estos ten-

gan que verificarse con anterioridad al despacho y por el contrario, por la circunstancia misma de esta actividad transportadora, su naturaleza 'automática' implica que se causen por el mero hecho del despacho; el aviso, relación pago de prima y certificado, pueden ser anteriores, concomitantes, simultáneos o posteriores. El hecho de que al tenor del literal "h" de las condiciones particulares de la póliza se exprese que "Es entendido que el aviso se dará con anterioridad al despacho", no implica que por tal estipulación y en el evento de que tal aviso no se hubiese dado con anterioridad al despacho, no se cause el seguro con el acaecimiento del riesgo, el cual surge con la esencia o naturaleza misma de su automaticidad; y, de otra parte, otras condiciones o estipulaciones de la misma póliza así lo implican como la contenida en el literal 'g' de las mismas condiciones particulares 'El asegurado, será deudor a la Compañía de las primas correspondientes tanto de seguros avisados como de despachos no avisados o desconocidos por el Asegurado'; y el literal 'a' de las mismas, dice: 'No obstante lo estipulado en el segundo párrafo de la condición general 1ª, la presente póliza sirve de prueba legal del seguro y ampara automáticamente las mercancías, contra los riesgos y los Trayectos arriba indicados'. (Se subraya); amén de que el asegurado quiso cumplir la misma tarde del despacho con el requisito del aviso pero no lo pudo hacer por encontrarse cerradas las oficinas de la aseguradora y al día siguiente hubo de trasladarse al sitio del naufragio para cumplir con las obligaciones propias del seguro, avisando a la Compañía a primera oportunidad por medio de su comisionado el señor Chedraui".

Hace el sentenciador otras consideraciones sobre el particular, y concluye: "Por todo lo anterior es que las excepciones de sinexistencia de la obligación, falta de derecho para pedir, ilegitimidad de personería sustantiva de la compañía demandada, no pueden prosperar. En cuanto a la de compensación, no se dijo en qué se hacía consistir y tampoco se probó nada como se anunció al proponerla".

LA IMPUGNACION

Fúndase en demanda que contiene dos cargos contra la sentencia de segundo grado, ambos del resorte de la causal primera, que se estudian en el mismo orden en que fueron propuestos.

Cargo primero.

Denúnciase en él violación de los artículos 634, 635 y 665 del Código de Comercio, "por cuanto al interpretarlos el Tribunal incurrió en evidente error en cuanto a su contenido y alcance".

Al desarrollarlo expresa el censor que de conformidad con el artículo 634 mencionado, son requisitos esenciales del contrato de seguro la asunción de un riesgo por el asegurador y el pago de una prima por el asegurado; que el artículo 635 define esos dos elementos diciendo que prima "es la retribución o precio del seguro", y riesgo "la eventualidad de todo caso fortuito que pueda causar la pérdida o deterioro de los objetos asegurados"; que el Tribunal, al interpretar esas normas "anota que el pago de la prima y el aviso que se da dentro del contrato de seguro de transportes informando del envío a efecto de que se liquide aquélla, 'son cuestiones adjetivas y más dijéramos subjetivas o de buena fe, que desde luego implican reglamentación o estipulación, pero no pueden ir contra la naturaleza misma de las cosas' "; y que siendo la prima y la asunción del riesgo requisitos esenciales para la existencia de cualquier contrato de seguro, no puede convertírselas en cuestiones accesorias.

Observa que el carácter automático de la póliza de seguro de transportes no significa, como lo entendió el sentenciador, que expedida aquélla queden amparados todos los embarques de semovientes que realice el asegurado, sino, tan sólo, que no se requiere expedir nuevas pólizas, con el cumplimiento del trámite dispendioso que cada una de ellas conlleva cada vez que se hace un embarque, pues basta dar el aviso anticipado del mismo a fin de que se liquide la prima y la compañía asuma el

riesgo en relación con los bienes que van a ser transportados; que, de consiguiente, el aviso constituye cuestión fundamental en el contrato de seguro, "pues es él el que permite la liquidación de la prima, crea la obligación de pagar la misma y radica los riesgos en cabeza del asegurador"; y que aceptar, como lo hizo el Tribunal, que el aviso puede darse con posterioridad al siniestro, "va no sólo contra la esencia misma del contrato de seguro sino contra la lógica elemental, debido a que no se ha asumido ningún riesgo, pues el mismo desapareció cuando se presentó el siniestro".

Nota asimismo el recurrente, que el artículo 665 del Código de Comercio establece que "el seguro contratado sin estipulación de prima, es nulo y de ningún valor"; que frente a tan perentoria disposición no se puede afirmar, como lo hizo el sentenciador, que la prima es cuestión accesorio; que en el seguro de transportes aviso y prima "constituyen binomio indisoluble, pues la omisión del aviso implica el no poder estipularse la prima y al no poder estipularse la misma no tiene ningún valor el contrato, precisamente por lo dispuesto perentoriamente en el artículo 665 del C. de Co., y en razón a lo cual era que se exigía al asegurado dar el aviso con anterioridad al embarque"; que el artículo 670 ibidem permite pagar la prima con posterioridad al siniestro, siempre y cuando que se haya estipulado con antelación a éste, "y en el contrato de seguro de transportes esa estipulación sólo es posible si se da el aviso con anterioridad al embarque".

De donde concluye que el Tribunal infringió, por interpretación errónea, los artículos 634, 635 y 685 del C. de Co., "pues al interpretarlos les dió alcances no previstos".

SE CONSIDERA:

1. Insistentemente ha dicho la Corte que todo cargo que se formule en casación con base en la causal primera, ha de fundarse inexcusablemente en la violación de ley sustancial, bien sea por falta de apli-

cación, por interpretación errónea o por aplicación indebida, pues así lo exige perentoriamente el artículo 52 del Decreto 528 de 1964 en su numeral primero. Son normas sustanciales las que frente a un supuesto de hecho previsto en las mismas, consagran derechos o imponen obligaciones, los modifican o los extinguen. O como lo ha expresado esta Corporación en reciente fallo, "las que en presencia de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas entre las partes".

2. La ley de procedimiento civil brinda a los litigantes 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 sólo puede entrar a revisar esa sentencia dentro de los estrictos límites que le señala el impugnante y en el preciso campo en que se reclama 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".

3. De los preceptos que el censor señala como infringidos por el Tribunal, es evidente que los artículos 634 y 635 del Código de Comercio no tienen el carácter de normas sustanciales, pues se limitan a definir, el primero, el contrato de seguro, y el segundo lo que se entiende por asegurador, asegurado, prima y riesgo, pero sin que en ellos se determinen los derechos o las obligaciones que emanan de dicho contrato. De consiguiente, su pretendida infracción no puede alegarse como fundamento de un cargo en casación por la causal primera.

4. Y la censura que denuncia errada interpretación del artículo 665 del mismo estatuto, según el cual "el seguro contratado sin estipulación de prima es nulo y de ningún valor", la Corte la encuentra infundada por las siguientes razones: porque el Tribunal no aplicó esa disposición al caso

sub lite pues ni siquiera alude a ella en su sentencia, y, en consecuencia, mal pudo entenderla equivocadamente: porque aquél no afirmó que la prima fuera "cuestión accesorio" en el contrato de seguro, sino que no es de la esencia del "seguro automático de transporte" que su pago se haga con anterioridad al despacho del ganado, que es cosa bien distinta; y, finalmente, porque habiendo llegado el sentenciador a la conclusión de que la prima podía pagarla al asegurado después del despacho de los semovientes, con base en la interpretación que les dió a las estipulaciones contenidas en los literales a) y g) de la póliza que obra en el expediente, el cargo habría tenido que formularse por la vía indirecta del error manifiesto de hecho, en caso de que el Tribunal hubiera interpretado equivocadamente tales estipulaciones.

El cargo es, pues, impróspero.

Cargo segundo.

Formúlalo el censor en los siguientes términos:

"Violó la sentencia del Tribunal de Bogotá la ley sustancial por error esencial de derecho (artículo 52 numeral 1º, inciso 2º del Decreto 528 de 1964).

"En este error que, como lo afirmó la Corte 'ha de estar vinculado necesariamente a la apreciación de la prueba' desconociendo la tarifa establecida por la ley incurrió el Tribunal al analizar documentos presentados por las dos partes, que tenían idéntico valor probatorio, para dar a unos alcance diferente y, también, al examinar la póliza presentada como prueba y presumir la existencia de aspectos no establecidos en ella".

A intento de fundar su acusación, dice el recurrente que el artículo 681 del C. de Co. establece que el contrato de seguro se rescinde, entre otros motivos, "por inobservancia de las obligaciones contraídas"; que una de las principales obligaciones que contrajo el demandante Landínez y que no

cumplió, fue la de avisar todos los despachos que hiciese a partir de la expedición de la póliza; que el incumplimiento de esa obligación lo acreditó la compañía demandada con la prueba documental allegada con la contestación de la demanda, proveniente del Inspector Fluvial de El Banco; que "frente a similares pruebas aceptó el Tribunal que el conocimiento de embarque presentado por la parte demandante daba cuenta en forma plena de la existencia y producción de ese embarque, pero no ocurrió lo mismo en relación con los presentados por la Empresa demandada, que, a pesar de tener similar valor probatorio, no fueron aceptados por el Tribunal, para la demostración del palpable hecho de haber violado disposición contractual, el señor Landínez, al haber efectuado múltiples embarques sin dar aviso a la Compañía, quedando, por ende, sin valor la póliza".

De donde concluye el impugnante que "resulta entonces evidente la violación indirecta de la ley por error esencial de derecho, pues pruebas que tienen idéntico valor probatorio fueron estimadas sin tener en consideración tal aspecto".

Agrega que aceptando, en gracia de discusión, que la póliza amparaba tan sólo los ganados de propiedad de Landínez, es lo cierto que no existe prueba en el proceso de que aquél fuera el propietario de los semovientes a que se refiere la demanda; que en el conocimiento de embarque allegado por el demandante, al igual que en los presentados por la compañía, "absolutamente nada se dice respecto a quién es el propietario del ganado, por lo cual es flagrante el error esencial de derecho al atribuir a dicha prueba documental un alcance que no tiene"; y que "es por tal razón que a la Compañía le bastaba demostrar, tal como lo hizo, que el señor Landínez realizó embarques de ganado sin dar el aviso respectivo, por medio de pruebas irrefutables, que no fueron estimadas en todo su valor por el Tribunal, y que desvirtuaron por completo la presunción de buena fe que dice el Tribunal ampara al señor Landínez y que fue la base para confirmar la sentencia de primera instancia".

LA CORTE CONSIDERA:

Manifiesta es la deficiencia de índole técnica de que adolece la censura, puesto que teniendo ésta como fundamento el error de derecho en que habría incurrido el Tribunal al estimar el mérito de las pruebas señaladas por el censor, incumbía a éste indicar el precepto de disciplina probatoria quebrantado por el sentenciador, cosa que no hizo. Sabido es que esta clase de error entraña una discrepancia entre el mérito demostrativo que al medio de prueba le asigna la ley, y el que le desconoció o atribuyó el sentenciador; y como esa discrepancia sólo se puede establecer mediante la confrontación del respectivo precepto legal con la estimación valorativa del Tribunal, resulta imperioso para el censor indicar concretamente la norma de carácter probatorio que habría sido vulnerado por aquél. De lo contrario carecería la Corte de uno de los extremos de comparación para determinar la existencia del error y precisar su incidencia en el fallo recurrido.

Sin la demostración previa de que el Tribunal incurrió en el error de derecho que se le atribuye, no puede considerar la Corte la meta final hacia la cual apunta la

censura, cual es la violación de ley sustancial.

Se rechaza la acusación.

RESOLUCION:

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 nueve (9) de mayo de mil novecientos sesenta y ocho (1968), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario iniciado por Gustavo Landínez contra la Compañía de Seguros Bolívar.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Ernesto Cediel Angel, Ernesto Blanco Cabrera, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández, Alfonso Peláez Ocampo.

Heriberto Caycedo M., Secretario.



ABUSO DEL DERECHO A LITIGAR

La pérdida de un litigio no implica abuso del derecho a litigar

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

(Proyectó el Doctor: Alberto Ospina Botero, Abogado Asistente Sala Civil).

(Aprobado según Acta número 106 de veinte de noviembre de mil novecientos setenta).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, de fecha febrero 23 de 1968, en el juicio ordinario de Abraham y Carlos María K. contra el Banco del Comercio, Sucursal de Fundación.

ANTECEDENTES:

A. Ante el Juzgado Civil Municipal de Fundación fue demandado el Banco del Comercio —Sucursal de Fundación— por Abraham y Carlos María K., a fin de que se hicieran los pronunciamientos siguientes:

“1º) Que el Banco del Comercio, Sucursal de Fundación, es civilmente responsable de los perjuicios morales y materiales causados a mis poderdantes ya nombrados, por haber demandado, embargado y secuestrado preventivamente, bienes de propiedad de ellos, con ausencia de causa y fuera de todo derecho.

“2º) Que como consecuencia de la anterior declaración, el Banco del Comercio,

Sucursal de Fundación, debe pagar a mis poderdantes la cantidad de ciento veinte mil pesos (\$ 120.000,00) o la cantidad que se tase por peritos durante el término probatorio”.

B. Como hechos de la pretensión refiere el libelo los que a continuación se resumen: a) Que Abraham y Carlos María K. se constituyeron deudores solidarios del Banco del Comercio, Sucursal de Fundación, por la suma de \$ 12.000.00 pesos y al efecto suscribieron varios pagarés que fueron solucionados en forma total; b) Que a pesar de los deudores haber pagado el monto total de la obligación contraída para con el Banco, este último promovió un juicio ejecutivo contra aquellos, por la suma de \$ 10.000,00, habiéndose decretado algunas medidas preventivas sobre depósitos bancarios y un bien raíz perteneciente a Abraham María K.; c) Al ser enterado Abraham María K. de la orden de pago que en su contra libró el Juzgado del conocimiento, propuso la excepción de pago, defensa ésta que prosperó, según sentencia de 10 de febrero de 1961; d) Que por la circunstancia de haber demandado el Banco del Comercio a Abraham y Carlos María K. en juicio ejecutivo por una deuda cancelada, el primero incurrió en una falta inexplicable, situación ésta que propicia la indemnización de perjuicios que se reclama.

C. Después de responder el demandado el libelo, en escrito de enero 21 de 1966 procedió a formular demanda de reconvencción, a fin de que en contra de los iniciadores de la litis se hicieran las siguientes condenas:

"PRIMERO: A pagar a favor del Banco del Comercio la cantidad de dos mil setecientos setenta y cinco pesos (\$ 2.775,00) moneda corriente, por concepto de agencias de derecho que los citados demandados le deben por causa de un juicio ejecutivo que el Banco del Comercio inició contra Abraham María y Carlos María K., en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ciénaga.

"SEGUNDO: Al pago de los otros gastos que el Banco del Comercio hubiere sufragado por causa del juicio ejecutivo a que se refiere el hecho primero de este libelo de demanda, en la cuantía que se establezca en el presente juicio.

"TERCERO: Al pago de las costas del presente juicio".

D. Como fundamentos de hecho de la demanda de mutua petición, el Banco del Comercio relaciona las que seguidamente se compendian: a) Que el Banco del Comercio dió, en mutuo comercial, la suma de \$ 18.500,00, a Carlos y Abraham María K. y "Aserradero San Carlos", respaldada esta suma con tres pagarés que suscribieron los deudores; b) Que el día 16 de febrero de 1960 Abraham y Carlos María K. y el "Aserradero San Carlos" eran deudores del Banco, por la suma de \$ 10.000,00, proveniente esta cantidad de saldos insolutos de los referidos pagarés, por lo que se procedió a demandarlos ejecutivamente el día 14 de marzo de 1960, habiendo ocurrido con antelación un abono de tres mil seiscientos treinta y dos pesos con diez y nueve centavos (\$ 3.632,19); c) Que después de presentada, la demanda ejecutiva del Banco contra los deudores referidos, estos procedieron a solucionar la suma de \$ 7.055,66, cantidad con la cual los demandados, "equivocadamente pretendieron dar por cancelada sus obligaciones con el Banco"; d) Que de acuerdo con la escritura pública número 181 de 28 de junio de 1958, de la Notaría de Fundación, Abraham María K. se había obligado para con el Banco a pagar el valor de las costas y agencias en derecho, causadas, inclusive por la mera presentación de la demanda ejecutiva, en

cuantía equivalente al 15% sobre el saldo del capital e intereses; e) Que, como los dineros entregados por Abraham y Carlos María K. y "Aserradero San Carlos" al Banco del Comercio no comprendían el pago de las agencias en derecho ocasionadas en razón de la demanda ejecutiva, se infiere que el Banco no estaba obligado a dar por cancelada la obligación, aspecto éste que justifica la mutua petición.

E. La primera instancia del juicio culminó con la sentencia de abril 18 de 1967, en donde se absuelve al Banco del Comercio de las peticiones formuladas por los demandantes, pero resultando estos últimos condenados en razón de las peticiones formuladas en la contrademanda.

F. Apelado el anterior fallo por la parte demandante, la segunda instancia terminó mediante sentencia de febrero 23 de 1968, revocatoria en parte de la del a quo, porque confirmó la decisión de absolución hecha en pro del Banco demandado y revocó la condena hecha contra los demandantes con fundamento en la demanda de mutua petición, y en su lugar declaró probada la excepción de cosa juzgada.

G. Inconforme la parte iniciadora del juicio con la resolución del Tribunal, oportunamente formuló el recurso de casación, que por estar sustanciado ha llegado el momento de resolver.

SENTENCIA IMPUGNADA

Comenzó el Tribunal por relacionar la demanda y la respuesta, como también el escrito de contrademanda, para analizar luego, separadamente, la acción principal y la de mutua petición.

En relación con la demanda principal, a título de introducción examinó los presupuestos de la teoría del abuso del derecho, sacando como conclusión la deficiencia de orden probatorio, pues son apartes del fallo sobre el particular: "Al aplicar los anteriores conceptos al asunto sub judice la Sala llegó a la conclusión de que la enti-

dad demandada no ejercitó abusivamente el derecho que tenía para exigir coercitivamente, mediante los cauces previstos en la ley y el empleo de las medidas cautelares que ella consagra, el pago de las acreencias a su favor y en contra de los deudores María Katán. El ejercicio de tales derechos está autorizado por los artículos 982 y ss. del C. J. y por las normas contenidas en el Capítulo I del Título V de la misma obra.

"La piedra angular de la demanda la constituye la afirmación de que las acciones fueron incoadas cuando los deudores habían cancelado la totalidad de la deuda que tenían contraída con el Banco del Comercio. Pero tal aseveración carece de todo respaldo en el expediente. De los autos surge con fuerza incontrastable que cuando la demanda se introdujo aún existían varios saldos insolutos de las distintas obligaciones que pesaban sobre los demandados. En efecto, la demanda fue presentada el día 14 de marzo de 1960 y solo el 28 del mismo mes se hizo el último abono por valor de siete mil cincuenta y cinco pesos con sesenta y seis centavos \$ 7.055,66), con el cual los deudores creyeron haber satisfecho de manera total el crédito que se exigía. Y si ello es así, es decir, que el Banco cuando instauró la acción ejecutiva acompañada de medidas preventivas tenía en su poder un título de recaudo a su favor y en contra de los señores María K., de los que conforme al artículo 982 del C. J. traen aparejada ejecución, por contener una obligación expresa, clara y actualmente exigible de pagar una suma líquida de dinero, y que lo facultaba para ejercitar válidamente las acciones accesorias previstas en los artículos 274 y ss. del Código citado, con miras a garantizar la efectividad de su crédito, sería notoriamente absurdo e inequitativo concluir que esos derechos fueron ejercitados con intención de causar daño, o con una finalidad distinta de la para que fueron instituidos, o sin beneficio alguno para su titular, o de manera irresponsable, o simplemente descuidada e imprudente.

"Y si a las anteriores consideraciones se agrega la circunstancia de que los deudo-

res se distinguían por el sistemático incumplimiento de sus obligaciones comerciales, como lo prueban fehacientemente las comunicaciones del Banco Industrial Colombiano y de la Caja de Crédito Agrario de Fundación (folios 12 y 13 del cuaderno de pruebas de los demandantes y traídos al proceso precisamente por solicitud de ellos), y el hecho mismo de que los créditos que el Banco del Comercio, o mejor, los saldos insolutos de ellos, recaudó a través de la ejecución judicial que adelantó contra los señores María K. habían tenido muchísimos vencimientos y hubo necesidad de concederles otras prórrogas para obtener su cancelación a retazos, y aún con el empleo del medio coercitivo expresado, la dicha conclusión ya no sería tan solo absurda sino verdaderamente aberrante y constituiría un premio a aquella censurable conducta. Conviene, por tanto, transcribir lo que al respecto dicen las aludidas comunicaciones, en su orden: "También podemos informarles que estos señores (los Marías atendieron con morosidad el pago de obligaciones a su cargo y en nuestro archivo hay constancia de que su cuenta corriente fue mal manejada" Banco Industrial) "Con respecto a los compromisos que adquirieron en esta agencia, fue necesario cobrarles insistentemente para lograr el reintegro de sus obligaciones" (Caja Agraria)".

"Se pretende también encontrar apoyo para la acción indemnizatoria de perjuicios que ha originado el presente litigio, en la sentencia proferida por esta corporación el 10 de febrero de 1961, dentro del juicio ejecutivo que el Banco del Comercio, Sucursal de Fundación, adelantó contra los señores María K., y en virtud de la cual se declaró probada la excepción de pago alegada por los ejecutados después de que realizaron el último abono a que arriba se hizo mención. En concepto de la Sala, el hecho de que aquel medio exceptivo se hubiese declarado probado no es signo inequívoco que los demandantes incurrieron en "abuso del derecho", pues no basta una sentencia desfavorable para sacar esa deducción. En muchas ocasiones el fallo resulta adverso a las aspiraciones del actor

no porque carezca del derecho, o porque hubiera usado de él torcidamente, o porque se haya actuado con temeridad, sino porque no se supo pedir, o no se supo probar, o, —¿por qué no decirlo?— por error del Juzgador. De aceptarse este criterio, cada pleito originaría forzosamente otro, ya que el vencedor siempre demandaría al vencido para el pago de perjuicios, en la seguridad de que su acción triunfaría con solo demostrar que salió airoso en el debate judicial anterior. No es el fracaso en un juicio determinado lo que configura el “abuso del derecho”, sino su ejercicio culposo, por imprudencia o por falta de la diligencia y cuidado que son de esperarse en una persona atenta en sus negocios”.

“Las pruebas aportadas por los demandantes, además de la copia de la providencia del Tribunal que se acompañó al libelo inicial, con las dos comunicaciones provenientes del Banco Industrial Colombiano y de la Caja de Crédito Agrario de Fundación, que, como atrás se vió, se convirtieron en una especie de “Boomerang” contra ellos; la copia de la escritura pública N° 36 de 6 de febrero de 1964, de la Notaría Primera de Ciénaga, por medio de la cual los señores Abraham María y Gilma Katán de María constituyen hipoteca a favor de Francisco Barbes William por la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$ 150.000.00). Y los testimonios de Pedro Lubo, Joaquín Antonio Pérez, Santiago E. Campbell, Pablo E. Robayo y Miguel Conde P.. Estos testimonios no resisten el más ligero análisis pues adolecen de todos los vicios de que son susceptibles esta clase de pruebas: no son responsivos, se limitan a acatar o repetir el contenido de la pregunta, no dan razón de sus dichos, son vagos e imprecisos”.

Posteriormente entra en el estudio de la contrademanda, la que a su criterio no prospera, como consecuencia de aparecer suficientemente demostrada la excepción perentoria de cosa juzgada.

LA IMPUGNACION:

El recurrente, situándose en el campo de la causal primera de casación, le formula

a la sentencia del Tribunal dos cargos, los que serán examinados en el orden propuesto.

PRIMER CARGO. “Acuso la sentencia de fecha 23 de febrero de 1968, dictada por el H. Tribunal de Santa Marta, por la causal primera del artículo 52 del Decreto Legislativo N° 528 de 1964, por infracción directa a la ley sustancial, por error de hecho y de derecho por haber negado a un fallo los efectos de la cosa juzgada”. Señala como preceptos violados los artículos 473 y 474 del C. Judicial.

En el propósito de fundamentar el cargo, expresa que mediando entre demandantes y demandado una sentencia ejecutoriada, de fecha 10 de febrero de 1961, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta y referente al reconocimiento de una excepción de pago en un juicio ejecutivo, sin embargo el juzgador de segundo grado le desconoció la fuerza probatoria a tal resolución, al no derivar de ella los presupuestos del abuso del derecho en que incurrió la parte ejecutante por haber iniciado un debate litigioso sin causa y sin razón.

En el pasaje más claro de la acusación, expresa el recurrente: “Al desechar la sentencia objeto del recurso de casación, el fallo de fecha 10 de febrero de 1961, dictado por el H. Tribunal de Santa Marta, aducido como prueba para acreditar la obligación de indemnizar por parte de la entidad llamada Banco del Comercio, Sucursal de Fundación, por el ejercicio irregular del derecho de litigar, la mencionada Corporación infringió los artículos 473 y 474 del C. Judicial, por haber negado a dicha sentencia los efectos de la COSA JUZGADA”.

LA CORTE CONSIDERA:

I. El quebranto de la ley sustancial, dentro de la órbita de la primera causal de casación de que trata el art. 52 del Decreto 528 de 1964, puede ocurrir de dos maneras: directamente o a consecuencia de yerros en la apreciación probatoria. Estas

dos formas de violación incuestionablemente son diferentes, porque en tanto que la primera se produce abstracción hecha de la prueba, la segunda tiene lugar a través de yerros cometidos en la estimación del acervo probatorio.

De otra parte, como el quebranto indirecto reviste a su vez dos formas de error en la apreciación de la prueba, o sea, el error de hecho y el de derecho, que son incompatibles entre sí, impide alegarlos simultáneamente, en un mismo cargo, respecto de un mismo medio de convicción y sobre un mismo punto, como ocurre con la censura que se examina, vicio técnico éste que por sí solo sería suficiente para rechazarla.

No obstante la deficiencia observada, la Corte acomete el examen del reparo formulado por el censor, el que deja entrever que se hace consistir en error evidente de hecho en la apreciación de la prueba, más específicamente, de la copia de la sentencia de 10 de febrero de 1961, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, al estimarla el sentenciador en un sentido contrario al contenido de la misma. Esta interpretación la deriva la Corte de la circunstancia de que el censor no enunció los preceptos de disciplina probatoria que pudieron haber sido quebrantados por la sentencia del Tribunal, lo que descarta la acusación por error de derecho.

II. Según lo dicho, el recurrente es de parecer que la pérdida de una contienda litigiosa implica que el desfavorecido, por esa sola circunstancia, ha incurrido en abuso del derecho a litigar.

Es este un criterio insostenible, porque el hecho de formular una pretensión ante el órgano jurisdiccional y afrontar luego el insuceso de la misma, no coloca al demandante necesariamente dentro de la órbita del abuso del derecho, si en la actuación o conducta empleada en la litis estuvieron ausentes la culpa y el dolo; sólo el uso anormal, mal intencionado o imprudente en el ejercicio de las acciones judicia-

les, da lugar al abuso del derecho de litigar. Porque, si la doctrina se ha inclinado en los últimos tiempos a juzgar que el abuso del derecho se rige por los principios de la responsabilidad civil extracontractual (Cas. Civ. septiembre 24 de 1969, no publicada), para que esta se presente requiere-se que la persona en el ejercicio del derecho obre dolosa o culpablemente, vale decir, con intención de causar un daño o sin el cuidado debido.

La jurisprudencia ha venido sosteniendo, reiteradamente, que se presenta el abuso del derecho de litigar cuando el contendiente se comporta con imprudencia manifiesta o su conducta revela clara intención de causar perjuicio a su contraparte (Cas. Civ. octubre 30 de 1935 G. J. N° 1.907, pág. 313; febrero 21 de 1938. T. XLVI, pág. 58; mayo 19 de 1941. T. LI, pág. 287; junio 30 de 1955 T. LXXX, pág. 491; mayo 22 de 1956 T. LXXXII, pág. 532; febrero 12 de 1959 T. CX, pág. 43; diciembre 13 de 1968; septiembre 24 de 1969 aún no publicadas).

Precisamente, las consideraciones anteriormente expuestas las tuvo en cuenta el Tribunal en el fallo impugnado, lo que indica que no cometió el error evidente de hecho que se le imputa, cual sería el de no haber tenido en cuenta la copia del fallo a que alude la censura.

Por tanto no prospera el cargo.

SEGUNDO CARGO. Se presenta así: "Acuso la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Santa Marta el 23 de febrero del presente año, por la causal primera del artículo 52 del Decreto N° 528 de 1964, por violación de la ley sustantiva proveniente de errores de hecho y de derecho, que consisten en la falta de apreciación errónea (sic) de unas pruebas".

En la exposición del cargo sostiene que con la copia de la sentencia del 10 de febrero de 1961; con los oficios que obran a folios 10 y 11 del cuaderno número cuatro y con los testimonios de Pedro Lubo, Joaquín Antonio Pérez, Santiago E. Campbell y Pablo Robayo, se pone de manifies-

to la existencia de un juicio ejecutivo, y la cesación de una medida preventiva que causó perjuicios a los demandantes.

Luego saca la siguiente conclusión: "De todo lo expuesto se deduce que la sentencia acusada se duele de la falta de apreciación de determinados medios probatorios, y de la errónea apreciación de otros medios probatorios que obran en el proceso y que fueron practicados legal y oportunamente, con lo cual se han quebrantado las reglas legales de la prueba, de su estimación y alcance, o lo que es lo mismo, se ha configurado una infracción directa de los artículos 593, 547, 693 y 697 del Código Judicial, que impidió la aplicación de los artículos 63 y 2.341 del Código Civil".

LA CORTE CONSIDERA:

Diversos reparos se le pueden formular a la anterior acusación. Ellos son:

a) Como ya quedó dicho, no se puede atacar una sentencia simultáneamente y en un mismo cargo por error de hecho y de derecho en la apreciación de una misma prueba y sobre un mismo punto, porque estos errores se excluyen. Si hubo error en la valoración de la prueba, no es posible la presentación de error evidente de hecho; y, si hubo este último, porque no se vió una prueba, se supuso una o se adulteró el contenido de la existente, no hay lugar al error de derecho. Pese a lo cual, el recurrente involucró en un mismo cargo y respecto de un mismo medio probatorio el error de hecho y de derecho.

b) Afirma el recurrente que las pruebas preteridas por el sentenciador fueron dos comunicaciones, una del Banco Industrial Colombiano y otra originaria de la Caja de Crédito Agrario de Fundación, co-

mo también los testimonios de Pedro Lubo, Joaquín Antonio Pérez, Santiago E. Campbell y Pablo Robayo, censura que es totalmente infundada, porque un pasaje de la sentencia expresamente alude y aprecia cada una de estas pruebas, como quedó visto en la transcripción de la misma.

c) Finalmente carece de sentido acusar una sentencia por "falta de apreciación errónea de unas pruebas". La Corte tiene dicho que "la claridad y la precisión en los cargos constituye una de las más acentuadas características de la casación" (Cas. Civ. noviembre 19 de 1959 T. XCI, página 834).

No prospera, pues, el cargo.

RESOLUCION:

En armonía con 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 febrero 23 de 1968, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en el juicio ordinario de Abraham y Carlos María K. contra el Banco del Comercio, Sucursal de Fundación.

Costas del recurso de casación a cargo de la parte recurrente.

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

Ernesto Cediel Angel, Ernesto Blanco Cabrera, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández, Alfonso Peláez Ocampo.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.



REIVINDICACION

1

Al reivindicante le basta con probar un mejor título que el del adversario

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

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobada según acta N° 110 de noviembre 26 de 1970).

Decídese el recurso de casación que interpuso la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Chiquinquirá, proferida el 18 de octubre de 1967 en el juicio ordinario promovido por Diego Bernal Burgos contra Aureliano Sierra.

EL LITIGIO

Ante el Juez del Circuito de Chiquinquirá, Sierra fué demandado por aquél para que se declarara: 1º) que el demandante es propietario de una finca rural conocida con el nombre de la Carbonera, situada en la vereda de Tapaz del municipio de Otanche en el territorio Vásquez, inmueble singularizado bajo la petición primera; 2º) que el demandado, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, debe restituir al demandante la zona de terreno determinada bajo ésta petición y que es parte de la finca de propiedad de éste, alindada en la solicitud antecedente; 3º) que el demandado, dentro del mismo término, debe pagar al demandante los frutos naturales y civiles que, con administración adecuada, hubiera podido producir el inmueble que posee a partir del 5 de agosto de 1960, o, subsidiariamente, desde la

notificación de la demanda; y 4º) que, en cuanto a mejoras, se proceda calificando al demandado como poseedor de mala fé.

La causa petendi se hizo consistir en que Diego Bernal Burgos adquirió, a título de compraventa, la citada finca La Carbonera, por medio de las escrituras números 844, otorgada el 19 de julio de 1948 ante el Notario 2º de Chiquinquirá, y 2.981 corrida ante el Notario 8º de Bogotá el 11 de octubre de 1957, que fueron registradas; que parte de este inmueble, porción alindada en la petición segunda, está poseída por el demandado Aureliano Sierra; que entre éste y el demandante se ventiló juicio de deslinde que concluyó con fijación de línea divisoria de sus respectivos predios, demarcación que fué declarada en firme por providencia de 5 de diciembre de 1963 dictado por el Juez 2º del Circuito Civil de Chiquinquirá; que, en la misma diligencia de deslinde apuntada, y por cuanto no se presentó oposición, el Juez dejó a cada una de las partes en posesión de su respectiva parcela conforme a la línea divisoria fijada por él, no obstante lo cual, días después el demandado Sierra, en forma subrepticia y luego violentamente, ocupó de nuevo, a finales de agosto de 1960, el terreno singularizado en la petición segunda, que pertenece al demandante por constituir parte de la finca La Carbonera; y, en fin, que, desde entonces, está privado de la posesión de esa parcela, por ocuparla el demandado.

Con oposición de éste, quien formuló la excepción de "prescripción adquisitiva de dominio", se tramitó la primera instancia

que terminó con fallo de 17 de octubre de 1966, por medio de la cual se resolvió:

"Primero. Declarar que Diego Bernal Burgos es propietario, en su calidad de titular y poseedor regular del inmueble denominado La Carbonera, ubicado en la vereda de Tapaz, jurisdicción del Municipio de Otanche", cuyos linderos aquí se precisan.

"Segundo. Declarar que Diego Bernal Burgos es por lo tanto dueño y propietario de la zona de terreno a reivindicar comprendida dentro de la siguiente alinderación especial", aquí determinada. Esta zona de forma irregular tiene cabida aproximadamente de cien fanegadas y es parte integrante del inmueble alinderado en el Punto Primero de este fallo.

"Tercero. Ordenar que Aureliano Sierra entregue a Diego Bernal la zona del inmueble alinderada en el punto Segundo de este fallo a su verdadero propietario señor Diego Bernal Burgos dentro del término de quince días a partir de la ejecutoria del mismo y de no hacerlo lo hará el Juzgado dentro de los seis días siguientes.

"Cuarto. Ordenar que Diego Bernal Burgos, una vez en posesión del terreno que reivindica, pague a Aureliano Sierra el valor correspondiente a las mejoras útiles necesarias que tenga el demandado dentro del lote que se reivindica y que superen el valor natural de dicho predio actualmente habida cuenta de su primitivo estado de terreno en su mayoría selvoso que pertenecía a la reserva forestal del inmueble de propiedad de Diego Bernal Burgos.

"Quinto. Ordenar que Aureliano Sierra pague a Diego Bernal Burgos el valor correspondiente a frutos civiles derivados de la zona de terreno que se reivindica, que hubieran sido obtenidos a partir de la fecha de la contestación de esta demanda, al tenor de lo dispuesto por el artículo 954 y siguientes del Código Civil. Y ordenar que Aureliano Sierra pague las costas y gastos actuales del presente juicio que deben liquidarse oportunamente". Contra es-

ta providencia interpuso el demandado el recurso de apelación que fué resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Chiquinquirá al dictar la sentencia de 18 de octubre de 1967 por medio de la cual revocó la de primera instancia y en su lugar dispuso negar las peticiones de la demanda.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Después de transcribir el petitum y los fundamentos fácticos que le sirven de causa, lo mismo que la contestación del demandado y la parte resolutive del fallo de primera instancia, entra el Tribunal en el estudio de la acción de dominio, previa afirmación de que "el a quo no hizo ningún esfuerzo para estudiar el caso sometido a su consideración" y que de la confrontación de la demanda con el fallo resulta "una verdadera incongruencia, pues el a quo resolvió más allá de lo posible, esto es, ultra y extra petita".

Dice el sentenciador que la citada acción, no obstante estar probados los presupuestos procesales, no prospera, pues no están satisfechos dos de sus elementos axiológicos; que como ambas partes presentaron títulos, es necesario confrontarlos para deducir quién tiene un mejor derecho; que la titulación presentada por el demandante no es prueba de dominio singular en cabeza de éste, pues aunque la copia de la escritura N° 844, corrida el 19 de 1948 ante el notario 2° de Chiquinquirá, trata de la venta hecha por Siervo Castro Páez de un cuerpo cierto, consistente en la mitad del fundo conocido con el nombre de Coscuez, como su vendedor no tenía el dominio del inmueble que le enajenó, puesto que apenas era titular, con la sucesión de Benildo Alvarez, de derechos proindiviso radicados en él, resultaría que, el demandante no adquirió dominio en cosa singular, sino los mismos derechos de sus causantes, por lo cual los títulos allegados no demuestran dominio de cosa singular.

Expresa el Tribunal que "de todo lo anterior se concluye que el demandante Die-

go Bernal Burgos compró solamente derechos en una comunidad que, por no haberse liquidado, no se sabe dónde le puedan ser adjudicados". Y agrega que, "el demandante no es dueño de cosa singular reivindicable o de cuota determinada de cosa singular, pues se ignora a qué parte o cuota del inmueble correspondan sus derechos vinculados al mismo, es decir, que en este juicio no se ha acreditado el derecho de dominio en cabeza del demandante y de consiguiente que la acción verse sobre una cosa singular, lo que conlleva como lógica consecuencia al fracaso de la acción".

El sentenciador remata diciendo que las copias tomadas del juicio de deslinde ventilado entre las mismas partes, no prueban tampoco dominio, pues en él no se define propiedad alguna, ya que su "objeto es la fijación del límite que separa los predios; "que del mismo modo, los títulos aducidos por el demandado demuestran que éste "es titular de derechos y acciones en la sucesión de Benildo Alvarez", mas, por no haberse liquidado la comunidad formada por éste y los otros comuneros, "no se sabe dónde puedan estar ubicados tales derechos y acciones"; y que sobre la excepción de prescripción alegada por el demandado no se decide por no prosperar la acción de dominio.

EL RECURSO

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, ambos dentro del ámbito de la causal primera. Y como la Corte encuentra que el segundo es fundado, procede a su despacho.

Se denuncia violación de los artículos 946, 947, 952, 961 y 962 a 967 del Código Civil, por falta de aplicación y de los artículos 2.322 y 2.323 del mismo Código, por aplicación indebida, resultante de error en la valoración jurídica de las escrituras contentivas de la titulación de las partes, del certificado de libertad del fundo del actor y de las copias traídas del juicio de deslinde habido entre los mismos litigantes de este pleito".

En desarrollo de la impugnación dice el recurrente que "el Tribunal no vió la relación jurídica procesal en la forma en que se la planteó por las partes y se acreditó en el juicio"; que como el demandado sólo entró a poseer con posterioridad al año 1960, después de que en el juicio de deslinde se fijó la línea divisoria de los predios vecinos y fué entregado al demandante el inmueble dentro del cual está situada la porción que ahora reivindica y como el recurrente presentó título de dominio que es anterior a la posesión apuntada, "no puede desconocerse, sin contrariar la realidad jurídica, que dicho título del demandante Bernal tiene la fuerza suficiente para vencer al demandado, y que era improcedente el examen de la titulación anterior. Fué impertinencia del Tribunal hacer ese análisis y extraer de él la conclusión de que el actor era o es comunero, y no dueño del bien singular. Por el contrario, ante la evidencia de la mejor situación jurídica del reivindicante, quien exhibía un título anterior a la posesión del demandado, se imponía la admisión del título inmediato del reivindicante y la consiguiente victoria judicial del mismo. Que de acuerdo con la diligencia de deslinde, cuya copia se adujo al juicio, resulta que, para el año de 1960, el recurrente Bernal tenía la posesión del fundo, y que, como el demandado sólo empezó a poseer con posterioridad a aquella época, circunstancia que no tuvo en cuenta el Tribunal, éste cometió "error de valoración jurídica, tanto en el análisis de esos documentos, como en el de las demás escrituras citadas y de los certificados del Registrador, cuyo mérito en la ley está consignado en el artículo 632 del Código de Procedimiento Civil". Que se emplearon preceptos atinentes a la comunidad, no aplicables al caso y, en cambio, dejaron de aplicarse los que gobiernan la reivindicación, pues los títulos de adquisición del recurrente demuestran su dominio sobre el fundo reivindicado, y no era necesario entrar al estudio de los títulos de sus antecesores, y que, finalmente, como las escrituras de propiedad del demandante, distinguidas con los números 844 y 2.981 precitadas son anteriores a la posesión del demandado, la que sólo pudo empezar con

posterioridad al 5 de agosto de 1960, fecha en que, en la diligencia de deslinde, se puso al demandante en posesión de su parcela sin oposición de nadie, el Tribunal no podía rechazar la acción incoada partiendo del supuesto de que lo que existía era una comunidad.

LA CORTE CONSIDERA

I. En el juicio reivindicatorio seguido entre particulares, el derecho de dominio sobre bienes raíces se demuestra, en principio, con la sola copia, debidamente registrada, de la correspondiente escritura pública en que conste la respectiva adquisición. Como en esas controversias es relativa siempre la prueba del dominio, aquel mero título le basta al reivindicante para triunfar, si es anterior a la posesión del demandado y ésta no es bastante para consumir la usucapión que pueda invocar como poseedor.

Por tanto, no es necesario siempre que el reivindicante esté en el imperioso deber probatorio de aportar también la copia, debidamente registrada, del respectivo título de su antecesor, y así sucesivamente hasta obligarlo a la prueba de una cadena infinita, lo que determinaría exigirle la probatio diabólica. Ni está obligado tampoco en estas controversias a presentar el certificado del Registrador de I.I.P.P. sobre la suficiencia de sus títulos, pues, como lo tiene repetido la Corte, esa certificación sólo es indispensable en los precisos casos en que expresamente la ley lo requiere. Tal es lo estatuido en el artículo 635 del Código Judicial que por ser norma excepcional, es de restringida aplicación.

Al reivindicante, para triunfar, le basta con probar un mejor título que el del adversario. Además, sólo está obligado a la aducción del título de su antecesor o antecesores, cuando el demandado aporta título anterior o posesión iniciada con antelación a la fecha de su título de adquisición pues de otra manera sería vencido.

II. Quien alega ser dueño, como en el caso sub lite, por haber adquirido el de-

recho de dominio a título de compraventa, prueba su propiedad con la copia, debidamente registrada, de la escritura pública en que se consignó ese contrato sin que, en principio, le sea forzoso demostrar también que su tradente era verus dominus del inmueble comprado. Si el solo título de adquisición presentado por el demandante es prueba plena de un mejor derecho que el del adversario en el inmueble objeto de la litis, es superfluo el estudio de los títulos de sus antecesores, pues estando con el primero demostrado el mejor derecho, estos últimos, en ese evento, no pueden ni mejorar ni restar valor a la prueba primitiva.

III. Si el título del reivindicante habla de la adquisición de un cuerpo cierto no se requiere demostrar que el tradente, en verdad, era su dueño.

Quien vende como suyo el cuerpo cierto del que no es propietario exclusivo, si posteriormente no adquiere la totalidad del mismo, dispone de cosa ajena, pero al tenor del artículo 1.871 del C. Civil esa enajenación es válida, sin perjuicio de los derechos de los comuneros restantes, mientras no se extingan por la prescripción.

IV. De lo anterior se desprende que el Tribunal cometió el error de derecho al no concederle el carácter de título válido, que le da la ley, a la escritura número 844 pasada el 19 de julio de 1948 ante el Notario 2º de Chiquinquirá, debidamente registrada, que contiene el contrato de compraventa del inmueble que se reivindica, celebrado entre el demandante y Siervo Castro Páez. El Tribunal despojó a ese título del valor legal apuntado que lo hace apto para reivindicar. Ese error de derecho implicó la violación de los artículos 1.759 del C. Civil y 632 del C. Judicial, infracción medio, que a su vez fué el origen del quebranto de los artículos 946, 947, 950 y 952 del C. Civil, por falta de aplicación.

Se impone, en consecuencia, la casación del fallo, lo mismo que el pronunciamiento de sentencia de reemplazo, que se estima en las siguientes consideraciones:

a) Están reunidos los presupuestos procesales, pues el juez es competente, demandante y demandado tienen capacidad para ser partes y capacidad procesal, y la demanda es idónea.

b) Los elementos axiológicos de la reivindicación también están satisfechos:

El demandante, Diego Bernal Burgos, demostró tener título válido sobre el inmueble conocido con el nombre de La Carbonera, singularizado en la demanda. En efecto, con el libelo introductorio del juicio adujo, debidamente registradas, copias de las siguientes escrituras:

1ª De la número 844 de 19 de julio de 1948, otorgada ante el Notario 2º de Chiquinquirá, contentiva del contrato de compraventa que celebró con Siervo Castro Páez y por medio del cual éste dijo transferirle "el derecho de dominio y la posesión que tiene sobre un globo de terreno que forma parte de la finca denominada Tapaz, ubicada en jurisdicción del territorio Vásquez, municipio de Pauna, globo de terreno que se denominará "La Carbonera" con extensión de 100 fanegadas y cuyos linderos allí se determinan.

2ª De la número 2.981 de 11 de octubre de 1957, corrida ante el Notario 8º de Bogotá en la que está consignado el contrato de compraventa que celebró con Georgina Benítez Castro y por la que ésta dijo transferirle "el derecho de dominio y la posesión que tiene únicamente en la mitad de un globo de terreno que forma parte de la finca denominada Tapaz, ubicada en jurisdicción del territorio Vásquez, municipio de Pauna, globo de terreno denominado "La Carbonera", con extensión de 100 fanegadas aproximadamente" y cuyos linderos, puntualizados allí, son los mismos precitados.

Este derecho de mitad es el que el demandante señalados en la escritura número 844 mandante había vendido antes a la misma Georgina Benítez Castro, como consta en la escritura número 1.366 otorgada también ante el Notario 8º de Bogotá, el 26 de abril

de 1954 y que en copia debidamente registrada fue aducida con la demanda.

Además de esos títulos, presentó el demandante copia de diligencia de deslinde practicada el 5 de agosto de 1960 y de la providencia que la aprueba, donde consta que en esa fecha se le dejó en posesión del bien litigado, sin que se hubiera presentado oposición. Lo que indica que en la posesión alegada por el demandado solo pudo iniciarse con posterioridad a aquella fecha.

El demandado, en cambio, adujo títulos que exclusivamente se refieren a la enajenación de derechos herenciales en la sucesión de Benildo Alvarez, "vinculados en un terreno denominado 'Coscuez' ubicado en la vereda de Tapaz del territorio Vásquez". Aportó también declaraciones de testigos, mas de ellas no puede concluirse, que, con anterioridad a la fecha de adquisición del demandante, él haya poseído el inmueble litigado, ni menos aún por el tiempo y de la manera requeridos para ganarlo por prescripción. Ahora bien, como del haz probatorio solo puede inferirse que el demandado Aureliano Sierra empezó a poseer con posterioridad al 5 de agosto de 1960, fecha en que, dentro de la diligencia de deslinde, cuya copia obra a fe. 27 a 35 del cuaderno número 1, y sin que se presentara oposición de nadie, se puso el demandante en posesión del inmueble litigado, y como éste, por otra parte, demostró titularidad suficiente sobre ese bien, que arranca el 19 de julio de 1948, fecha de otorgamiento de la escritura pública número 844 precitada, síguese que tiene un mejor derecho que el demandado sobre el inmueble que se reivindica.

Por confesión del mismo Aureliano Sierra, contenida en el escrito de contestación a la demanda, aparece demostrado que era el poseedor material del lote de terreno discutido.

La cosa reivindicada es singular, pues tratase de un cuerpo cierto.

Como el demandado aceptó en la res-

puesta al libelo introductorio del juicio ser el poseedor del inmueble cuyo dominio pretende el demandante, quedó demostrada la identidad de ese bien raíz, la que también surge de lo declarado por los testigos que adelante serán citados. Efectivamente: a pesar de no haberse practicado la diligencia de inspección ocular, decretada con este fin, de las declaraciones de Luis Martínez, José Dolores González, Onofre Cárdenas y Juan González, quienes dan como razón de sus dichos el hecho de ser vecinos o colindantes, unos, y otros el de haber trabajado en esa finca, aparece acreditada la identidad del predio poseído por el demandado con el que se reivindica.

c) El a quo, al condenar al demandado a la restitución de frutos civiles (no condenó a restituir los naturales) percibidos únicamente a partir de la contestación de la demanda, lo consideró como poseedor de buena fé, calificación que no puede modificarse, pues el demandante la aceptó, ya que no interpuso el recurso de apelación.

Obsérvase también que al poseedor vendido sólo se le condenó a restituir frutos civiles percibidos. Nada se dijo sobre los naturales, ni sobre los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. Ninguna modificación se introducirá al fallo por el aspecto dicho, pues habiendo apelado solamente el demandado, su condición no se puede hacer más gravosa, con lo que se incurriría en reformatio in peius.

La sentencia reconoce a favor del poseedor el derecho a que se le abone "el valor correspondiente a las mejoras útiles necesarias que tenga dentro del inmueble". Este derecho, se aclara, se extiende tanto a las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, como a las mejoras útiles hechas antes de la contestación de la demanda (artículos 965 y 966 del C. C.).

Como no está demostrado el monto de los frutos, de las expensas necesarias, ni de las mejoras útiles, su liquidación se hará en la forma establecida en el artículo 653 del C. Judicial.

d) Secuencia obligada de todo lo anterior es la prosperidad de la acción de dominio consagrada en el artículo 946 del C. Civil. Por tanto, el fallo de primera instancia, que la acogió, debe ser confirmado con las aclaraciones indicadas atrás.

RESOLUCION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Chiquinquirá el 18 de octubre de 1967 dentro del juicio ordinario seguido por Diego Bernal Burgos frente a Aureliano Sierra y, como Tribunal de instancia, CONFIRMA la pronunciada por el Juez Promiscuo Municipal de Otanche, calendada el diez y siete (17) de octubre de mil novecientos sesenta y seis (1966) con las aclaraciones apuntadas en la parte motiva.

Las costas de la segunda instancia serán pagadas por el demandado.

Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal Superior de Tunja al que fué adscrito el territorio del de procedencia.

Ernesto Cediél Angel, Germán Giraldo Zuluaga, Ernesto Blanco Cabrera, Guillermo Ospina Fernández, José María Esguerra Samper, Alfonso Peláez Ocampo.

NULIDAD POR SIMULACION

El artículo 472 del C. Judicial no es norma sustancial. — La mera prueba testimonial es ineficaz para demostrar la simulación cuando se litiga entre los contratantes.

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

(Proyecto preparado por el Abogado Asistente Doctor Ricardo Uribe-Holguín).

(Aprobado según Acta N° 96. Octubre treinta de mil novecientos setenta).

Procédese a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de marzo de 1967, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Espinal en los juicios ordinarios acumulados promovidos por SEVERO TICORA contra EVARISTA SAAVEDRA DE TORRES.

ANTECEDENTES

1. El 26 de marzo de 1962, Severo Ticora demandó por la vía ordinaria a Evarista Saavedra de Torres para que se hicieran las siguientes declaraciones: 1ª. Que es nula la venta que da fé la escritura número 358, otorgada en la Notaría del Circuito del Espinal el 11 de julio de 1960, por ser simulado el contrato contenido en ella; 2ª. En subsidio, que se rescinda dicha venta por lesión enorme.

Se fundaron estas súplicas en los siguientes hechos: a) El actor era dueño de los inmuebles que aparece vendiendo por la citada escritura; b) Mediante ésta los vendió simuladamente a la demandada; c) En la escritura se hizo figurar como precio la suma de \$ 15.000.00, que el vendedor aparentemente declaró haber recibido de la supues-

ta compradora; d) Realmente no hubo estipulación de precio, ni intención de vender, ni intención de comprar; e) Ticora conserva la posesión material de los bienes simuladamente vendidos; f) El valor real de éstos era, en la fecha de la enajenación, superior a \$ 100.000.00.

2. El 10 de septiembre de 1962, Severo Ticora propuso nueva demanda ordinaria contra Evarista Saavedra de Torres, con estas súplicas: 1ª. Que es nulo el contrato de compraventa a que se ha hecho referencia, por haber sufrido el vendedor lesión enorme; 2ª. Que se condene a la demandada a completar el justo precio con deducción de una décima parte; 3ª. Si no optare por completarlo, que se declare que el actor "sigue siendo dueño legítimo de los inmuebles", y 4ª. Que si se opone a la demanda, debe aquélla pagar las costas. Los hechos fundamentales en que se apoyaron estas peticiones fueron: a) La existencia de la escritura de venta número 358; b) El o de la primera demanda; c) El f de la primera demanda, y d) El e de la primera demanda.

3. Mas como antes de promover el segundo juicio, Severo Ticora había desistido del primero, y el Juez, aceptado el desistimiento mediante providencia del 24 de mayo de 1962, que le puso fin a aquél, Ticora instauró el 5 de junio de 1963 un tercer juicio ordinario contra Evarista Saavedra de Torres, en el cual pidió que se declarara: 1º. Que el desistimiento fué obtenido por dolo y es, por lo tanto, nulo; 2º. Que, de consiguiente, no se han extinguido, ni la acción de simulación propues-

ta en la primera demanda como principal, ni la de rescisión por lesión enorme, propuesta allí mismo como subsidiaria; 3º. Que se declare absolutamente nulo el contrato de compraventa por simulación absoluta; 4º. Subsidiariamente, que la compraventa se rescinda a causa de haber sufrido lesión enorme el vendedor, con las consecuencias legales que esta condenación trae; y 5º. Condenación en costas en caso de oposición.

Invocó el actor los siguientes hechos: a) Igual al a de la segunda demanda; b) Igual al b de dicho libelo; c) Igual al c de ese mismo libelo; d) La presentación de la demanda con que se inició el primer juicio; e) La relación de maniobras dolosas que culminaron con el desistimiento en ese primer juicio.

4. El 13 de agosto de 1964, Ticora volvió a demandar en juicio ordinario a Evarista Saavedra de Torres, ahora por cuarta vez, impetrando las declaraciones siguientes: 1ª. Que es nula la venta por falta de precio y consiguientemente de causa real y lícita; 2ª. Subsidiariamente, que se declare resuelta la venta por falta de pago del precio; 3ª. En subsidio, que se declare resuelto dicho contrato por ser relativamente simulado, esto es, por encubrir una donación nula por carecer de insinuación y en cuanto sobrepase el valor de \$ 2.000.00; 4ª. Que se declare, como consecuencia de cualquiera de las peticiones anteriores, que Ticora es dueño de los inmuebles vendidos a la demanda; 5ª. Que se condene a ésta a restituírselos al actor; 6ª. Que se la condene al pago de los frutos y "productos" de esos bienes, como poseedora de mala fé o, en subsidio, de buena fé; 7ª. Que también se la condene al pago de indemnización de perjuicios morales y materiales; 8ª. Que se ordene la cancelación del registro de la escritura; y 9ª. Que se haga condena en costas.

Los hechos fundamentales de estas súplicas fueron: a). Que entre el actor y la demandada existió amistad íntima; b) Que el actor fué padrino de cinco hijos de la demandada; c) Que Ticora fué amenazado

con la promoción de un juicio laboral contra él por parte de Lastenia Ticora de Padilla; d) Que el riesgo que este juicio implicaba causó en Ticora grave temor, razón por la cual decidió transpasar ficticiamente sus bienes raíces a Nemesio Donoso; e) Que tomada esta resolución por Ticora, José Gregorio Cortés Cardozo y su señora le rogaron que hiciera el transpaso a favor de Evarista Saavedra de Torres; f) Que mediante maniobras engañosas que se ejercieron contra él, Ticora consintió en hacerle el transpaso a Evarista Saavedra de Torres, lo que en efecto hizo mediante la escritura número 358; g) Que en este instrumento se indicó como precio de la venta la cantidad de \$ 15.000.00, que el vendedor declaró haber recibido de la compradora; h) Que realmente no hubo estipulación de precio, ni intención de adquirir; i) Que si en realidad hubo ánimo de transferir el dominio, lo que en el fondo existió no fué venta, sino una donación a favor de la aparente compradora; j) Que los bienes enajenados valen más de \$ 50.000.00; y k) Que el actor ha venido siendo despojado poco a poco de la posesión material de los inmuebles, por actos de la demandada.

5. El Juzgado Civil del Circuito del Guamo, por providencia del 29 de marzo de 1965, decretó la acumulación del segundo, tercero y cuarto juicios, los cuales continuaron desde entonces tramitándose bajo una misma cuerda.

6. El Juez Civil Municipal del Guamo, a quien correspondió dictar la sentencia de primer grado, resolvió en ella:

"PRIMERO. Declárese probada la excepción perentoria de Cosa Juzgada, propuesta por el apoderado de la parte demandada, en relación con el juicio iniciado el diez (10) de septiembre de 1962 y que se ha distinguido como el ordinario número dos (2).

"SEGUNDO. Absuélvese a la demandada Evarista Saavedra de Torres, de los cargos que se le hacen en el juicio iniciado el cinco (5) de junio de mil novecientos se-

senta y tres (1963) conocido como el Ordinario número tres (3).

“TERCERO. Declárese probada el excepción perentoria de Cosa Juzgada, propuesta por la parte demandada, en relación con el juicio que se inició el trece (13) de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) y que se distinguió como el Ordinario número cuatro (4).

“CUATRO. Ordénese la cancelación de los siguientes registros de demandas en estos juicios así: El comunicado por el extinguido Juzgado Civil del Circuito del Guamo en oficio N° 157 del 6 de junio de 1963, registrado el 7 del mismo mes en el tomo 1° página 92, partida N° 2; y el comunicado por el mismo Juzgado Civil del Circuito del Guamo en oficio N° 238 de agosto 21 de 1964, que no fué devuelto.

“QUINTO. Condénese en las costas de los juicios acumulados, a la parte actora”.

LA SENTENCIA ACUSADA

En virtud de apelación interpuesta por el actor, subió el expediente al Tribunal Superior del Espinal. Agotados los trámites de la segunda instancia, dictó éste el fallo acusado, cuya parte activa puede resumirse así:

1. Luégo de hacer una síntesis de las súplicas impetradas en los cuatro juicios, observa el Tribunal que “Si leemos con atención las peticiones de la demanda, no podemos menos de llegar a la conclusión de que en realidad el demandante, a medida que veía la posibilidad de perder un juicio, y antes de que se decidiera, iniciaba otro, haciendo en el fondo idénticas peticiones aun cuando disfrazadas algunas en la redacción gramatical”.

En seguida hace el fallador *ad-quem* un examen separado de los juicios segundo, tercero y cuarto.

2. Respecto del segundo hace ver que la acción de “nulidad” (rescisión) por lesión enorme, única ejercitada en la deman-

da que le dió origen, es idéntica a la que se propuso como subsidiaria en la primera demanda. Y concluye, después de citar varios conceptos de expositores y de transcribir los artículos 462 y 467 del Código de Procedimiento Civil, que el desistimiento presentado y aceptado en relación con el primer juicio, produjo el efecto de cosa juzgada respecto del segundo.

3. Entra después el fallador en el estudio de la tercera demanda. Observa que “... en virtud de la providencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué, las peticiones cuarta, quinta, sexta y séptima, deben desecharse. Nos quedarían entonces para su estudio la primera, segunda y tercera, pues se ordenó que la demanda sólo se contestara respecto de las tres primeras. En ella se pidió: que el desistimiento ya conocido de autos, es nulo por haberse obtenido mediante dolo; que la acción de simulación no se ha extinguido; que tampoco se ha extinguido la acción de rescisión (por lesión enorme)”.

En seguida se detiene el sentenciador en el estudio de la primera de estas súplicas, o sea, la de nulidad del desistimiento por causa de dolo. Sobre este particular, dice que “... las maniobras engañosas por parte de la Saavedra, demandada, para con Ticora, demandante, no aparecen, y si las hubo en el expediente no hay ninguna constancia de ellas, y por otra parte, los escritos (del desistimiento) no fueron presentados por el Dr. Osorno (apoderado del actor) al Juez Civil del Circuito del Guamo, sino que se autenticaron ante el señor Juez Civil del Circuito del Espinal y fueron llevados y presentados al Guamo por el mismo demandante Ticora, según las notas que obran al pie de los dichos memoriales”; Con lo cual quiere hacer ver el Tribunal que la demandada Saavedra de Torres no intervino en el acto del desistimiento. Y agrega: “Teniendo en cuenta pues, que el dolo no se presume, es decir que debe probarse, y notándose en este juicio la ausencia de dicha prueba..., no cabe entonces aplicarlo al acto acusado (el desistimiento), y en consecuencia, la primera petición de la demanda debe negarse”.

Concluye el Tribunal diciendo que, comoquiera que respecto de las acciones de simulación y rescisión por lesión enorme está probada la excepción de cosa juzgada, no es el caso de declarar que tales acciones subsisten, puesto que esta declaración sólo podría ser consecuencia de la nulidad del desistimiento por causa de dolo.

4. En cuanto a la cuarta demanda, el Tribunal expresa: "quiénes son las partes en ambos (el primero y el cuarto juicios), Severo Ticora y Evarista Saavedra de Torres; cuál es el contrato o hecho que originó la litis, la compraventa contenida en la escritura pública N° 358 de 11 de julio de 1960 de la Notaría del Espinal; cuál es el bien a que se refiere la controversia, los lotes vendidos mediante el título citado; qué se ha pedido, la nulidad de dicho contrato por lesión enorme, por simulación, por falta de precio y por consiguiente por falta de causa real y lícita; que es relativamente simulado; que se declare resuelto el dicho contrato; que se declare rescindido. Las demás peticiones son corolario de las anteriores. Y todas estas acciones, por la vía ordinaria, han tenido por fundamento los mismos hechos, que aunque con ligeras variaciones, todos tienden a establecer, que el contrato contenido en la escritura tantas veces citada, fue simulado".

Sin embargo, se coloca el Tribunal en el supuesto de que la cuarta demanda difiera en lo sustancial de la primera, y razona así: "en la cláusula cuarta de la escritura de venta se dice que "... la venta la efectúa (el vendedor) con todas las mejoras existentes, subsuelo, como casa de habitación, árboles frutales y de madera, cercos colindantes y divisorios, pastos naturales y artificiales, usos, costumbres, servidumbres, abrevaderos, arroyos y demás anexidades, por la suma total de Quince Mil Pesos (\$ 15.000.00) moneda corriente, que manifiesta el comprador (sic) tener recibidos de manos de la compradora a su entera satisfacción"; y en las posiciones absueltas por la demandada se lee: "Sexta. Que diga la absolvente bajo la gravedad del juramento que tiene prestado, cómo es cierto, sí o no, que Ud. no entregó suma algu-

na de dinero a Severo Ticora al firmar la escritura pública N° 358 de 11 de julio de 1960 de la Notaría de Espinal, pues su ánimo no era el de comprarla? CONTESTO: No es cierto. Séptima. Que diga la absolvente cómo es cierto, sí o no, que Severo Ticora no recibió de Ud. suma alguna de dinero por figurar vendiéndole sus bienes por medio de la escritura pública citada? CONTESTO: No es cierto".

De todo lo anterior deduce el Tribunal que, atendidas las normas de orden probatorio contenidas en los artículos 1.759 y 1.934 del Código Civil, está probado que no hubo falta de precio, ni falta de causa real y lícita, en el contrato de compraventa de que da fé la tantas veces citada escritura N° 358, como surge con toda claridad de las disposiciones de los artículos 1.849 y 1.524 del mismo Código.

Y agrega: conforme a los artículos 91 y 93 de la Ley 153 de 1887, para probar que no es cierto lo declarado en una escritura pública, se requiere, o un principio de prueba por escrito, o la confesión de la otra parte; y ninguna de tales pruebas fue aducida en el juicio.

En cuanto a la súplica de la cuarta demanda enderezada a que se declare resuelto el contrato por simulación relativa, sostiene el Tribunal que la simulación absoluta, por ser total, comprende la simulación relativa, que es meramente parcial; y que, por lo tanto, habiendo cosa juzgada respecto de la simulación absoluta, la hay también en lo tocante a simulación relativa. Además, afirma el Tribunal, lo que caracteriza pues la simulación, según definición que acabamos de ver, es el convenio entre las partes de hacer un pacto o trato público, completamente ajeno a su voluntad secreta. Quieren el contrato, pudiéramos decir, pero no quieren sus efectos". En seguida entra el fallador en el estudio de si se probó o no se probó que el contrato fuera relativamente simulado. Sobre este particular, analizó los testimonios de Guzmán Guzmán, Rodríguez Prada, Lucrecia Acosta de Cortés y José Gregorio Cortés, cuyas afirmaciones encuentra "dudosas".

Como complemento de esta conclusión, expresa el sentenciador: "Si a las anteriores pruebas agregamos las que fueron aportadas por la parte demandada y relacionadas con la posesión de los terrenos vendidos, su explotación económica en diversas formas, la manifestación hecha por el propio demandante ante el Inspector Segundo de Policía del Guamo dentro de un juicio de perturbación de posesión seguido entre las mismas partes y en donde al desistir de la acción dijo (el actor): 'porque en realidad y en honor a la verdad la señora Torres es poseedora material y tiene el dominio, propiedad y posesión por haberle vendido en legal forma...', desaparecería cualquier duda que nos hubiera quedado al respecto".

Luégo explica el Tribunal cómo la acción de simulación, cuando es ejercitada por parte y no por tercero, no puede prosperar sino en el caso de que el acto oculto se pruebe plenamente por uno de tres medios: otra escritura pública, una contra-escritura privada o un principio de prueba por escrito completado con testimonios, indicios u otras pruebas semejantes. Y citando doctrina de la Corte, agrega que los meros indicios sólo pueden servir de prueba del acto oculto cuando quien ejerce la acción de simulación es un tercero, pues entonces lo que éste trata de probar no es un acto sino un hecho jurídico.

Termina el Tribunal declarando que las pruebas aducidas por la parte actora no demuestran la simulación relativa de la compraventa celebrada entre demandante y demandado, y finaliza así su argumentación: "La donación entre vivos no se presume sino en los casos que expresamente hayan previsto las leyes" (artículo 1.450 del Código Civil).

En virtud de todas estas razones, el Tribunal decidió la litis en la forma siguiente:

"a) Confírmase la sentencia proferida por el señor Juez Civil Municipal del Guamo el 20 de enero de 1966, dentro del presente juicio en sus apartes PRIMERO y SEGUNDO.

"b) Se niegan las declaraciones Primera y Subsidiarias, Tercera, Cuarta, Quinta y Sexta imploradas en la demanda, dentro del juicio distinguido como el Ordinario número cuatro (4), iniciado el 13 de agosto de 1964.

"c) Como consecuencia de lo anterior, se CONFIRMA la sentencia ya citada en sus numerales CUATRO y QUINTO.

"d) Condénase en costas a la parte demandante. Tásense".

LA DEMANDA DE CASACION

Formula el acusador cuatro cargos, todos ellos dentro de la esfera de la causal primera.

Primer cargo

Lo dirige el censor contra las conclusiones sentadas por el Tribunal con relación a la primera súplica del tercer juicio, esto es, a la de que el desistimiento es nulo por ser acto jurídico determinado por dolo.

(a) Comienza el recurrente afirmando que "Está reñida con la verdad la afirmación del Tribunal al decir que la demandada Saavedra no tuvo ninguna participación en los actos que culminaron con el desistimiento, por cuanto en el proceso (cuaderno de pruebas Nº 2), se encuentra plenamente demostrado, con los testimonios trasladados del Proceso Penal, que Evarista Saavedra retuvo a Severo Ticora en su casa de habitación por varios días, precisamente los días que precedieron al desistimiento, y allí en asocio de su cuñado José Vicente Torres, su hijo Tulio Torres y mediante el engaño, la malicia, el temor, la maquinación insidiosa, la mentira artera, consiguieron que Ticora firmara un poder otorgado al Dr. Osorno a efecto de que éste, como abogado que trabajaba en asocio con Vicente Torres, presentara la solicitud por la cual se desistía del negocio. Así aparece la artimaña con un memorial poder presentado ante el Juez

del Espinal sin haber sido a esa ciudad el anciano Ticora como lo afirman varios testigos, y abusando José Vicente Torres de la ignorancia de Ticora, le trajo dicho memorial a la casa de Evarista Saavedra donde se encontraba prácticamente secuestrado, para que —en apariencia de un acto de voluntad— fuera Ticora al Juzgado a presentarlo, creyendo ingenuamente que se estaba con ese acto ahorrando veinte años de pleito, cuando en sí, la verdad, era la de culminar con el mismo la pérdida de sus bienes”.

De ello concluye la censura que la prueba testimonial aducida en los autos “lleva al fallador a estimarla en el valor que le considera la ley, haciendo un estudio minucioso de la misma y no una mera referencia, como lo ha hecho el fallo acusado”. Dos normas de orden probatorio señalan la demanda de casación como infringidas por esta causa: el artículo 697 del Código de Procedimiento Civil y el 702 de la misma obra, textos en los cuales, respectivamente, se determina la fuerza probatoria de los testimonios y se establecen reglas para el caso de que diversos testigos se contradigan.

(b) Sostiene el acusador que el Tribunal incurrió en violación directa de los artículos 1.508, 1.510, 1.511, 1.513, 1.514, 1.515 y 1.516 del Código Civil, que en su orden establecen: que los vicios del consentimiento son el error, la fuerza y el dolo; que el error de hecho sobre la naturaleza del acto vicia el consentimiento; que el mismo tipo de error acerca de la sustancia o calidad esencial del objeto vicia igualmente el acuerdo de voluntades; que la fuerza debe reunir determinados requisitos para viciarlo; que no se requiere que la fuerza provenga del que se beneficia de ella; que el dolo como vicio supone ciertas condiciones; y que éste por regla general no se presume.

La Corte observa:

1. El cargo se apoya en un error de derecho, aunque el recurrente no lo califica de tal, puesto que cita éste como in-

fringidos los preceptos de los artículos 697 y 702 del Código de Procedimiento Civil, que hacen referencia al valor probatorio de la prueba testimonial.

La acusación por este aspecto es infundada, pues el fallador de segundo grado no negó que los testimonios aducidos por la parte actora carecieran de la fuerza probatoria que esos artículos les asignan, sino que encontró “dudoso” el contenido de las exposiciones de tales testigos en lo que concierne al dolo invocado como vicio del desistimiento. El Tribunal se limitó a afirmar que, estudiados esos testimonios, no surge de allí la demostración de que hubo maniobras fraudulentas ejercidas contra el demandante.

Por lo tanto, no aparece que el sentenciador cometiera en el particular ningún error de derecho. De haber incurrido en alguno, según el planteamiento del censor, habría sido de hecho. Pero la demanda de casación no lo invoca y no puede la Corte suplir esta omisión.

A lo cual se agrega la circunstancia de que ningún cargo por error de hecho o de derecho puede configurarse citando en forma abstracta un conjunto de pruebas, sino que la censura ha de precisar, concretándolos, los elementos probatorios en cuyas estimación o apreciación haya errado el fallador, indicando a la vez, con exactitud, en qué consiste la contraevidencia o la infracción medio que condujo al yerro.

2. En la tercera demanda impetró Ticora la declaración de que el desistimiento “es nulo por ser un acto obtenido mediante dolo”. En consecuencia, es inconducente invocar como violados los artículos del Código Civil que enumeran los vicios del consentimiento y regulan el error y la fuerza.

También resulta inoperante alegar infracción del artículo 1.516 de dicho Código, pues el Tribunal, lejos de presumir el dolo, sostuvo que debió probarse y no encontró pruebas suficientes de él.

3. En cuanto al artículo 1.515, si el Tribunal lo hubiera violado habría sido por

dejarlo de aplicar al caso del litigio como efecto o consecuencia de error de hecho o de derecho que, como ya se vió, no fué demostrado por la censura.

4. En fin, al formular este primer cargo el acusador no señaló como infringidas las disposiciones sustanciales que establecen la nulidad relativa o rescisión de los actos viciados por dolo. Esta circunstancia determina que los textos legales que la demanda de casación señala como violados por el Tribunal, no formen por sí solos proposición jurídica completa y, por ende, que el cargo no sea conducente a infirmar la sentencia impugnada.

Se rechaza, pues, este cargo.

Segundo cargo

En éste se acusa el fallo de segunda instancia por violación directa de los artículos 472, 473 y 474 del Código de Procedimiento Civil, relativos, el primero, al criterio que deben seguir los jueces al interpretar las normas procesales, y los otros dos, a la cosa juzgada y sus efectos.

En concepto del recurrente, entre la cuarta y la primera demandas no hay identidad de objeto, como erróneamente, a juicio de él, lo sostuvo el Tribunal. El censor acepta que el objeto material de esas dos demandas es el mismo: los inmuebles vendidos por el actor a la demandada. Pero niega que el objeto jurídico, si así puede llamárselo, sea el mismo, puesto que las acciones ejercitadas en el primer juicio fueron la de simulación absoluta y la de rescisión por lesión enorme, en tanto que las propuestas en el cuarto juicio fueron la de nulidad por falta de precio y de causa real y lícita, la de resolución del contrato por no pago del precio, la de resolución por simulación relativa y la reivindicatoria.

Considera la Corte:

Primeramente, el artículo 472 no es norma sustancial.

Es cierto que en la parte motiva de su sentencia, el Tribunal hizo estudio sobre si

el desistimiento del primer juicio tuvo o no la virtud de surtir en el cuarto juicio los efectos de la cosa juzgada. Mas no es menos cierto que el sentenciador, finalizando ese estudio, se adentró en el examen de cada una de las acciones ejercitadas en la demanda con que se inició ese cuarto juicio, para concluir: que en éste no se demostró que en la compraventa hubiera habido falta de precio ni falta de causa real y lícita, comoquiera que las únicas pruebas admisibles para tal efecto eran la confesión de parte o el principio de prueba por escrito, elementos de convicción que no fueron aportados al litigio; que tampoco se acreditó por el demandante la falta de pago del precio; y que, en fin la simulación relativa consistente en encubrir la aparente compraventa una donación nula por falta de insinuación, tampoco fué demostrada, con alguna de las pruebas eficaces para ese fin, cuando el actor es parte y no tercero.

Consecuente con este examen de fondo relativo a cada una de las súplicas principales y subsidiarias de la cuarta demanda, el sentenciador no declaró en la parte resolutive de su fallo la excepción perentoria de cosa juzgada respecto del cuarto juicio en frente del primero, sino que decidió las súplicas de la última demanda de esta manera: "b) Se niegan las declaraciones Primera y Subsidiarias, Tercera, Cuarta, Quinta y Sexta imploradas en la demanda, dentro del juicio distinguido como el ordinario número cuatro (4), iniciado el 13 de agosto de 1964 (subraya la Corte)".

De lo expuesto conclúyese que el cargo que se examina no puede prosperar, porque parte del supuesto erróneo de que el Tribunal decidió el cuarto juicio declarando probada la excepción perentoria de cosa juzgada, cuando realmente lo desató absolviendo a la parte demandada de todas las súplicas de la cuarta demanda.

No prospera, pues, el segundo cargo.

Tercero y cuarto cargos

La Corte los estudia conjuntamente, por cuanto se refieren a idéntico aspecto de la sentencia acusada.

El recurrente los enuncia así: a) "... violación directa de la ley al apreciar erróneamente la prueba aducida al juicio, habiendo incurrido para ello en error de derecho"; y b) "... Falta de apreciación en las pruebas aducidas al juicio".

Sustenta los dos cargos de esta manera: el Tribunal, primeramente, interpretó mal el contrato de compraventa en relación con las pruebas traídas a los autos sobre falta de pago del precio, según las cuales, ni hubo tal precio, ni ánimo para vender, ni ánimo de comprar. Al hacerlo así, interpretó erróneamente el artículo 1.934 del Código Civil, conforme al cual "Si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la nulidad o falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esta prueba habrá acción contra terceros poseedores"; pues esta disposición —advierte la censura— sólo toca con los terceros y no con las partes entre sí. Y violó igualmente el artículo 1.759 de la misma obra, porque en éste, al señalarse el valor probatorio de los instrumentos públicos, no se rechaza, sino se admite, que cualquiera de los contratantes aduzca pruebas contrarias a las declaraciones que hayan hecho ambos en tales instrumentos. Concluye el recurrente diciendo que el sentenciador debió por lo tanto tomar en consideración el buen número de "testimonios idóneos" aducidos por el actor en relación con la falta de estipulación real de precio y con la ausencia de ánimo de vender y comprar.

Por otra parte, afirma el censor que el fallo de segunda instancia erró al expresar que, en virtud de lo dispuesto por los artículos 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, no era admisible la prueba testimonial para demostrar la inexistencia del precio. "El error consiste —explica— en que no se trata de demandar por una obligación mayor o menor de \$ 500.00, que sería el caso de aplicación de la ley citada, sino de establecer si hubo o no precio por la venta contenida en la escritura 358, pues se trata aquí, es de probar ese hecho, y no el valor de la cosa, cuestiones estas que son fundamentalmente distintas y que la juris-

prudencia tiene claramente explicadas y diferenciadas".

Agrega en fin el recurrente que el razonamiento del sentenciador de que "cuando la acción de simulación se ventila entre las mismas partes que celebraron el contrato impugnado, únicamente pueden admitirse como pruebas idóneas las siguientes: a) Otra escritura pública debidamente registrada por medio de la cual se descubriera la simulación, b) La contraescritura privada a que se refiere el art. 1.766 del C. C., c) Un principio de prueba por escrito completado por testimonios, indicios, etc.", es un razonamiento lógico y aceptado generalmente por la jurisprudencia; pero inaplicable al caso de autos, por cuanto "para probar la simulación de contrato se admite la prueba testimonial según jurisprudencia constante de la Corte, al igual que la prueba indiciaria, sin que estén precedidas de un principio de prueba por escrito como lo sostiene el fallo".

Observa la Corte:

Reiteradamente ha explicado esta Corporación que cuando el actor ejercita la acción de simulación como PARTE y no como TERCERO, no tiene libertad de prueba. Sólo se le admite aducir, o bien una contraescritura, o bien la confesión judicial de la contraparte, o un principio de prueba por escrito complementado con testimonios, indicios o medios de convicción semejantes. Fúndase esta doctrina en la muy clara razón de que los **actos jurídicos** están sujetos, en cuanto a la prueba de su celebración, naturaleza y modalidades, a las restricciones de orden probatorio de que tratan, entre otros, los artículos 1.760, 1.763, 1.764, 1.767 del Código Civil, 647 del Judicial y 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887. Caso distinto es aquel en que el actor obre como terceros, no como parte, pues entonces sí se le reconoce libertad de prueba, comoquiera que lo que ha de demostrar en la causa es apenas lo que para él es un **hecho jurídico**.

Obrando el demandante en estos procesos acumulados como PARTE que celebró o dijo celebrar el contrato cuya simulación

absoluta y relativa ha pedido que se declare judicialmente, no era admisible por sí sola la prueba de testigos, ni la indiciaria, para infirmar el contenido de lo expresado por los contratantes en la escritura de compraventa.

2. Ciertamente que no había motivo alguno para que el Tribunal invocara la disposición del artículo 1.934 del Código Civil como fundamento para negar eficacia en este litigio a la simple prueba testimonial; pues, como bien lo dice la censura, este texto legal sólo toca con los terceros y no con las partes contratantes. Sin embargo, la acusación que por este aspecto hace el recurrente no conduce a casar la sentencia de segundo grado, puesto que ésta tiene suficiente apoyo legal en lo establecido por los artículos 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, en que el fallador fundó sus conclusiones acerca de la ineficacia de la mera prueba testimonial para demostrar la simulación en casos como el de autos.

Tampoco prosperan estos dos últimos cargos.

RESOLUCION

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia acusada, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Espinal en estos juicios acumulados.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Ernesto Cediel Angel, Ernesto Blanco Cabrera, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández, Alfonso Peláez Ocampo.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.



SIMULACION

Casación. — No se puede formular ataque fundado en violación de una norma legal y de “las siguientes” o “de las concordantes”.

Prescripción ordinaria. — No puede proceder de un título declarado nulo. — Legitimación de los herederos demandantes.

Indivisibilidad de la confesión. — Su apreciación no puede constituir error de derecho.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado según Acta número 108 de noviembre 24 de 1970).

Decide la Corte el recurso de casación que el demandado Sebastián Granada Pineda (hijo) interpuso contra la sentencia que el 5 de diciembre de 1965 profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia en el juicio que adelante se determina.

EL LITIGIO

En escrito presentado el 7 de octubre de 1963 ante el Juez Primero Civil del Circuito de Armenia, el recurrente y Luisa Henao Vda. de Ramírez y Nidia Ramírez López, fueron demandadas en juicio ordinario por Rosa María, Ana María, Edilma y Rosalba Granada Pineda y Héctor Hugo y Sory ó Ana Sory, Granada Martínez, quienes obraban en nombre propio, y María Teresa Martínez Vda. de Granada, quien en ejercicio de patria potestad obró representando a sus hijos Orlando, Julieta y José Arcesio Granada Martínez, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones:

“a) Que los contratos ostensibles de venta contenidos en las escrituras Nros. 68 y 73 de 23 y 29 de abril de 1949, pasadas en la Notaría de Circasia, y los cuales han

sido relacionados y especificados en la parte motiva de este libelo, ocultan un contrato de donación entre vivos, por el cual SEBASTIAN GRANADA PINEDA —Padre— transfirió el dominio del inmueble alindado al numeral cuarto de los hechos de este libelo, y por mediación de Manuel A. Ramírez S., como testaferro o prestanombre, a su hijo, SEBASTIAN GRANADA PINEDA”.

“b) Que el contrato oculto de donación, entre vivos e irrevocable, que relacionan los contratos ostensibles ó aparentes de venta, contenidos en las escrituras números 68 y 73 de 23 y 29 de abril de 1949, relacionadas en esta demanda, es nulo, de nulidad absoluta, por no haberse insinuado, ni llenado en su otorgamiento los requisitos de solemnidad y fiscales que la ley establece, siendo la suc. de Sebastián Granada Pineda el dueño del bien que en ellas se relaciona”.

“c) Que como consecuencia de las declaratorias anteriores el señor Sebastián Granada Pineda —hijo— debe y está obligado a restituir dentro del término que Ud. señale en su fallo, libre de todo gravamen, a la sucesión intestada e ilícita de Sebastián Granada Pineda —padre— cuya representación en calidad de herederos tienen mis mandantes, el inmueble especificado al numeral cuarto de los hechos de este libelo, junto con todos los frutos naturales y civiles del mismo, no sólo percibidos, sino los que la parte actora hubiese podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder”;

"e) (Sic) Que como consecuencia, se ordene al señor Notario Público de Circasia, y a los Registradores de Instrumentos Públicos y Privados de Armenia y Filandia, que efectúen en sus libros, conforme a la ley, las cancelaciones y asientos respectivos, de conformidad con las anteriores declaraciones".

Los fundamentos fácticos que constituyen la causa petendi, consisten en lo siguiente:

"PRIMERO: SEBASTIAN GRANADA PINEDA contrajo matrimonio, por el ritual católico en Circasia, con la señora Alejandrina Pineda, y en esta unión fueron procreados los siguientes hijos: Rosa María, Ana María, Edilma, Rosalba, Sebastián y Marcos Granada Pineda. El matrimonio fué celebrado a fecha 5 de julio de 1916".

"SEGUNDO: El 31 de agosto de 1948 murió en Circasia la señora Alejandrina Pineda, esposa que fué de Sebastián Granada Pineda, y el 6 de noviembre de 1956 murió, igualmente, en Circasia, el señor Sebastián Granada Pineda, esposo de la primera. Marcos Granada Pineda, hijo de ambos, murió con anterioridad a su padre, y con posteridad a su madre".

"TERCERO: Marcos ó Marco Aurelio Granada Pineda, hijo de Sebastián y Alejandrina Pineda, contrajo matrimonio por el ritual católico en Armenia, con la señora María Teresa Martínez, a 27 de noviembre de 1939, y en su unión fueron procreados los siguientes hijos: Héctor Hugo, Ana Sory o Sore, Orlando, Julieta y José Arcesio Granada M., mayores los dos primeros, y menores los tres últimos".

"CUARTO: En la sucesión de su esposa, Alejandrina Pineda, le fué adjudicado al señor Sebastián Granada Pineda, en pago de sus gananciales, el siguiente bien: una finca territorial denominada "La Cristalina", compuesta de casa de habitación, de tejas de barro, sementeras de café, plátano y caña y alinderada como bajo este numeral se expresa".

"QUINTO: La adquisición del inmueble

anterior la hizo Sebastián Granada Pineda —padre—, mediante partición efectuada con sus hijos, según consta en la escritura N° 342 de 17 de diciembre de 1948 de la Notaría de Circasia, y la cual recibió aprobación, en sentencia de primera y segunda instancia, del Juez que conoció de la sucesión de Alejandrina Pineda, y del H. Tribunal Superior de Pereira, proferidas con fecha 28 de marzo de 1950 y 10 de junio de 1960, sentencias que fueron registradas el 13 de mayo de 1952, en los libros 1° tomo 1° y 2° y causas Mortuorias, a fls. 196, 41 y 71, partidas Nos. 221, 68 y 41, respectivamente".

"SEXTO: Sebastián Granada Pineda —padre— dijo transferir a título de venta, por un precio de siete mil (\$ 7.000.00) pesos a Manuel A. Ramírez S., el dominio del inmueble alindado al numeral cuarto anterior, por escritura N° 68 de 23 de abril de 1949, pasada en la Notaría de Circasia".

"SEPTIMO: Y, a su vez, Manuel A. Ramírez S., dijo también transferir a título de venta, y por valor de siete mil pesos (\$ 7.000.00), a Sebastián Granada Pineda —hijo— el dominio del inmueble alindado al numeral cuarto de estos hechos, y por escritura N° 73 de 29 de abril de 1949, pasada en la misma Notaría de Circasia".

"OCTAVO: El móvil determinante de los actos jurídicos otorgados por medio de las escrituras Nos. 68 y 73, citadas en los numerales anteriores, no fué otro que el de efectuar una donación del bien en ellos especificados, por parte del primer tradente, Sebastián Granada Pineda —padre— a Sebastián Granada Pineda —hijo— valiéndose de un prestanombre, o sea el señor Manuel A. Ramírez S., con cuya intervención se dió apariencia externa de venta a dichos actos, evitándose los requisitos de insinuación judicial y el respectivo pago de los derechos fiscales";

"NOVENO: Manuel A. Ramírez S., comprador en la escritura N° 68, y vendedor en la escritura N° 73, arriba citada, fué elegido por los ocultos donante y donatario, como amigo íntimo y de confianza, y por haber obrado en dicha calidad ni pagó los

siete mil pesos (\$ 7.000.00), que se estipularon como precio en la escritura N° 68; ni recibió igual suma como contraprecio de la venta al otorgarse la escritura N° 73, ni poseyó materialmente un solo día el inmueble que aparece sirviendo de objeto a dichas dos transacciones aparentes”.

“DECIMO: Sebastián Granada Pineda —hijo—, beneficiario del acto de donación, ni pagó el valor de siete mil pesos (\$ 7.000.00), que se menciona como precio en la escritura N° 73 arriba citada, ni tuvo, ni ha tenido en ningún momento, la intención de comprar, que ostensiblemente le atribuye el referido Título. Y, su padre, el donante, Sebastián Granada Pineda, vivió en el fundo donado hasta su muerte”.

“UNDECIMO: Sebastián Granada Pineda —hijo— beneficiario del acto de donación, encubierto en el doble contrato de venta relacionado en las escrituras Nos. 68 y 73, arriba citadas, era hombre pobre en el acto de otorgamiento de dichas escrituras, incapaz por lo tanto de erogar un valor de siete mil pesos (\$ 7.000.00), y su escaso peculio, si acaso lo tenía, no estaba en capacidad de producirle como renta anual un valor líquido igual a dicha suma, ni otro cualquiera superior a mil pesos (\$ 1.000.00) anuales”.

“DUODECIMO: En los años fiscales de 1945, 1946, 1947, 1948 y 1949, ni Sebastián Granada Pineda —padre—, ni Sebastián Granada Pineda —hijo— denunciaron a la nación para los efectos de la liquidación del impuesto de Renta y Patrimonio, una renta líquida anual de siete mil pesos (\$ 7.000.00)”.

“DECIMO TERCERO: En el mes de abril de 1949, Sebastián Granada Pineda —hijo— no era acreedor de terceros, en créditos reales o personales, que tuvieran o sumaran la cantidad de siete mil pesos (\$ 7.000.00), ni tenía depósitos en dinero, personalmente, en Bancos o en terceros”.

“DECIMO CUARTO: Marcos, o Marco Aurelio Granada Pineda, hijo de Sebastián Granada Pineda —padre— y hermano de Sebastián Granada Pineda —hijo— solici-

tó absolución de posiciones extrajuicio a su padre, ante el Juez del Circuito de Armenia, las cuales fueron absueltas ante el Juez Municipal de Circasia, como comisionado, el 10 de abril de 1953, y en ellas, el absolvente manifestó lo siguiente:

“a) Que Manuel A. Ramírez S., era en 1959, su amigo íntimo y de confianza;

“b) Que no recibió de Ramírez S., al otorgarse la escritura N° 68 arriba citada, el valor estipulado en ella como precio de venta;

“c) Que no hizo entrega de la finca;

“d) Que desde la muerte de su esposa no ha poseído suma alguna de dinero que pase de mil pesos (\$ 1.000.00) m/l.;

“e) Que por intermedio de Manuel A. Ramírez S., y por cariño a su hijo, le transfirió el dominio del inmueble relacionado al numeral cuarto de estos hechos”.

“DECIMO QUINTO: El 11 de abril de 1953, ante el señor Juez Municipal de Circasia, como comisionado del señor Juez Civil del Circuito de Armenia, Manuel A. Ramírez S., absolvió a petición de Marcos ó Marco Aurelio Granada Pineda —hijo— posiciones extrajuicio, de cuyo texto de absolución se deduce:

“a) Que la compra que efectuó por medio de la escritura N° 68 fué simulada o de confianza, habiendo concurrido a prestar su nombre, como simple intermediario o testafierro de una donación;

“b) Que al otorgar la escritura N° 73 arriba citada, no hizo cosa distinta a dar cumplimiento al encargo de confianza que en él depositaron Sebastián Granada Pineda —padre— y Sebastián Granada Pineda —hijo—;

“c) Que al otorgar la escritura N° 73, arriba citada, no tuvo intención alguna de comprar, ni dió o pagó valor alguno como precio, ni poseyó con ánimo de señor y dueño, el bien objeto de dicha supuesta venta.

"DECIMO SEXTO: Igualmente, Sebastián Granada —hijo— en posiciones ab-sueltas extrajuicio el 10 de abril de 1953, ante el señor Juez Municipal de Circasia, comisionado por el Juez Civil del Circuito de Armenia, y a petición de Marcos o Marco Aurelio Granada Pineda —hijo— su hermano, aceptó entre otros los siguientes hechos:

"a) Que en la sucesión de su madre, Alejandrina Pineda, heredó un lote de valor de mil pesos (\$ 1.000.00) m/l.;;

"b) Que en el mes de abril de 1949, tenía casi dos mil pesos (\$ 2.000.00), que los invirtió en la finca objeto de la compra que dizque hizo a Manuel A. Ramírez S.;

"c) Que nunca ha recibido un valor de siete mil pesos (\$ 7.000.00), en conjunto, como producido de sus bienes;

"d) Que nunca, y por ningún motivo ha pagado la suma de siete mil (\$ 7.000.00), pues no ha tenido bienes que produzcan dicha renta;

"e) Que el 29 de abril de 1953 no tenía en dinero efectivo la suma de siete mil pesos (\$ 7.000.00);

"f) Que las ventas relacionadas en las escrituras nos. 58 y 73 fueron de confianza, pues no hubo intención de comprar en el absolvente, ni de vender, sino de donar en su padre;

"g) Que Manuel A. Ramírez S., le transfirió el dominio del bien relacionado en la escritura N° 73, bajo la forma especial de venta, y que fué él —el absolvente— la persona que erogó todos los gastos inherentes al otorgamiento de los actos jurídicos comprendidos en las escrituras Nos. 68 y 73 arriba citadas;

"h) Que su padre continuó viviendo en la finca hasta su muerte, de modo que Manuel A. Ramírez S. nunca la poseyó en forma material, sino su padre;

"i) Que el verdadero móvil de los actos jurídicos contenidos en las escrituras Nos.

68 y 73 citadas, fué el traspaso a título de donación que del bien objeto de dichos actos jurídicos le hizo su padre".

"DECIMO SEPTIMO: El acto oculto de donación comprendido en las ventas ostensibles que relacionan las escrituras Nos. 68 y 73 arriba citadas, fuera de implicar un acto nulo por objeto lícito y fraude a la ley, ocasionó notorio perjuicio a mis mandantes pues los privó de recibir sus legítimas y efectivas a la muerte de padre y abuelo, Sebastián Granada Pineda".

"DECIMO OCTAVO: El bien relacionado en las escrituras Nos. 68 y 73 como objeto de la supuesta venta, constituía en el momento de su otorgamiento, el único patrimonio económico de Sebastián Granada Pineda —padre—".

"DECIMO NOVENO: Sebastián Granada Pineda —hijo— posee en la actualidad como señor y dueño el inmueble relacionado en el numeral cuarto de estos hechos, inmueble que es el mismo alindado y especificado como objeto de venta en las escrituras Nos. 68 y 73 arriba citadas".

"VIGESIMO: La sucesión intestada de Sebastián Granada Pineda —padre— permanece ilíquida, pues el único patrimonio herencial lo sería el bien alindado al numeral cuarto de estos hechos, en el evento de prosperar la presente acción".

"VIGESIMO PRIMERO: El precio de venta de siete mil pesos (\$ 7.000.00) m/l., relacionado en las escrituras Nos. 68 y 73 arriba citadas, era inferior al valor comercial que para la fecha de su otorgamiento tenía el inmueble objeto de las ventas presuntivas".

"VIGESIMO SEGUNDO: En libelo de fecha 24 de agosto de 1958, el suscrito, como apoderado de los mismos actores de esta demanda, citó en juicio ordinario ante el señor Juez Segundo del Circuito de Armenia, a Sebastián Granada Pineda —hijo— y a Manuel A. Ramírez S., para que con su audiencia se declarara que eran relativamente simulados los actos jurídicos de ven-

ta otorgados en las escrituras Nos. 68 y 73 de 23 y 29 de abril de 1949 pasadas en la Notaría de Circasia, porque dichos actos encubrían una donación entre vivos de Sebastián Granada Pineda —padre— a Sebastián Granada Pineda —hijo— por mediación como testafierro de Manuel A. Ramírez S.. Consecuencialmente se solicitó la declaratoria de nulidad de los actos jurídicos otorgados en los documentos citados y la restitución del inmueble a la sucesión intestada é ilíquida de Sebastián Granada Pineda —padre—”.

“VIGESIMO TERCERO: El juicio al cual se ha hecho referencia en el numeral anterior recibió su trámite normal, y las peticiones demandadas fueron acogidas por el Juez de primer grado en sentencia de fecha abril 15 de 1959. Apelada por los demandados, fué revocada por el H. Tribunal Superior de Pereira, que se declaró inhibido para dictar sentencia de mérito por falta del presupuesto denominado “Capacidad para ser parte”. Recurrida en casación esta providencia, la H. Corte Suprema de Justicia, denegó el recurso quedando en firme la pronunciada por el Tribunal, que no produjo cosa juzgada material”.

“VIGESIMO CUARTO: En el curso del juicio al cual se ha hecho relación en los numerales anteriores, absolvió posiciones Manuel A. Ramírez S. y se ratificó en los hechos que con anterioridad había confesado en las posiciones absueltas extrajuicio a fecha 11 de abril de 1953”.

“VIGESIMO QUINTO: Llamado, igualmente, a absolver posiciones Sebastián Granada Pineda —hijo— se contradijo con las absueltas extrajuicio a fecha 10 de abril de 1953, llegando a extremo de afirmar que Manuel A. Ramírez S. sirvió de intermediario en la venta efectuada entre él y su padre, como si las personas mayores capaces necesitaren intermediarios para transferir la posesión y dominio de los bienes raíces. La contradicción entre una y otra prueba lo hace responsable de los ilícitos de falsedad y perjurio que serán investigados oportunamente”.

“VIGESIMO SEXTO: El demandado Se-

bastián Granada Pineda —hijo— opuso por medio de apoderado a las pretensiones del libelo de demanda relacionado al numeral vigésimo segundo de estos hechos la excepción de prescripción”.

“VIGESIMO SEPTIMO: Manuel A. Ramírez S. murió en Circasia el 19 de marzo de 1962. Había contraído primeras nupcias en la misma población con Teresa López a fecha 26 de septiembre de 1926, y de esta unión tuvo una hija, de nombre Nydia, actualmente mayor de edad. Muerta su primera esposa contrajo segundas nupcias también en Circasia con Luisa Henao el día 10 de agosto de 1927, y en esta unión no hubo hijos”.

El Juez Civil Municipal de Circasia, a quien, por la reforma de 1964, se le atribuyó la competencia del asunto, en sentencia de 17 enero de 1966 desató la primera instancia acogiendo las peticiones de la demanda, con excepción de la relativa a la condenación en costas a los demandados. De aquella decisión apeló únicamente el demandado Sebastián Granada Pineda —hijo— y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, en sentencia calendada el 5 de diciembre de 1956, la confirmó.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA ACUSADA

Los demandantes, dice el Tribunal, actúan en su calidad de herederos del señor Sebastián Granada Pineda —padre— y piden para la sucesión de éste la restitución del inmueble cuya enajenación atacan por ser simulada y con la cual se lesionaron sus legítimas. “Proceden jure hereditario y no jure propio (sic). Consiguientemente, la capacidad para ser parte, en el caso que se controvierte, radica esencialmente en la calidad dicha, o sea la de herederos”. Estos no ejercitan una acción heredada sino una acción propia, más siempre con fundamento en su calidad de herederos legítimos de Sebastián Granada Pineda, de quien son descendientes en línea directa. Acoge la doctrina de la Corte que enseña que cuando los herederos comparecen

como demandantes en virtud de la representación herencial que cada uno tiene, no es necesario que todos intervengan como demandantes, pues no se trata de un litis consorcio necesario activo, sino de uno simplemente facultativo en el cual se da la comunidad de causa y objeto.

Que las copias de las actas del estado civil y de las eclesiásticas que fueron aducidas en oportunidad, prueban la calidad de herederos de los demandantes, excepto la de Marco Aurelio ó Marco Antonio Granada Pineda, padre premuerto de los menores demandantes Granada Martínez; que aquella calidad sí está probada, pero con la copia del auto por medio del cual fué reconocido como heredero de Alejandrina Pineda, en su calidad de hijo legítimo de ésta y de Sebastián Granada Pineda.

Luego de transcribir jurisprudencia sobre lo que es el negocio simulado, dice el fallo que el acto ostensible está consignado en las escrituras que contienen las compraventas que respectivamente celebraron Sebastián Granada Pineda —padre— con Manuel A. Ramírez S., y éste con Sebastián Granada Pineda —hijo—, documentos que, en copia debidamente registrada, obran en autos. Que con la intervención de un “prestanombre” o persona interpósita, que lo fué Manuel A. Ramírez S., se dió apariencia de venta a una donación intervivos de padre a hijo, con lo cual se lesionó el derecho a las legítimas de los otros descendientes. Que como los demandantes obran en calidad de terceros por que actúan jure proprio, no están obligados al aporte de prueba escrita ó de confesión únicamente, sino que están facultados para aportar “toda clase de pruebas”.

Que, “consideradas las posiciones rendidas por los señores Sebastián Granada Pineda, padre e hijo, y Manuel A. Ramírez S., resulta superabundantemente demostrada la simulación contenida en las escrituras públicas números 68 y 73, cuestionadas, y la existencia del acto oculto o secreto ínsito en los actos públicos de compraventa”. Que Sebastián Granada Pineda

—padre—, en las posiciones que rindió el 10 de abril de 1953 confesó que, por ser su amigo íntimo y de toda su confianza, llamó a Manuel A. Ramírez S. para otorgarle la escritura de venta aquí enjuiciada, pero que no hubo pago del precio ni entrega de la finca; que el cariño que le tenía a su hijo Sebastián lo había movido a otorgar la escritura dicha para que, a su vez, el aparente comprador la enajenara a su hijo, pero sin exigirle precio. Que el “prestanombre” o testafierro Manuel A. Ramírez S., en las posiciones que absolvió, “admite sin explicaciones ni argumentaciones especiosas la simulación contenida en las escrituras públicas números 68 y 73 y el acto secreto de la donación entre vivos, finalidad directa buscada y hallada por los señores Sebastián Granada Pineda, padre e hijo”.

Que a las posiciones rendidas por Granada Pineda y por Ramírez, aún a las que tienen calidad de extrajudiciales, se les concede valor de plena prueba, “porque a juicio del sentenciador no queda duda alguna acerca de la confesión misma (art. 608 del C. J.)”.

Que el demandado Sebastián Granada Pineda —hijo— absolvió tres pliegos de posiciones, y al contestar el primero confesó llanamente que las escrituras atacadas fueron simuladas, pues en el fondo lo que buscaba su padre era hacerle donación de ese inmueble, pues era su hijo preferido. Que estas posiciones tienen también valor de plena prueba, pues, aunque se les califique de extrajudiciales, no dejan al juez duda acerca de la confesión misma. Que el confesante, en posiciones posteriores, cualificó la primitiva confesión, mas no probó los hechos exceptivos, como era su deber.

Que de los testimonios rendidos por Miguel Angel Nieto López, Ernesto Alvarez, Humberto Alzate Toro, Evelio Cardona Sánchez, Leonidas Arias Arango, Julia Arias Vda. de Granada, Vicente Ruiz, Oscar Ceferino, Celmira Montealegre, José J. Arias Ríos y María Pachón, lo mismo que de las constancias expedidas por la Recaudación de Impuestos Nacionales de Cir-

casia y por los Bancos Comercial Antioqueño y Colombia, sucursales de Armenia, se deducen los siguientes hechos indiciarios:

Que, a la fecha de otorgamiento de las escrituras atacadas, Sebastián Granada Pineda —padre— era un anciano octogenario de constitución enfermiza; que Sebastián —hijo— por ese entonces, era conocido como persona muy pobre, que vivía de un jornal diario en labores comúnmente ejecutadas en la misma finca de su padre, donde con éste moraba, y que no tenía posibilidades económicas; que vivió con su padre hasta la muerte de éste; que siempre se tuvo a Granada Pineda —padre— como íntimo amigo de Manuel A. Ramírez S., quien gozó de fama de ser hombre honorable y de ejemplares costumbres privadas y públicas, que vivía de pequeña renta; que el precio de la finca La Cristalina, en esa época, era superior a veinte mil pesos, y, en fin, que el primer enajenante hacía tres años estaba paralizado y que ninguno de quienes intervinieron en los actos demandados presentó declaración de renta y patrimonio por los años 1948, 1949 y 1950.

Que todo el haz probatorio resulta que fueron simulados los contratos de venta a que se refieren las escrituras 68 y 73 arriba indicadas y que la donación inter vivos, que es el acto realmente celebrado entre padre e hijo, por no haber sido insinuado, sólo es válida hasta la cantidad de dos mil pesos y nula en el exceso, según se desprende de las normas contenidas en los artículos 1.457 y 1.458 y 1.741 del C. Civil. Que como el valor del inmueble no fué fijado por peritos, sino por testigos, no se puede aceptar ese avalúo; que, en cambio, se tomará como valor de la finca el de siete mil quinientos pesos (\$ 7.500.00), que figura en la oficina de catastro en el año de 1949, y que, por consiguiente, en la finca rural a la Cristalina el demandado Sebastián Granada Pineda —hijo— quedará con un derecho de dos mil pesos (\$ 2.000.00) y la sucesión de Sebastián Granada Pineda —padre— con uno de cinco mil quinientos pesos (\$ 5.500.00), todos en relación a un avalúo total de siete mil quinientos pesos (\$ 7.500.00).

Después de demostrar el sentenciador que también están satisfechos los elementos de la acción de dominio y que aparece prueba para calificar al demandado Granada Pineda como poseedor de mala fé, entra a decidir que ninguna de las excepciones propuestas está demostrada y, en cuanto a la de prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, señala que el término de ésta, en el caso sub judice, sólo puede contarse a partir del momento en que surgió el interés jurídico de los demandantes, que lo fué el de la muerte de Sebastián Granada Pineda —padre— ocurrida el 6 de noviembre de 1956; que como no puede empezarse la cuenta desde el otorgamiento de la escritura simulada por la que dió adquirir el demandado (abril 29 de 1949), resulta que hasta la fecha de notificación de la demanda (junio 4 de 1964), no transcurrió el término de diez años exigidos por la ley para la prescripción ordinaria.

EL RECURSO:

Dentro del marco del motivo primero de casación tres cargos se formulan contra la sentencia, el primero por la vía directa y los dos restantes por errores de derecho.

Primer cargo: Se hace consistir en la violación "de los artículos 2.518, 2.528, 2.529, del C. Civil por infracción directa, y de los artículos 2.530, 1.766 de la misma obra, y 91 a 93 de la Ley 153 de 1887 y 8º de la misma ley, en cuanto permite la aceptación de la teoría de la simulación, por causa de aplicación indebida, igual que los artículos 2º de la Ley 50 de 1936, 1.746, 1.458 y 961 y ss. del C. Civil".

Sustentado el cargo dice el recurrente que se alegó "prescripción ordinaria adquisitiva" con fundamento en que el demandado poseyó más de diez años, 'basado en un título iusto', pues entró en posesión del inmueble litigado desde el 12 de mayo de 1949 y la demanda sólo se le notificó el 4 de junio de 1964. Que el Tribunal, al afirmar que el tiempo de posesión no podía contarse desde aquella fecha sino desde el día en que murió el enajenante, fecha en la cual nació el interés jurídico de los otros

herederos para demandar "la simulación y nulidad consecuencial", se fundó en las sentencias que la Corte pronunció el 28 de febrero de 1956 que se refiere exclusivamente a la prescripción como fenómeno extintivo" y no a la prescripción como modo de adquirir los derechos sobre las cosas por la posesión de ellas durante el tiempo requerido por la ley y con los requisitos que ésta exige, y perdiendo de vista que la defensa se fundó en la prescripción adquisitiva de dominio y no en la extintiva de la acción". Que la posesión del mando, "derivada de un título justo y prolongada por más de 10 años le ha permitido ganar por sí sola, como posesión regular, el dominio de la finca reclamada por los actores". Que por lo anterior el Tribunal quebrantó "en forma directa, al no haberlas aplicado, las disposiciones que consagran la prescripción como modo adquisitivo" y que, como el Tribunal, contrariando estos preceptos, dijo que sólo desde la muerte del padre enajenante se podía iniciar el cómputo del tiempo de posesión, "se aprecia una posible violación del artículo 2.530 del C. Civil, por aplicación indebida, al admitir una suspensión "extraña a ese problema. Que hubo falta de aplicación de los artículos 765 a 769 del C. Civil, pues habiendo aportado el demandado la escritura de su adquisición, debidamente registrada, se le debió tener como poseedor regular.

Que, por último, el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 1.766 de la citada obra, 91 a 93 de la Ley 153 de 1887" y la doctrina general ó principio general de derecho sobre simulación, lo mismo que los artículos 1.458, 1.746 y 961 y siguientes del C. Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936, por cuanto se decretó "con los efectos previstos en el artículo 1.746 y en el 963 y siguientes, sobre reivindicación", la restitución, "contra una situación firme, consolidada a través de la prescripción que había purgado ya cualquier vicio antecedente".

LA CORTE CONSIDERA:

Contraría la preceptiva del recurso extraordinario de casación formular un ataque

fundado en violación de una norma legal y de "las siguientes" ó "de las concordantes", pues, como lo ha dicho repetidamente la Corte con fundamento en el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, es necesario señalar cada una de las normas, individualizándolas y del mismo modo explicando el sentido de su violación.

Lo mismo puede deducirse de un cargo que se apoya "en una posible violación" de ley sustancial, pues es necesario, para la prosperidad del recurso, demostrar la violación o quebranto denunciado y no simplemente insinuar la posibilidad de su ocurrencia.

Dejando de lado estos defectos que, en el caso presente, no alcanzan a enervar el resto de la acusación, la Corte entra a despachar el cargo.

Estríbese el ataque en que la excepción propuesta fué la de prescripción ordinaria adquisitiva y no la de prescripción como fenómeno extintivo; que, por tanto, el término para ganarla debió contarse desde el 12 de mayo de 1949, día en que el demandado recurrente entró a poseer el inmueble litigado y no desde el 6 de noviembre de 1956, fecha de la defunción del enajenante Sebastián Granada Pineda —padre—. Que, en tal evento, ya habían transcurrido los 10 años exigidos por la ley para ganar la usucapión ordinaria, ya que la demanda sólo fué notificada el 4 de junio de 1964.

Observa la Corte que la prescripción adquisitiva ordinaria no se gana con demostrar posesión por aquel término únicamente, sino que es imprescindible también comprobar que la posesión es regular y no interrumpida, como perentoriamente lo exige el artículo 2.528 del C. Civil.

Probóse plenamente durante el juicio que los contratos de compraventa que recogen las precitadas escrituras números 68 y 73, eran simulados, pues el realmente celebrado por las partes fué el de donación entre vivos. Ahora bien, como el objeto donado tenía un valor superior a dos mil pesos y la liberalidad no fué insinuada como lo preceptúa el artículo 1.458 del C. Civil, la

donación apuntada se declaró nula en lo que excede de ese valor. Este pronunciamiento por no haber sido atacado en casación, tiénese como aceptado por el recurrente.

Resulta de lo anterior que éste alega una posesión que procede de un título declarado nulo, razón por la cual no es título justo, según lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 756 del C. Civil. Síguese, entonces, que como la posesión alegada no procede de justo título, el recurrente, no puede ser poseedor regular (art. 764 ibidem), por lo cual carece de derecho para que en su favor se declare la prescripción adquisitiva ordinaria, pues ésta sólo opera en beneficio de quien es poseedor regular.

En consecuencia, aunque el cargo tuviera algún fundamento al atribuirle el sentenciador confusión entre el régimen de la prescripción extintiva y el de la adquisitiva, lo cierto es que ello no tendría trascendencia, pues la usucapión no se habría consumado. Se rechaza el ataque.

SEGUNDO CARGO

Fúndase también en la causal primera o motivo primero de casación, mas por la vía indirecta. Denúnciase en él "violación de los artículos 1.766 del C. Civil, 8º, 91 a 93 de la Ley 153 de 1887, de la doctrina general sobre simulación que sobre éstos ha construido la jurisprudencia, y de los artículos 2º de la Ley 50 de 1936, 1.746, 1.458 y 961 y siguientes del C. Civil por aplicación indebida", a consecuencia de error de derecho en la apreciación de las pruebas.

En desarrollo de este cargo; dice el recurrente que el Tribunal erró al reconocer calidad de hijo legítimo de Sebastián Granada Pineda —padre— a Marco Aurelio o Marco Antonio Granada Pineda, quien premurió y está representado por sus hijos, los menores demandante Granada Martínez; que la prueba de ese estado de hijo se concedió "no por fuerza de actas de estado civil que lo acrediten como hijo, que es la calidad que se alega y admite, sino a través de su reconocimiento como heredero de Alejandrina Pineda de Granada, de

quien fue tenido como hijo por auto dictado por el Juzgado Civil del Circuito de Filandia en junio 1º de 1949". Que aquel reconocimiento solamente prueba la calidad de hijo legítimo de Alejandrina, en cuya sucesión se hizo el reconocimiento, mas no prueba que también sea hijo legítimo de Sebastián Granada Pineda, aunque éste fuera el marido de aquella, la que podía tener hijos que no lo fueren de aquél. Que por esta razón, el Tribunal incurrió en "error de derecho al otorgarle a copia de auto de reconocimiento de heredero en la sucesión de Alejandrina Pineda el valor de prueba de heredero de Sebastián Granada Pineda, con violación inmediata de los artículos 1.759 y 1.760 del C. Civil, 19 de la Ley 92 de 1938 y 632 del Código Judicial". Que, de lo anterior se concluye que por cuanto faltó "un presupuesto procesal indispensable y fundamental, que es el interés para obrar", debió dictarse sentencia inhibitoria, "ó absolutoria, si se considera que esa personería o legitimación es requisito no del proceso, sino de la acción".

LA CORTE CONSIDERA:

Cuando son varios los herederos de un mismo causante, como sucede en el caso sub lite, para demandar con esa calidad en favor de la comunidad herencial, no es menester que todos concurren como demandantes, pues cada uno, separadamente de los otros, está legitimado para pedir en provecho de aquella, es decir, en beneficio de todos los coasignatarios de la herencia, por lo cual no se forma litis consorcio necesario activo entre ellos.

Esta situación explica por qué el Tribunal, a pesar de no haberse demostrado que Marco Aurelio o Marco Antonio Granada Pineda tiene la calidad de heredero de Sebastián Granada, no estaba impedido para decidir sobre el fondo de la cuestión debatida, ni obligado a absolver a la parte demandada, pues estando bien probada esa calidad de herederos en los demás demandantes, cada uno de los cuales estaba legitimado para pedir en favor de la comunidad herencial, el juez podía dictar sentencia de mérito por ese aspecto.

Asiste razón al recurrente en cuanto imputa al Tribunal la comisión de un error de derecho en la apreciación de la copia del auto por el cual se reconoció la calidad de heredero al prenombrado Marco Aurelio o Marco Antonio Granada en la sucesión de Alejandrina Pineda, pues esa copia sólo es prueba de que el reconocido goza de tal calidad en dicha mortuoria, mas su fuerza demostrativa no se extiende a probar que la misma persona es heredero en la sucesión de Sebastián Granada Pineda, por el simple hecho de que éste estuvo casado con ella.

No obstante, este yerro no tiene incidencia en el pronunciamiento del fallo, como dedúcese de lo primeramente dicho.

El ataque, por tanto, es impróspero.

TERCER CARGO

Se formula por "aplicación indebida de los artículos 1.759 y 1.766 del C. Civil, 8º y 91 a 93 de la Ley 153 de 1887, junto con la doctrina sobre simulación que por ellos ha elaborado la jurisprudencia, y de los artículos 1.458, 1.746 y 961 y siguientes del C. Civil y 2º de la Ley 50 de 1936", a causa de error de derecho en la apreciación de las pruebas.

Dice el censor que la confesión del padre y de Manuel A. Ramírez, con fundamento en los artículos 604 y 606 del C. Judicial, sólo puede perjudicar a quien la realizó ó a sus causahabientes, mas no puede oponerse a quien contrató con ellos y de ellos derivó derechos; que el Tribunal acogió como divisible la confesión del recurrente, "tomando de ella tan sólo aquello que pueda fundamentar la conclusión para el fallo favorable a los actores". Que no tuvo en cuenta "las variantes o excepciones de que quiso rodear a última hora su confesión" el demandado recurrente, ni tuvo en cuenta a petición de quién se absolvió las posiciones previas al juicio, ni el contenido de preguntas y respuestas. Que el Tribunal quebrantó el artículo 609 del C. Judicial al no haber admitido "con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho" las

"tres" posiciones, pues las dividió "para separar lo desfavorable" que fue acogido, y para exigir al demandado la prueba de los hechos exceptivos o aclaratorios, cuya prueba se le exigió, por lo cual fueron rechazados.

Que "los indicios que secundan la decisión del Tribunal son documentos: una constancia o certificación bancaria, que no emana de la parte a quien se opone", que no tiene alcance por no haber sido reconocido, razón por la cual fueron violados "los artículos 637 y ss. del C. Judicial y 1.761 y ss. del C. Civil. Que se violó el artículo 663 y "los siguientes" del C. Judicial, pues la certificación de la Recaudación de Hacienda respecto a que ninguno de los intervinientes en la compraventa cuya simulación se litiga, presentó declaración de renta y patrimonio por los años de 1948 a 1960, sólo es incumplimiento del deber fiscal, pero nada más, pues sólo tenían esa obligación quienes poseían un patrimonio no menor de veinte mil pesos (\$ 20.000.00) y la enajenación se hizo por siete mil pesos (\$ 7.000.00) y además, porque si fuera prueba de insolvencia cobijaría, entonces, también a Sebastián Granada —padre—. Que "por último, los testimonios no son indicio con fuerza, y al considerarlos se violaron los mismos artículos 663 y siguientes del C. Judicial". Que con ellos dió por probado el Tribunal que "Granada —padre— estaba viejo y enfermizo, su amistad estrecha e íntima con el señor Ramírez y la pobreza de Granada —hijo—, que vivía de un jornal pequeño, pero que eso tampoco dice nada. Que se vendió la finca en lo que valía, siete mil pesos (\$ 7.000.00), suma que estaba al alcance de personas de modestos recursos y era de "consecución fácil". Que precisamente muchas veces se prefiere negociar con los amigos por lo cual no todo negocio celebrado con ellos es simulado. Que si el precio no se pagó, ello daría origen a demandar el pago de la obligación pendiente o la resolución del contrato, mas no entraña simulación relativa. Que los indicios generales de las posiciones y de los testimonios, pues de los documentos nada positivo se deriva, a lo más que pudieran alcanzar, ex-

tremando las cosas, es a un precio pendiente en todo o parte, pero no a una donación disfrazada de compraventa. Que estudiándolos en conjunto, los indicios no tienen los caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar el convencimiento" de que se vale el art. 664 del C. Judicial, ni la conexión y unidad de que trata el art. 666 del mismo Código, ni poseen la pluralidad, gravedad y precisión del art. 665. Que esta violación llevó al quebranto, por aplicación indebida, de las normas sustanciales citadas al principio de la formulación del cargo.

LA CORTE CONSIDERA:

El Tribunal no solamente tomó como fundamento de su decisión las confesiones de Manuel A. Ramírez y de Sebastián Granada Pineda —padre—, sino que también sustentó el fallo en la confesión del recurrente, a la cual le dió valor de plena prueba. Por tanto, aunque la confesión de los dos primeros pudiera no perjudicar al censor, como la suya propia sí lo perjudica, se hace ineficaz el ataque por ese aspecto, pues la sola confesión del demandado sería suficiente para impedir que la sentencia fuera casada.

En cuanto a la segunda parte de la impugnación, atinente a que el Tribunal tomó como divisible lo confesado por el recurrente Granada, que, en su sentir, es inescindible, la Corte encuentra que ese aspecto aparece tratado erradamente, pues se combate con fundamento en la comisión de un error de derecho, cuando reiteradamente ha enseñado la doctrina jurisprudencial que la apreciación del sentenciador en punto a si una confesión es indivisible o fraccionable, no puede constituir error de derecho porque ella no es el resultado de la buena o mala aplicación de textos legales que regulen el mérito probatorio de ese medio de persuadir. En efecto: la declaración de parte, sea divisible o inescindible, siempre tiene fuerza de plena prueba si constituye confesión judicial, como lo preceptúa el artículo 606 del C. Judicial, y constituyendo confesión extrajudicial, sin atender a su calidad de divisible o indivisible, tendrá el poder probatorio que le se-

ñala el art. 608 ibidem. Indica lo anterior que la circunstancia de que esa prueba sea divisible o no, ninguna incidencia tiene en la determinación de su fuerza probatoria.

El ataque dirigido contra la prueba indiciaria y que equivocadamente se hace consistir en error de derecho en su apreciación, tampoco tiene eficacia, pues de existir sería un error de hecho, ya que, como lo tiene sentado la jurisprudencia, "siendo las calidades de necesidad, unicidad, pluralidad, gravedad, precisión y conexidad de los indicios, cuestiones de hecho cuya apreciación está confiada al juzgador de instancia, es perfectamente claro que la noción que éste se haya formado de tales calidades, no puede ser desconocida en el recurso extraordinario, sino por razón de incidencia, demostrada, en error de hecho evidente" (G. J. CXV).

El cargo no prospera entonces.

RESOLUCION:

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 que, el 5 de diciembre de 1966, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, dentro del juicio ordinario que, contra Sebastián Granada Pineda —hijo—, Luisa Henao Vda. de Ramírez y Nidia Ramírez López, promovieron Rosa María, Ana María, Edilma y Rosalba Granada Pineda y Héctor Hugo y Sory Granada Martínez, en nombre propio, y María Teresa Martínez Vda. de Granada en representación de sus hijos menores Orlando, Julieta y Arcesio Granada Martínez.

Sin costas porque el recurso dió lugar a hacer rectificaciones doctrinarias.

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

Ernesto Cediél Angel, Ernesto Blanco Cabrera, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández, César Gómez Estrada, Conjuez.

INTERDICCION POR DISIPACION.

Casación. — Causal 4ª — Nulidad. — No toda falta de notificación constituye causal de nulidad. — Demanda. — Su interpretación.

Interdicción. — Los juicios de interdicción de un disipador, por una parte, y de un demente o de un sordomudo, por la otra, son diferentes.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diez de diciembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José María Esguerra Samper).

Se procede a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Rionegro de fecha 2 de noviembre de 1967 proferida en el juicio ordinario de Graciliano González y Filomena González de Díaz contra Narcisa Hernández de González.

EL LITIGIO

Los mencionados demandantes solicitaron al Juzgado Civil del Circuito de Marinilla que mediante los trámites del juicio ordinario y con citación de Narcisa Hernández de González, ésta fuese declarada en interdicción por causa de disipación. Como fundamentos de hecho de su solicitud expusieron, en síntesis, que la demandada, por su avanzada edad, como que a la sazón frisaba en los 86 años, no era hábil en ninguna forma para el manejo y disposición de sus bienes; que influenciada por uno de sus nietos, se había dado a la tarea de malgastar su fortuna; y que había prometido en venta algunos de sus bienes por un precio muy bajo, en todo caso inferior al verdadero valor comercial de los mismos.

La exageradamente larga tramitación de la primera instancia, surtida en un principio ante el Juzgado antes dicho y luego,

por competencia ante el Juzgado Promiscuo Municipal de El Peñol (Ant.), culminó con la sentencia dictada por éste último el 8 de agosto de 1967, que decretó todas las súplicas impetradas y de la cual apeló la parte demandada.

Del recurso le correspondió conocer al entonces Tribunal Superior de Rionegro y fue decidido por sentencia del 2 de noviembre de 1967, que revocó la de primer grado y en su lugar denegó las súplicas de la demanda; contra esta providencia, como queda dicho, se interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

Motivación de la sentencia impugnada

El Tribunal fundamentó su decisión diciendo que no existía la plena prueba de la disipación que se atribuye a la demandada, por cuanto los negocios que la parte actora reputa ruinosos, no fueron realizados directamente por aquélla sino por su apoderado general; que a los demandantes les incumbía probar los actos de repetida prodigalidad, sin que pudieran limitarse, como ocurrió en el caso su-judice, a demostrar la disminución de la fortuna de la presunta interdicta; que el juicio de interdicción de un disipador no puede ser de rendición de cuentas, como lo expuso la Corte en sentencia del 27 de octubre de 1938; que en este juicio le correspondía a la parte actora demostrar los actos de repetida prodigalidad en que la demandada hubiera incurrido; y que los gastos de ésta no estaban destinados a “atender a obsequios,, pagos, diversiones y mucho menos que se consideren desproporcionados con

relación a su fortuna y posición social y menos aún, que permitan presumir que la conducirán a una ruina segura”.

El recurso

En la demanda de casación se formulan dos cargos contra la sentencia del Tribunal: el primero, basado en la causal 4ª y el segundo, en la causal 1ª, por violación indirecta de Ley sustancial, ocurrida “a causa de apreciación errónea de probanzas... configurativas de grave error de hecho, manifiesto en autos”.

Primer cargo. Dice el recurrente que la actuación adolece en su mayor parte del motivo de nulidad que consagra el numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial, por cuanto al tenor de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 532 del Código Civil, en esta clase de juicios debe ser oído el Ministerio Público, cuando no haya sido promovido por el mismo, y que en el presente hubo numerosas providencias judiciales que no le fueron notificadas personalmente al respectivo funcionario, como han debido serlo.

Se considera:

Para que pueda invocarse con éxito el motivo 4º de casación, se requiere la concurrencia de las siguientes condiciones:

a) Que en el juicio se haya incurrido en alguna de las causales de nulidad que taxativamente establece el artículo 448 del Código Judicial (LV. pág. 59).

b) Que la nulidad no haya sido saneada de conformidad con la Ley (LXXV, pág. 655), a lo cual equivale, cuando se trata de la falta de citación o emplazamiento, que “la persona o personas que no fueron citadas o emplazadas, debiendo serlo, han representado en el juicio sin reclamar la declaración de nulidad” (C. J. art. 450, inc. final).

c) Que si la causal de nulidad que se aduce consiste en la llamada ilegitimidad de personería, o sea en la mala represen-

tación procesal de una de las partes, no se haya declarado lo contrario en auto ejecutoriado proferido en el mismo juicio (art. 450, num. 1º *ibidem*).

Es sabido que las simples irregularidades de orden procesal que no configuren una causal de nulidad, no son aptas para fundar una acusación con base en el motivo 4º de casación, pues las causas que para todos los juicios establece el artículo 448 del Código Judicial y para los ejecutivos el artículo 451 *ibidem*, no son “susceptibles de extensión al interpretarlas ni del criterio de analogía en su aplicación” (XLI bis, pág. 132 - LXXIX, pág. 103 - CXVII, pág. 191).

Conviene recordar que la falta de notificación de una o varias providencias dictadas en un juicio, salvo la del auto que confiere traslado de la demanda “y en general la que tiene por objeto hacerle saber la primera providencia que se dicte en todo asunto judicial” (art. 312, num. 1º *ibidem*), no constituye la causal de nulidad de que trata el num. 3º del citado artículo 448, la cual, como lo ha dicho la Corte “... se refiere exclusivamente a la falta de llamamiento inicial para comparecer en la causa para que pueda formarse la relación jurídico procesal” (G. J. 2.212/16, pág. 644).

Lo anteriormente expuesto demuestra que es inane el primer cargo formulado por el recurrente. En efecto:

1º. La falta de notificación del Agente del Ministerio Público de las providencias que se mencionan en la demanda, aunque constituye una irregularidad procesal, no configura la causal de nulidad que establece el numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial y por tanto no procede el motivo de casación en estudio;

2º. El Agente del Ministerio Público sí fue oído en el presente juicio, como puede verse en los escritos que presentaron el Personero Municipal de Marinilla (C. Nº 1. fls. 27) en la primera instancia y el Fiscal del Tribunal de Rionegro, en la segunda (C. Nº 1 fls. 52 y 89), funcionarios que además

no reclamaron la declaración de nulidad por ese motivo (art. 450, inciso final ibidem).

3º. Finalmente, esa supuesta causal de nulidad, como motivo de casación dentro del ámbito de la causal 4ª, sólo podía ser invocada por el Agente del Ministerio Público.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo. Se hace consistir en el quebranto de los arts 432, 531, 534, 536 y 550 del Código Civil y 8º de la Ley 95 de 1890, por falta de aplicación a consecuencia del grave error de hecho en que, según el censor, incurrió el Tribunal al interpretar la demanda que dió origen al presente juicio.

Dice el recurrente que el sentenciador “restringió el alcance de la demanda a disipación o prodigalidad de la demandada, en vez de hacer razonable interpretación de la misma, en sentido de extenderla a imbecilidad, idiotismo, causados por la merma manifiesta de capacidad para administrar sus bienes, determinada por demencia senil que los autos proclaman”.

Hace luego largos razonamientos tendientes a demostrar el error que le atribuye a la sentencia, “porque, cabalmente, en estos casos es cuando el juzgador está obligado a efectuar su más correcta interpretación. Omitir hacerlo determina grave error de hecho en la apreciación del libelo. En el caso que los autos ventilan, a los contendores y a la comunidad, les da igual resultancia que la interdicción se produzca por disipación o por demencia, en cualquiera de sus manifestaciones psicopáticas, dado que no son diferentes los efectos que se desprenden de la causa petendi; sino antes bien idénticos en absoluto. Es lo mismo, la sentencia interdiccional de la parte demandada, originada en disipación, prodigalidad, dilapidación de fortuna, que cuando arranca de mental perturbación. La finalidad querida y perseguida por la norma, en relación con el motivo teleológico es idéntica a sí propia y pron-

ta. Lo que trae la consecuencia de que el fallo, no sea sorpresivo, isguardado (sic), inusitado, sobre materia indebatida en las instancias del juicio. Sino coherente y derivado de causa propuesta en el libelo, gravada en la contesta (sic) o litis contestación (sic) y objeto de probanzas y contraprobanzas.

“El fallador está en la obligación de apreciar en hecho y en derecho, consiguiente, el título razonable de la demanda, interpretándola, según el conjunto de los hechos relatados por el demandante y de sus efectos con relación al demandado, por que es la **causa petendi** uno de los límites que establece la litis contestación (sic)”.

“En tratándose de la Ley —agrega el recurrente— en vía de ahorrar graves riesgos, la Ley establece la prevalencia del tenor literal de ella, cuando es claro su sentido, a límites de prohibir desatenderlo, a pretexto de ‘consultar su espíritu’ (art. 27 del C. C.). Más, en actos y contratos provenientes de los particulares, no media la valla relacionada, por temor a los expuestos riesgos y es por eso mismo más anchuroso el ámbito interpretacional. En contraste (y cuasi contratos), debe atenderse el juzgador a la intención de las partes claramente conocida ‘**más que a lo literal de las palabras**’ (arts. 1.127 y 1.618 C. C.).

“De ahí que —concluye el censor— si en el caso actual el activo manifestó peticional interdicto, respecto de la demandada, con base en actos de prodigalidad; pero en el más amplio contexto del libelo, fundó el derecho a pedir, en actos denotatorios de demencia senil, imbecilidad o diotez, el juzgador estaba en la obligación de interpretar el libelo en toda extensión.

“Guardarse de hacerlo, implicó comisión de grave o si ostensible error de hecho, en cuanto a su apreciación que le imputo. Dado que, no por haber dicho que pretendía conseguir los pronunciamientos demandados, el motivo de disipación o dilapidación de bienes, podía restringirse a dicha causa, el alcance, la pretensión, atendiendo a la concreta causal aducida. Sino que era

menester acoger el escrito demandador en su totalidad sin omitir, como se hizo, ninguno de los integrantes del mismo y pronto”.

Se tiene en cuenta:

Cabe observar en primer término que el error de hecho como punto de partida de un cargo en casación, para que tenga el carácter de ostensible que exige el artículo 52 del Decreto 528 de 1964, debe aparecer en una forma tan protuberante, que al censor le baste con ponerlo de presente. Si al efecto tiene que recurrir a complicados razonamientos y largas argumentaciones, ello basta para demostrar que el error no es ostensible o evidente, tal como ocurre en el presente caso.

Por otra parte, “la demanda —ha dicho la Corte— que es la pieza esencial de todo proceso judicial, es un acto libre de quien pretende la protección jurisdiccional del Estado, y como los Jueces carecen en el ejercicio de su jurisdicción civil de toda iniciativa para la escogencia de las acciones o vías legales, abierta a la elección de los interesados, es preciso darle a las demandas el sentido y alcance que inconfundiblemente se desprenden de sus términos” (LVII, pág. 620).

En el presente caso, el sentido y alcance que se desprendía de la demanda y más aún, de la vía procedimental escogida por la parte actora, era sin lugar a la menor duda, la declaratoria de interdicción judicial de la demandada por causa de disipación. En esa forma se trabó la relación jurídico procesal.

La facultad de interpretar la demanda que le asiste al sentenciador, tiene los límites que traza el mismo demandante al redactarla, los cuales están contenidos generalmente en el petitum y además se deducen de la causa petendi. Tales límites no pueden traspasarse porque de lo contrario se proferiría un fallo ultra petita o extra petita. A este propósito ha dicho la Corte que “la facultad del sentenciador para interpretar la demanda tiene sus límites pre-

cisos, que son los señalados por el demandante en ella, porque no es indiferente la manera cómo el actor formula la causa petendi, o sea el hecho jurídico de donde se hace derivar el objeto de la demanda... Toda sentencia que se dicte cambiando o alterando la causa de la demanda es sorpresiva, porque se ha dictado sobre materia que no ha sido discutida en las instancias del juicio, lo que equivale a condenar a una persona sin ser oído y vencida en juicio” (L. pág. 761).

En el presente caso, esos límites a la facultad de interpretar la demanda estaban claramente indicados por la parte actora: se pidió la interdicción judicial por disipación, mediante los trámites de un juicio ordinario, dirigiendo la acción contra la presunta interdicta como demandada y con audiencia del Ministerio Público. Mal podía el sentenciador, so pretexto de interpretar la demanda, proferir una decisión relativa a demencia, la cual está sujeta a un trámite distinto: el especial que señala el Capítulo IV, del Título XXI, del Libro 2º del Código Judicial, trámite en que el Agente del Ministerio Público, debe obrar como parte y no solamente ser oído, y que además impone la práctica de un reconocimiento judicial del presunto demente, por lo menos tres veces, en distintos días, con intervención de peritos médicos cuyo dictamen es también imprescindible.

Los juicios de interdicción de un disipador, por una parte, y de un demente o de un sordomudo, por la otra, son diferentes y están sujetos a ritos procesales distintos que no pueden ser involucrados ni confundidos. Así, por ejemplo, en el ordinario, a cuyo procedimiento se sujeta la interdicción de un disipador (art. 818) por regla general sólo se practican las pruebas que soliciten los litigantes en la oportunidad legal correspondiente al paso que en el especial, señalado por la Ley para la interdicción de un demente o de un sordomudo, el Juez está facultado para decretar oficiosamente (art. 820 in fine) todas las pruebas que juzgue convenientes “para proceder con pleno conocimiento de causa”, y como quedó dicho, requiere necesariamente la diligencia del reconocimiento judicial

del presunto interdicto (art. 820 *ibidem*), la cual es imperativa y forma parte de la tramitación misma del referido juicio.

No existe, pues, el error de hecho que se atribuye al sentenciador en la interpretación de la demanda, ni menos aún, éste tiene el carácter de ostensible que requiere para ser invocado dentro del ámbito de la causal primera de casación. Al sentenciador le estaba vedado, so pretexto de interpretar una demanda que por lo demás es clara, hacer una declaración distinta a la que fue impetrada y más aún, hacerla habiéndose utilizado en el juicio una vía procesal diferente a la que establece la Ley y con preterición de trámites de forzoso cumplimiento. En estas condiciones, no hubo ni podía haber el quebranto de las normas que señala el recurrente y que a su juicio no fueron aplicadas por el Tribunal en la sentencia acusada.

Por todos estos motivos, el cargo no está llamado a prosperar.

MUERTE DE LA DEMANDADA

Cuando este negocio se encontraba al despacho del Magistrado ponente en estado de recibir la sentencia propia del recurso extraordinario, el abogado de la parte recurrente presentó la partida de defunción de la demandada e insinuó que la Corte debía dictar fallo inhibitorio, por sustracción de materia, sin que por ello pudiera entenderse que desistía del recurso por cuanto no había recibido instrucciones de su poderdante en ese sentido.

No era del caso proceder en esa forma, porque ello habría implicado que la Corte

se abstuviera de resolver en el fondo sobre el recurso de casación, sin motivo legal que le permitiera proceder en esa forma. Por otra parte, si el sentenciador de primer grado decretó la interdicción impetrada y el de segunda instancia, revocó esa decisión con una sentencia inhibitoria de la Corte habría quedado cuando menos en duda la validez de los actos jurídicos que la demandada hubiese podido celebrar *inter mora litis*, esto es, después de la interdicción provisoria. Estas razones son suficientes para explicar por qué no fue atendida la mencionada insinuación del apoderado de la parte recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Rionegro el 2 de noviembre de 1967.

Condénase en costas a la parte que interpuso el recurso extraordinario.

(Esta sentencia fue discutida y aprobada por la Sala como consta en Acta Nro. 112 de 1º de los corrientes).

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Ernesto Cediel Angel, Ernesto Blanco Cabrera, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández, Alfonso Peláez Ocampo, José María Esguerra Samper.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

POSESION EFECTIVA DE LA HERENCIA

El decreto de posesión efectiva de la herencia es inoponible a otros herederos que no fueron favorecidos inicialmente con tal decreto.

Petición de herencia. — Puede proponerse independientemente o acumulada o reivindicación.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diciembre diez de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José María Es-
guerra Samper).

Susana Aparicio en su propio nombre, como heredera de sus hijos Ana Isabel y Humberto, y en representación de sus menores hijos Ana Cecilia, Oswaldo de Jesús, María Balvanera y Dora María Aparicio, todos los cuales habían sido declarados judicialmente hijos naturales de Misael Patiño Escobar, demandó a Rosa Escobar de Patiño y a Honorio León Rojas, ante el Juzgado Civil del Circuito de Soatá, para que se hicieran a favor de la sucesión del citado Misael Patiño Escobar, las declaraciones que se resumen en seguida:

1º. Que el decreto sobre posesión efectiva de la herencia proferido a favor de Rosa Escobar de Patiño, en el juicio de sucesión de Misael Patiño Escobar, no tiene ningún valor jurídico;

2º. “Que pertenecen a la sucesión intestada de Misael Patiño Escobar, no sólo todos los bienes dejados en el momento de su deceso, sino también aquellos que posteriormente hayan llegado a acrecentar su patrimonio;

3º. Que carece de valor jurídico la venta que hizo Rosa Escobar de Patiño a Honorio León Rojas, de los siguientes bienes pertenecientes al causante Misael Patiño Escobar; la mitad de una casa situada en el Municipio de Sativanorte; la mitad de

un globo de terreno denominado “El Aljibe” y “La Loma”, ubicados en la vereda de Cocavita, del mismo Municipio; y el inmueble denominado “El Cardón”, situado en la vereda de “El Batán”, también de Sativanorte;

4º. Que Honorio León Rojas, “debe restituir los bienes enumerados en el punto anterior, a la sucesión de Misael Patiño Escobar para ser distribuidos entre sus hijos naturales, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 45 de 1936”;

5º. Que considerando al demandado León Rojas como poseedor irregular, se le debe condenar a la restitución de los mencionados bienes, libres de todo gravamen y con todos sus frutos naturales y civiles producidos, y que la sucesión hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad;

6º. Que Rosa Escobar de Patiño, también como poseedora irregular sea condenada a restituir a la antedicha sucesión, todos los frutos obtenidos en los bienes que pertenecían al causante;

7º. Que se ordene la cancelación del registro del decreto de posesión efectiva de la herencia de Misael Patiño Escobar y se le comunique al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Soatá; y

8º. Que en caso de oposición se condene en costas a los demandados.

Los hechos de la **causa petendi** se sintetizan así:

Anacleto Patiño y Rosa Escobar contrajeron matrimonio el 21 de octubre de 1903, matrimonio del cual nació Misael Patiño Escobar; Anacleto y su hijo Misael murieron el 5 y el 21 de agosto de 1941, respectivamente; Rosa Escobar de Patiño promovió el juicio de sucesión de Misael, en el cual fue reconocida como única heredera del mismo, en su calidad de madre del causante y luego de surtidos los trámites legales de rigor, obtuvo que el Juzgado del conocimiento, en providencia de 24 de abril de 1959, decretase a su favor la posesión efectiva de la herencia; el Juzgado Civil del Circuito de Soatá, en sentencia del 6 de septiembre de 1950, proferida en el juicio ordinario de filiación natural promovido por Susana Aparicio contra la sucesión de Misael Patiño Escobar, había declarado hijos naturales de éste a los menores Humberto, Ana Cecilia, Oswaldo de Jesús, María Balvanera, Dora María y Ana Isabel Aparicio, y por consiguiente declaró también que dichos menores tenían vocación hereditaria en la sucesión de su difunto padre; esta sentencia vino a quedar en firme porque no prosperaron el recurso de apelación que se interpuso ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, ni el de casación contra el fallo de dicho Tribunal; tan pronto como Rosa Escobar de Patiño obtuvo el registro del decreto de posesión efectiva de la herencia, "procedió a otorgar escritura de compra-venta a Honorio León Rojas, transfiriendo las mismas fincas que había comprendido el decreto en cuestión. Como consecuencia de la compra-venta mencionada, los hijos naturales de Misael Patiño Escobar quedaron excluidos de la herencia de su padre y no han usufructuado ninguno de los bienes dejados por éste". Tan sólo se hallan en posesión de la mitad de una casa.

Con oposición de los demandados, quienes propusieron las excepciones perentorias de "falta de legitimación ad causam o de personería sustantiva de la parte demandante; petición de modo indebido y prescripción... extintiva de la acción", se adelantó la primera instancia del juicio, que vino a culminar con la sentencia de

fecha 12 de marzo de 1954, en la cual el Juzgado hizo las declaraciones y condenas impetradas.

Por apelación que interpuso la parte demandada, subió el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Soatá, el cual, una vez agotada la tramitación de segundo grado, profirió la sentencia fechada el 7 de junio de 1966, objeto del recurso de casación que ahora se decide, mediante la cual se confirmó en todas sus partes la de primera instancia.

MOTIVACION DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Dice el Tribunal que los demandantes en su calidad de herederos de Misael Patiño Escobar, no pudieron obtener que de conformidad con el artículo 952 del Código Judicial se extendiera también a su favor el decreto sobre posesión efectiva de la herencia, que había sido proferido en la sucesión del citado Patiño Escobar en favor de la demandada Rosa Escobar de Patiño, por cuanto ésta no sólo hizo protocolizar el expediente del juicio, sino que se apresuró a vender la totalidad de los mismos al demandado Honorio León Rojas, mediante escritura Nro. 300 otorgada el 7 de mayo de 1950 en la Notaría Segunda del Circuito de Santa Rosa de Viterbo.

"Obvio es —se lee en la sentencia acusada— que si antes de esa fecha los hijos naturales de Misael Patiño Escobar hubiesen sido declarados judicialmente herederos, también los hubiese cobijado el susodicho decreto de posesión efectiva de la herencia.

Más cuando esa calidad les fue reconocida ya todo estaba protocolizado en la Notaría respectiva. Esta y no otra la razón para que en la acción ordinaria instaurada pidan se declare sin ningún valor la providencia de posesión efectiva de la herencia". Agrega luego, que el juicio de sucesión de Misael Patiño Escobar está inconcluso, puesto que sólo podía terminar con la partición de los bienes sucesorales, la cual no se realizó; que por ministerio de

la Ley, la herencia se refiere al morir el causante, a todos los que tengan la calidad de herederos del mismo y que por razón de lo antes expuesto, los hijos naturales de Misael Patiño Escobar quedaron excluidos del reparto de los bienes sucesorales correspondientes, por lo cual "esa posesión efectiva de la herencia y la adjudicación de los bienes relictos, inexorablemente se venía abajo, y lógico que también el acto jurídico mediante el cual la viuda de Patiño dispuso de todos los bienes y los transfirió extra-rápidamente a Honorio León Rojas. De tal manera que lo resuelto por el a-quo en ese sentido, está perfectamente ajustado a derecho".

Con apoyo en el artículo 1.325 del Código Civil, el sentenciador expone que "la acción reivindicatoria a que se refiere, no la condiciona a que los herederos presuntos o putativos hayan logrado o no liquidar la comunidad herencial mediante la partición. Si una persona ha adquirido de un heredero presunto o putativo o de todos los herederos, el derecho de dominio de todos los bienes herenciales determinados o mejor dicho, de cosa singular, ese es, precisamente el caso, en que el comprador se le puede llamar tercer adquirente de la cosa singular reivindicable. Al transferir Rosa Escobar de Patiño, mediante la escritura Nro. 300 de 7 de mayo de 1950, de la Notaría Segunda del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, los bienes que recibió como herencia de su hijo, a Honorio León Rojas, se ubicó éste como tercer adquirente. En esta forma se reúnen los requisitos del artículo 1.325 del C. C., en concordancia con el 947, esto es, cuando el demandado León Rojas debe restituir los bienes a la sucesión de Patiño Escobar, en la forma como decretó el Juez del Circuito de Soatá".

Por lo demás, agrega el Tribunal que estando cumplidos los presupuestos procesales, y demostrados los elementos esenciales que configuran la acción reivindicatoria, hizo bien el Juzgado del conocimiento en despachar favorablemente las súplicas de la demanda.

Finalmente, a manera de réplica a las ex-

cepciones perentorias propuestas en sus alegatos por el apoderado de la parte demandada, y para rechazarlas, transcribe una doctrina de la Corte, según la cual "la acción para que se declare la nulidad de un acto o contrato y la acción reivindicatoria de la cosa objeto del contrato, cuando ha pasado a terceros poseedores, puede ejercitarse simultáneamente en la misma demanda. Exigir que la acción reivindicatoria no pueda promoverse sino después de decretada la rescisión del contrato, sería un procedimiento no sólo dispendioso e inútil sino que también puede hacerse nugatorio el derecho del interesado porque la prescripción adquisitiva de la cosa, por parte del tercero, puede consumarse mientras se sigue el juicio sobre nulidad".

El recurso

Dos cargos se formulan contra la sentencia del Tribunal: El primero con base en la causal 2ª, por no estar en consonancia "con uno de los medios de defensa propuestos por el demandado Honorio León Rojas". El segundo, dentro de la órbita de la causal 1ª, que se divide en cuatro capítulos por violaciones de la Ley sustancial.

Primer cargo. Se hace consistir, en síntesis, en que el sentenciador no profirió decisión alguna sobre la excepción perentoria de petición antes de tiempo que se propuso en el alegato de conclusión de la segunda instancia, a nombre del demandado Honorio León Rojas y que "el Honorable Tribunal, en el fallo que acusó, se limitó a confirmar el de primer grado, según se vió anteriormente. Quiere esto decir, en otros términos, que con lo expuesto en el artículo 471 del Código Judicial, dejó de pronunciarse sobre una de las pretensiones oportunamente deducidas por la parte demandada; esa decisión de la parte resolutive de la sentencia concretada únicamente a la confirmación de la sentencia de primera instancia, nada resolvió al respecto. Esta falta de conformidad entre lo pedido o propuesto como medio de defensa y el contenido en la parte resolutive de la sentencia, apreciadas las cosas desde el punto de vista formal simplemente, basta para justificar el cargo".

Por lo demás —agrega el censor— el planteamiento de la excepción fue hecho en forma inobjetable dado que por una parte se la determinó con su nombre y de otra se indicaron los hechos fundamentales de la misma. Tales hechos no son otros que los de haber promovido en este juicio acción reivindicatoria contra el tercer adquirente sin antes haber discutido con la tradente o vendedora, favorecida con el decreto de posesión efectiva y quien, por tanto, pretendió derecho exclusivo a la herencia, el derecho de los actores o demandantes a la misma, por lo menos a una cuota o porción de ella...”

Se considera:

La Corte ha dicho repetidamente que no es procedente la causal 2ª de casación contra un fallo totalmente estimatorio de la demanda, en el cual se despachan favorablemente todas las súplicas formuladas y se desechan íntegramente las excepciones propuestas, o también se absuelve de todos los cargos impetrados por el actor (LXVI, pág. 65, CXV, pág. 47).

“Para que prospere la causal segunda... se requiere no sólo que se haya omitido la decisión en el fallo sobre las excepciones perentorias, sino que es indispensable que esa omisión tenga como consecuencia el que haya dejado de fallarse sobre algunas de las cuestiones que han sido motivo de la controversia judicial... No basta negar simplemente el derecho que afirma el actor; es preciso contraponer y demostrar el hecho impeditivo o extintivo... Si la sentencia desecha implícitamente las excepciones propuestas, no se ve la razón para que hubiera tenido necesidad de dictar en un mismo fallo dos resoluciones en idéntico sentido: primero, desechando las llamadas excepciones del demandado, y segundo, aceptando las peticiones del actor... Por tanto, no se advierte ninguna incongruencia entre la sentencia y las pretensiones oportunamente aducidas por la parte, porque al fallar sobre el fondo del asunto quedaron resueltas las excepciones...” (Cas. Civ. 18 de julio de 1955, LXXX, pág. 710/12).

Además de lo expuesto, que es suficiente para rechazar el cargo, obsérvese que el recurrente afirma haber propuesto la aludida excepción a petición antes de tiempo en el alegato de conclusión presentado en la segunda instancia. Pues bien, el Tribunal, como se dijo al resumir el planteamiento de su acusación, para rechazar las excepciones transcribió una doctrina de la Corte, refiriéndose a las que fueron propuestas “**en los alegatos** del señor apoderado de la parte demandada” (se subraya), y entre ellas esa precisa excepción a que se refiere el recurrente.

De lo expuesto se concluye, sin lugar a la menor duda, que el sentenciador sí tuvo en cuenta todas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada, tanto en la respuesta al libelo como en el alegato de bien probado de la segunda instancia, por lo cual no existe la incongruencia que le atribuye el censor.

Se rechaza el cargo.

Segundo cargo. Con base en la causal primera, el recurrente acusa la sentencia por diversos aspectos así:

A) Violación directa por aplicación indebida de los artículos 6., 1.602 in fine, 1.740 y 1.741 del Código Civil y 950 y 951 del Código Judicial.

Según la censura, la decisión del Tribunal de declarar sin valor jurídico el decreto de posesión efectiva de la herencia, equivale a decretar la nulidad del mismo, con lo cual violó el Tribunal los artículos 1.740 y 6º del Código Civil, y razona así: “El artículo 1.740 del C. C., estatuye precisamente que es nulo todo acto o contrato en que falte alguno de los requisitos que la Ley prescribe para el valor del mismo acto, según su especie y la calidad o estado de las personas, doctrina acorde, por lo demás, con aquella otra del artículo 6º de la misma obra que dice: “en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la Ley si en ella misma no se dispone otra cosa”. Síguese de esto, por modo indefectible, que cuando a un acto

o contrato falta alguno de esos requisitos, carece de valor jurídico, o es nulo, no pudiendo en consecuencia producir efectos previstos en la Ley". Con base en lo expuesto, concluye diciendo que no podía decretarse la nulidad del citado decreto, como lo hizo el Tribunal, si este fue dictado de acuerdo con la Ley.

"Quiere esto decir, en otros términos —arguye el censor— que el fallador de segundo grado, para decretar la nulidad mencionada, tuvo en cuenta un hecho, una situación objetiva no prevista en las normas sustantivas que regulan ese fenómeno en lo que consiste precisamente su indebida aplicación. Su infracción o violación, por ese concepto, es manifiesta. Y a eso se reduce este cargo".

Se considera:

El juicio de sucesión termina con la providencia que declara ejecutoriada la sentencia aprobatoria de la partición, como claramente lo estatuye el artículo 893 del Código Judicial. Aunque sea uno solo el heredero, la partición, que en este caso se contrae a la adjudicación, es indispensable como título del dominio de los bienes que éste adquiere por el modo de la sucesión *mortis causae*.

"Es ilegal creer que cuando hay un solo heredero el decreto de posesión efectiva concluye el juicio y que una vez ejecutoriado aquél, se puede protocolizar el expediente en la respectiva Notaría" (Hernando Morales, Curso de Derecho Procesal Civil, Parte Especial, 5ª Ed. pág. 563).

El decreto de posesión efectiva de la herencia frente a otros herederos que no fueron favorecidos inicialmente con tal decreto, no crea derechos inmodificables, como lo deja ver el artículo 952 del C. J. y por tanto es inoponible a aquéllos. De ahí que la mencionada providencia, exprese en ella o no, se profiera siempre sin perjuicio de terceros, vale decir, que los herederos no incluidos en ella, porque aun no se hayan apersonado en el juicio o porque no hayan sido declarados tales, no van a su-

frir ningún desmedro por el solo hecho de no haber sido cobijados por el decreto en cuestión, puesto que están facultados para solicitar que éste se extienda también a su favor.

De esta suerte, el heredero que hubiere obtenido en su beneficio el decreto de posesión efectiva, no adquiere derechos con exclusión de los demás herederos que posteriormente se presenten en el juicio, por más que la mencionada providencia esté sujeta a todas las ritualidades que son necesarias para proferirla. Este decreto, según el art. 757 del C. C. constituye un justo título para adquirir por usucapión ordinaria el dominio de los bienes que comprende y habilita a los herederos beneficiados con él para enajenar tales bienes, sin necesidad de acudir al procedimiento establecido en el inciso 4º del artículo 967 del Código Judicial.

"El decreto se expide a favor de la herencia —ha dicho la Corte— representada conjuntamente por los herederos; una vez expedido, otro u otros herederos pueden pedir que se extienda a su favor si presentan las pruebas de su calidad; y en todo caso, el excluido o excluidos pueden hacer valer sus derechos en juicio sobre petición de herencia" (LXXI, pág. 625).

Aplicando lo expuesto al caso sub-judice, tiénese que el Tribunal, al confirmar el fallo de primer grado, en cuanto éste declaró "sin valor jurídico legal" el decreto de posesión efectiva de la herencia de Misael Patiño Escobar en favor de la demandada en este juicio, lo que hizo fue puntualizar que dicho decreto era inoponible respecto de los otros herederos del mismo causante que no alcanzaron a pedir que fuera extendido a su favor. Con ello el Tribunal creyó encontrar la forma de que los demás herederos de Misael Patiño pudieran hacer uso del derecho que les otorga el citado artículo 952 del Código Judicial, porque no obstante existir éstos, el mencionado decreto sólo se había expedido en favor de la única heredera hasta entonces reconocida en ese carácter en el juicio de sucesión. Trátase, pues, no de una cuestión de nu-

lidad como equivocadamente la entiende el censor, sino de inoponibilidad, es decir que como ya viene expuesto, la mera circunstancia de haberse dictado el decreto de posesión efectiva a favor de la herencia cuando Rosa era la única heredera que se había apersonado en el juicio de sucesión, ningún demedro podía producir al derecho hereditario de los hijos naturales del causante, demandantes en esta litis, por serles inoponible tal decreto en la forma en que fue proferido.

Por lo tanto, si el Tribunal no decretó la nulidad del decreto varias veces mencionado, como acaba de verse, no quebrantó las normas sustanciales a que se refiere la censura. En efecto, conviene insistir en que el verdadero e indudable alcance de la decisión acusada en cuanto expresó que el citado decreto de posesión efectiva no tiene "valor jurídico legal", fue el de declararlo inoponible respecto de los herederos del causante que promovieron el presente juicio.

En consecuencia, la acusación no prospera.

B) Como segundo capítulo del ataque que se hace en este cargo, dice el censor:

"Al decretar el H. Tribunal, confirmando lo resuelto por el Juez de primera instancia, que el contrato celebrado entre Rosa Escobar vda. de Patiño y Honorio León Rojas al tenor de la escritura Nro. 300, 'no produce efectos contra la sucesión intestada de Misael Patiño Escobar', infringió o violó directamente las normas sustantivas contenidas en los arts. 669, 673, 745, 757, 1.502, 1.602, 1.603, 1.849 y 1.857 del Código Civil, en razón de no haberlas aplicado al caso controvertido o haber prescindido de ellas, estando obligado a hacerlo".

Para fundamentar su acusación arguye el recurrente que mal puede decir la sentencia que el contrato de compra-venta celebrado entre Rosa Escobar de Patiño y Honorio León Rojas, "no produce efectos contra los herederos de Misael Patiño", puesto que en dicho contrato intervino como vendedora quien en ese momento ostenta-

ba la calidad de única heredera del causante y por otra parte, "contó para celebrarlo con un justo título o sea el decreto de posesión efectiva"; que en la negociación hubo consentimiento, objeto y causa lícitos; y, finalmente que "la tradición del respectivo dominio o derecho real de propiedad fundada en este título se llevó a cabo o consumó en la forma prevista por la Ley". Y agrega que "... estando obligada únicamente Rosa Escobar al cumplimiento de ese contrato, en su condición de vendedora, los actores o demandantes en este juicio, que al efecto no pueden colocarse en su lugar, carecen de derecho para impugnarlo, por cualquier causa o motivo... pues sólo a quien es o ha sido parte signataria en una estipulación confiere la Ley la acción en tal sentido". Concluye el censor, con base en lo expuesto, que en el presente caso se configura, "el fenómeno de la ilegitimidad de la personería sustantiva, de que también se habló en instancias, pero que dicho fallador subestimó o no tuvo en cuenta".

Se considera:

El Tribunal entendió con acierto que la acción promovida por la parte actora tenía como fundamento en derecho, entre otros, el artículo 1.325 del C. C., que faculta al heredero para ejercer la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por éstos. Ese fue el precepto legal que aplicó al caso sub-lite y al que lógica y jurídicamente tenía pertinencia en relación con la causa petendi expuesta en la demanda.

Para que la falta de aplicación de una norma sustancial constituya un quebranto de la misma y por consiguiente un motivo de casación dentro de la órbita de la causal primera, es requisito indispensable que dicha norma sea pertinente, es decir, que esté destinada a regular jurídicamente la situación concreta objeto del debate judicial. Los preceptos que la censura estima violados en el caso sub-judice, no eran aplicables para el pronunciamiento que hizo el sentenciador, ya que la censura ha debido formular su acusación por la indebi-

da aplicación de tal precepto, en lugar de hacerlo alegando el quebranto de las normas que menciona en el cargo por falta de aplicación de los mismos.

La sentencia objeto del recurso extraordinario se limitó a tutelar jurídicamente el derecho de los demandantes, en su carácter de herederos de Misael, a quienes no obstante esa calidad judicialmente reconocida con fuerza de cosa juzgada no se les ha adjudicado parte alguna de los bienes que tenía su causante al tiempo de su muerte, porque el juicio de sucesión está inconcluso, como se dijo, ya que aún no se ha hecho la partición.

Ya se dijo que el Tribunal no anuló el contrato de compra-venta que celebraron los demandados en el juicio muy poco después de proferido a favor de la demandada Rosa el decreto de posesión efectiva de la herencia. Se limitó a confirmar el fallo del sentenciador de primer grado que en lo pertinente declaró que el supradicho contrato "no produce efectos legales contra la sucesión intestada de Misael Patiño Escobar", lo cual es cierto, porque la herencia no le pertenecía íntegramente a la heredera vendedora, sino sólo una cuota de la misma, ya que había otros herederos que no intervinieron en la venta de los bienes sucesorales. En estas condiciones, se repite, no eran pertinentes los textos legales que señaló la demanda y no siéndolo, su falta de aplicación no puede conducir a casar la sentencia impugnada.

La cuestión se reduce a que Rosa Escobar de Patiño no era dueña de los bienes hereditarios que vendió a Honorio León Rojas, y por no ser ciertamente única heredera, el decreto de posesión efectiva no le confería el derecho para hacer tradición de ellos como si tal decreto constituyera para ella un verdadero título de dominio, sino simplemente de posesión, como su mismo nombre lo indica.

Más aún: en la hipótesis de que el juicio de sucesión de Misael hubiera llegado hasta la partición de los bienes hereditarios y su consiguiente adjudicación a Rosa, sin

la intervención de los hijos naturales del causante, y que dicha adjudicación los hubiera vendido a un tercero, en todo o en parte, no por ello los otros herederos habrían perdido los derechos consagrados en los artículos 1.321 a 1.326 del Código Civil, no por falta de validez de la venta, sino porque ésta les era inoponible.

Por consiguiente, tampoco prospera esta acusación.

C) Dice el recurrente que al haberse condenado a Honorio León Rojas a restituir a la sucesión de Misael Patiño Escobar los bienes que aquél compró a Rosa Escobar de Patiño, el Tribunal violó "directamente los arts. 779, 1.401, 1.321 y 1.325 del Código Civil, los tres primeros por falta de apreciación (sic) y el cuarto por errónea interpretación.

Sustenta su ataque arguyendo que la acción reivindicatoria de que trata el artículo 1.325 del Código Civil, presupone necesariamente haber promovido antes la de petición de herencia que consagra el artículo 1.321 ibidem y que por tanto, el Tribunal interpretó equivocadamente la norma legal de que trata el citado artículo 1.325, "pues entendió que el heredero puede ejercitar la acción en ella consagrada en forma absoluta e incondicional, sólo porque otro heredero, presunto o real, haya enajenado un bien de la sucesión, cuando su sentido es otro, es decir, que tal acción corresponde únicamente al verdadero heredero cuando el inmueble o los inmuebles hayan pasado a terceros a virtud de enajenaciones hechas por el putativo y siempre que antes de ello discuta con éste su propia calidad de heredero. Por eso mismo dejó de aplicar, estando obligado a ello, el artículo 1.321 del Código Civil, que consagra la acción de petición de herencia, como requisito previo indispensable para poder instaurar aquella otra".

A juicio del censor, el Tribunal violó también el artículo 401 del Código Civil. "que guarda armonía con el 779, por falta de apreciación (sic), dado que si se considera... a Rosa Escobar heredera verdadera

de Misael Patiño, a título de madre legítima del mismo, sin que de su parte hubiera habido intención de ocupar o de apropiarse de la herencia correspondiente a los hijos naturales... y de que, por lo tanto, no proceden las acciones de los arts. 1.321 y 1.325, ha de aceptarse necesariamente que la venta que hizo a Honorio León Rojas, una vez obtenido a su favor el decreto de posesión efectiva, no puede calificarse como de cosa ajena, y por ende, tampoco pueden perseguirse en reivindicación los bienes objeto de la misma, sino hasta cuando se sepa que le son adjudicados en la partición correspondiente, cosa hasta ahora no realizada".

Se tiene en cuenta:

No es cierto, como lo pretende el censor, que las acciones de petición de herencia y la reivindicatoria de que trata el Capítulo IV, Título 7º, Libro III del Código Civil deben promoverse siempre acumuladamente, puesto que el artículo 1.325 ibidem dice que "el heredero podrá también hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables que haya pasado a terceros y que no hayan sido prescritas por ellos".

La Corte ha dicho al respecto que la acción de petición de herencia "es mixta en cuanto tiene también a buscar la restitución de los bienes hereditarios, hasta concurrencia de la cuota que le corresponda al actor" (Cas. Civ. abril 1962, XCVIII, pág. 358), y que "puede proponerse en forma acumulada con la de reivindicación (Cas. Civ. 10 de septiembre de 1958, LXXXIX, pág. 61), por aplicación del principio de la economía procesal".

La diferencia entre estas dos acciones fue puntualizada en casación civil del 28 de septiembre de 1936, así:

"Todos los derechos reales pueden reivindicarse, excepto el de herencia. Ese tiene su modo legal de ejercicio bajo el nombre de petición de herencia. Es la acción que corresponde a quien por Ley o testamento pertenece una herencia ocupada por

otro en calidad de heredero, para que le sea adjudicada y se le restituyan las cosas hereditarias. La acción reivindicatoria se distingue de la de petición de herencia por razones de origen, objeto, partes, controversia y pruebas, así: 1) La reivindicatoria se origina del derecho real de dominio; la de petición de herencia se origina del derecho real de herencia; 2) La reivindicatoria tiene por objeto una cosa singular, esto es, particular, determinada y cierta; la de petición de herencia tiene por objeto una cosa universal con universalidad de derecho, no de hecho (Hay universalidad de hecho, como un rebaño, una biblioteca, que pueden reivindicarse); 3) La reivindicatoria corresponde al verdadero dueño contra el que posee una cosa singular que no es suya; la de petición de herencia corresponde al legítimo heredero contra el que ocupa indebidamente una herencia diciéndose heredero; 4) La reivindicatoria da origen a un juicio en que se discute la calidad de dueño; la de petición da origen a un juicio en que se discute la calidad de heredero; y 5) La reivindicatoria impone al actor la carga de probar el derecho de propiedad que invoca; la de petición impone al actor la carga de probar su calidad de heredero" (XLIV, pág. 156).

Los demandante en este juicio comenzaron por promover contra Rosa Escobar de Patiño, en otro anterior, las acciones de filiación natural y petición de herencia, y ya triunfantes en este último, en su calidad indiscutible de herederos del causante, reivindicaron ahora de Honorio León Rojas para la sucesión de Misael Patiño Escobar los bienes que fueron enajenados por Rosa. En consecuencia, no era necesario que ahora se intentara nuevamente la acción de petición de herencia, como quiere el censor y por tanto, el Tribunal no quebrantó los preceptos mencionados en el cargo que se despacha.

A una situación análoga se refirió la Corte así:

"Los herederos antes de la partición y adjudicación de la herencia pueden reivindicar bienes pertenecientes a la masa he-

rencial que se encuentren poseídos por terceros. En este caso el heredero demandante en juicio de reivindicación debe reivindicar para la comunidad hereditaria, es decir, para todos los herederos, pues aún no es dueño exclusivo de ninguna de las propiedades que pertenecían al causante. No puede reivindicar para sí, pues sólo con la partición y adjudicación adquiere un derecho exclusivo sobre los bienes que se le adjudican" (Cas. Civ. febrero 20 de 1958 Nros. 272/93, págs. 78 y 77).

Finalmente, cabe advertir que el art. 1.401 del C. Civil no era pertinente en el caso **sub-judice**, ni fue aplicado por el Tribunal, porque dicha norma se refiere precisamente a los efectos de la partición de los bienes sucesorales y a la consiguiente adjudicación de éstos a los asignatarios respectivos. Al estudiar los cargos anteriores se vió cómo en el juicio de Misael no se hizo la partición y cómo la entonces única heredera, una vez obtenido a su favor el decreto de posesión efectiva, se apresuró a vender todos los bienes hereditarios y a protocolizar el expediente. No pudo, pues, infringirse por indebida aplicación, una norma que no fue aplicada por el sentenciador, ni tenía por qué serlo. El cargo no prospera.

D) Se acusa la sentencia por violación indirecta de los artículos 946, 947 y 949 del Código Civil, a consecuencia de errores de derecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de las pruebas testimonial y de peritos, en virtud de los cuales fueron quebrantados los artículos 690, 693, 697 y 722 del Código Judicial.

El censor estima que en el caso **sub-judice**, no están debidamente individualizados los bienes objeto de la reivindicación, ni probada en forma plena la posesión de los mismos por parte del demandado Honorio León Rojas; estima también, que ello se debió a errores de derecho cometidos por el Tribunal en la valoración de las pruebas antedichas; y que tales errores no fueron de hecho, por cuanto el sentenciador sí tuvo en cuenta, aunque ponderó mal, los elementos de juicio mencionados. Esa mala

ponderación la hace consistir en lo siguiente: 1º) Que de las tres declaraciones extrajuicio anexas a la demanda, sólo una fue ratificada dentro del término probatorio; 2º) Que los tres declarantes cuyos testimonios se solicitaron dentro del juicio, no fueron sometidos coetáneamente con la declaración al contrainterrogatorio presentado por la parte demandada; y 3º) Que no obstante esas irregularidades, el Tribunal le atribuyó valor probatorio a esos testimonios, "acogiéndolos como fundamento para sostener que está demostrado en autos tanto la posesión del demandado sobre la mitad de la finca "El Aljibe" y "La Loma", como la identidad entre el objeto de esa posesión y lo que se trata de reivindicar".

A renglón seguido agrega el censor que "de los elementos probatorios aducidos por la parte demandante en relación con dichos extremos solamente quedan exentos del reparo o glosa que acabo de hacer al testimonio (ratificado) de Jesús Sandoval... y las nuevas declaraciones que se recibieron, proponiendo ya el contrainterrogatorio, a Luis Rojas Avila... y Carlos Julio Sandoval Escobar".

Continuando su censura, dice que se observa una contradicción entre los testimonios aducidos por la parte actora y los que presentó la parte demandada, ya que Honorio León Rojas se le ha demandado como coposeedor y los declarantes se refieren concretamente a una porción de la finca que éste posee en forma independiente; que se ignora si dicha porción corresponde a la mitad o a la tercera parte del total; que la exposición de los testigos es contradictoria con el dictamen pericial en cuanto a los aspectos indicados; que por consiguiente, el Tribunal violó el artículo 722 del Código Judicial al no darle prevalencia a sus conclusiones enfrente de la prueba testimonial; y que, por tanto, ese extremo de la acción reivindicatoria no está probado, porque el demandado Honorio León Rojas "no es poseedor de la mitad considerada ésta como cuota o cuerpo cierto de la finca denominada "El Aljibe" y "La Loma".

Se considera:

La Corte ha dicho repetidamente que no puede prosperar un cargo en casación, consistente en que hubo apreciación errónea de tan sólo algunas de las pruebas que sirvieron de soporte a la sentencia acusada (LXXXVIII, pág. 596 - XCVIII, pág. 10 - CXV, pág. 60). En el presente caso, el Tribunal halló probada la identidad entre los bienes objeto de la reivindicación y aquellos que posee el demandado, no solamente fundado en los elementos de convicción que ataca el censor, sino especialmente en la diligencia de inspección ocular que no ha sido objeto de reparo alguno.

El mismo recurrente afirma que tres de las declaraciones aducidas por la parte actora sí se sujetaron al contrainterrogatorio, o sea, que están libres del reparo señalado en la demanda. El Tribunal, al ponderar esos testimonios, luego de enfrentarlos a los que adujo la parte demandada, dice "... las exposiciones tomadas a los testigos presentados por la parte demandante, son explícitos, fundamentales y circunstanciales y conllevan el valor de plena prueba de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 702 del Código Judicial".

El cargo por error de derecho no procede, porque la ponderación de las declaraciones aducidas por las partes y la plena convicción que de ella obtuvo el sentenciador, se basó en el artículo 702 del Código Judicial, es decir, conforme a los principios de la sana crítica y haciendo uso de su discreta autonomía para valorar esa prueba. Por otra parte dicho artículo fue incluido en la censura como ha podido serlo en lugar de los artículos 693 y 697 ibidem, las únicas normas de derecho proba-

torio que el recurrente señala como violadas.

En estas condiciones, la posesión del demandado y la identidad de la cosa poseída con la que es objeto de la reivindicación, tienen su soporte probatorio en la valoración conjunta de la diligencia de inspección ocular, que como ya se dijo no ha sido atacada en casación, y de los tres testimonios que adujo la parte actora y que quedaron libres del reparo que a los restantes se les hace en la demanda, amén de que el ataque contra éstos, como acaba de verse, no sólo estuvo mal formulado sino que es improcedente.

Lo expuesto es suficiente para concluir que el cargo no prospera.

En consecuencia, 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 7 de junio de 1966, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Soatá.

Condénase en costas a la parte recurrente.

(Esta sentencia fue discutida y aprobada por la Sala como consta en Acta Nro. 112).

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

Ernesto Cediel Angel, Ernesto Blanco Cabrera, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández, Alfonso Peláez Ocampo, José María Esguerra Samper.

Heriberto Caycedo M., Secretario.



NULIDAD DE LA VENTA

Hecha por el mandatario y después del fallecimiento del mandante.
Los Arts. 1012 y 1947 del C. C. no constituyen normas sustanciales sino instrumentales.
El Artículo 1740 del C. C. no forma por sí sólo proposición jurídica completa.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Peláez Ocampo).

(Aprobado: Acta N° 116 de diciembre 11 de 1970).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Yolombó el 9 de febrero de 1968 en el Juicio Ordinario de María Noelia Monsalve de García y Celsa Julia Monsalve contra Domingo Monsalve Muñoz.

EL LITIGIO

Ante el Juez Promiscuo Municipal de Cisneros (Antioquia), María Noelia Monsalve de García y Celsa Julia Monsalve demandaron a Domingo Monsalve Muñoz, para que, previo el trámite de un juicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran estas declaraciones principales:

"1ª. Que es nula, de nulidad absoluta, la negociación contenida en la escritura pública número dos mil seiscientos sesenta y siete (2.667) de trece (13) de julio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), de la Notaría Segunda de Medellín, registrada en la Oficina de Registro del Circuito de Santo Domingo el veinticinco (25) de los mismos mes y año, en el libro segundo (2º) tomo quinto (5º) folio. ciento setenta y ocho (178), bajo la partida número setenta (70), por haberse extendido y firmado con pos-

terioridad a la muerte del poderdante Rafael Monsalve Osorio, o sea que ya el poder conferido al efecto al señor Octavio Balvín había expirado.

"2ª. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Santo Domingo que cancele el registro de dicho instrumento.

"3ª. Que los bienes transmitidos por el instrumento que se viene hablando, se incorporan al patrimonio de las sucesiones de Enriqueta Muñoz de Monsalve y Rafael Monsalve Osorio, en beneficio de todos los herederos, de acuerdo con las disposiciones testamentarias y las normas legales.

"4ª. Que si el demandado se opone a la acción o la contradice, se le condene al pago de las costas del juicio y honorarios de abogado".

En subsidio pidieron:

"a) Que se declare la rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 2.667, de 13 de julio de 1964, de la Notaría Segunda de Medellín, registrada el 25 de los mismos en el Libro 2º, tomo 5º, folio 178, N° 70, por cuanto el precio pactado fue muy inferior a la mitad del precio justo que los bienes transmitidos tenían a la fecha de la citada escritura.

"b) Que se ordene a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Santo Domingo la cancelación del registro de la citada escritura.

"c) Que por quedar las cosas al estado anterior a la negociación contenida en la misma escritura, como si la compraventa no se hubiera ejecutado, se incorporen los bienes de que trata el citado instrumento al activo patrimonial de las sucesiones de Enriqueta Muñoz de Monsalve y Rafael Monsalve Osorio para ser distribuidos entre todos los herederos, de acuerdo con la ley o las disposiciones testamentarias.

"d) Que si el demandado se opone a la acción o la contradice, se le condene al pago de las costas del juicio y honorarios de abogado".

Como causa petendi afirmaron las demandantes:

Que Rafael Monsalve Osorio, su padre legítimo, falleció en Santo Domingo (Antioquia) el 13 de julio de 1964, a las diez y media de la mañana;

Que por escritura pública número 2.667 de julio 13 de 1964, de la Notaría 2ª del Circuito de Medellín, Octavio Salvín Balvín, en su condición de apoderado especial de Rafael Monsalve Osorio, dijo vender a Domingo Monsalve M., lo siguiente: "a) Las acciones y derechos que como hijos legítimos de la finada Enriqueta Muñoz, corresponda o pueda corresponder a Luis E., Octavio, María Helena, Celsa Julia, Noelia, Francisco y Bernardo Monsalve M., de los cuales es subrogatario el poderdante; b) Los derechos hereditarios que le correspondan o pueda corresponder en la sucesión de Enriqueta Muñoz, por concepto de porción conyugal, gananciales, etc."

Que la escritura pública número 2.667 que se inscribió en la Oficina de Registro del Circuito de Santo Domingo, el 25 de julio de 1964, "se confeccionó después de las dos de la tarde (2 p.m.) y fue firmada por los otorgantes a las cinco de la tarde (5 p.m.) del día 13 de julio de 1964, cuando ya había fallecido el poderdante Rafael Monsalve Osorio".

Que "la boleta de Rentas Departamenta-

les que lleva el número 310967, por valor de \$ 400.00, fue expedida el 14 de julio de 1964, o sea al día siguiente de la muerte del vendedor".

Que "cuando se firmó el poder que Rafael Monsalve confirió a Octavio Balvín para efectos de la escritura relacionada, el poderdante se encontraba preagónico, en la casa de habitación de... Noelia Monsalve de García, resultando que dicho poder no le fue leído al señor Rafael Monsalve", quien estaba imposibilitado para firmar y fue ayudado por Domingo Monsalve Muñoz.

Que "el poder, según se desprende de la copia transcrita en la escritura referenciada, se otorgó el 11 de julio de 1964, dos días antes de la muerte del poderdante, y como el Notario Segundo de Santo Domingo se negara a extender la escritura correspondiente por presunción de donación en perjuicio de los herederos y sin el pago de los impuestos de rigor, en la madrugada del 13 de julio del mismo año el señor Octavio Balvín, apoderado, viajó a la ciudad de Medellín para extender y firmar la escritura".

Que "a las diez y media de la mañana del 13 de julio de 1964, cuando acababa de fallecer el señor Rafael Monsalve Osorio, el interesado Domingo Monsalve Muñoz ordenó perentoriamente a su hija Margarita que corriera a llamar telefónicamente al Dr. Cenón Sierra, a Medellín, y le comunicara que Don Rafael había muerto que viera "qué se iba a hacer", refiriéndose a la escritura que habría de legalizarse".

Que "a la hora de la muerte del señor Rafael Monsalve y de la llamada telefónica... la escritura atrás determinada no se había otorgado y fue así cuando a las dos de la tarde del mismo día se inició la confección de dicho instrumento que solamente se firmó a las cinco de la tarde, interviniendo como vocero oficioso del comprador Domingo Monsalve, el Dr. Cenón Sierra, quien a la vez era con anterioridad a esa fecha el abogado del causante Rafael Monsalve".

Que “los bienes sucesorales de la señora Enriqueta Muñoz de Monsalve, tienen un valor superior a trescientos mil pesos (\$ 300.000.00) moneda legal colombiana y los derechos transmitidos... equivalen a la mitad y seis séptimas partes que corresponden a los herederos, quedando por fuera solamente una séptima de mitad que pertenecía al señor Domingo Monsalve como heredero de la misma sucesión. Ello quiere decir que de catorce partes (mitad del causante y mitad de los herederos) se vendieron trece catorceavas (13) por la mediocre suma de cuarenta mil pesos (\$ 40.000.00) M. L., lo que representa lesión enorme en contra de los herederos afectados”.

Domingo Monsalve Muñoz recorrió el traslado de la demanda aceptando algunos hechos, negando otros, proponiendo excepciones y oponiéndose al petitum. El Juez, clausurado el trámite de la primera instancia, profirió la sentencia de febrero 28 de 1967, cuya parte resolutive es del tenor siguiente:

“1º. Se declaran no probadas las excepciones propuestas.

“2º. Se decreta la nulidad de la escritura de venta de que se hace alusión en la demanda y en la parte motiva de esta providencia..

“3º. En consecuencia de la declaración anterior, ofíciase al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Santo Domingo, a fin de que cancele el registro de dicho instrumento.

“4º. Igualmente, los bienes de que trata la escritura en mención, deben pasar a las sucesiones respectivas, en beneficio de todos los herederos, de acuerdo con las disposiciones testamentarias.

“5º. Se condena en costas al demandado.

“6º. No se hacen las demás declaraciones de la demanda”.

LA SENTENCIA ACUSADA

El demandado apeló del fallo de primer grado y tramitada la segunda instancia, el Tribunal Superior de Yolombó profirió la sentencia de febrero 9 de 1968, cuya parte resolutive es del tenor siguiente:

“Derógase la sentencia recurrida en lo que dice relación a los numerales 2º, 3º, 4º y 5º, de la parte resolutive de la misma y en su lugar absuelve al demandado de los cargos formulados en el libelo demandatorio. Se confirma en lo demás”.

Contra esta sentencia la parte demandante interpuso el recurso extraordinario de casación.

El Tribunal estudia las súplicas principales, y subsidiarios y desestima ambas. Esta decisión, respecto de las principales, la funda en dos razones:

1ª. Se lee en la sentencia impugnada: “... se persigue la declaración de nulidad de la escritura número 2.667 de 13 de julio de 1964, pasada ante el Notario Segundo de Medellín, por considerar que cuando Rafael Monsalve le otorgó poder a Octavio Balvín Balvín, para que en su nombre formalizara el contrato de venta de unos derechos hereditarios, se encontraba en estado preagónico y por virtud de ello ni siquiera pudo leer el mandato que confería a su mandatario”.

El sentenciador es de concepto que no obstante el precario estado de salud de Rafael Monsalve “cuando el poder fue autenticado, pudo darse cuenta exacta de los términos en que él estaba concebido, pues el mismo funcionario a quien correspondió la autenticación declara que no obstante que el poderdante no habló una sola palabra durante el acto, sí hizo signos afirmativos cuando se le advirtió que se trataba del poder y que debía firmarlo”. Se refiere al consentimiento como expresión de la voluntad y del ánimo de obligarse y dice que “ninguna prueba induce a creer que el poderdante estuviera incapacitado mentalmente para el otorgamiento del po-

der, ya que el dicho de Saldarriaga a este respecto es una simple deducción por el hecho de no haber hablado el poderdante mientras estuvo en su presencia, cosa que se explica por el estado avanzado de la enfermedad del paciente, estado que en forma alguna supone fatalmente la incapacidad del consentimiento o siquiera la merma de las facultades mentales" y concluye expresando que "no encontrándose establecido que el poderdante se hallaba cobijado por alguna de las incapacidades establecidas por la ley, debe seguirse el principio general del artículo 1.503 del C. C. y considerarse legalmente capaz".

2ª. Dice el sentenciador que en la demanda se afirma "que cuando el señor Balvín, mandatario de Rafael Monsalve, confeccionó el instrumento, ya tenía conocimiento de la muerte de éste". "Ciertamente —agrega— según el artículo 2.194 del C. C., luego que el mandatario sabe por cualquier medio la muerte del mandante, cesa en sus funciones, esto es, no puede seguir representando a quien ya no existe, en el negocio que se le había confiado. Domingo Monsalve —continúa— al responder la pregunta séptima del cuadro de posiciones confiesa que sí ordenó a su hija Margarita, inmediatamente después del fallecimiento de Rafael Monsalve, que avisara al Doctor Cenón Sierra a la ciudad de Medellín y le informara que su padre acababa de morir", pero que no existe prueba en el expediente sobre la certeza de este aviso, ni el conocimiento que se hubiera dado al Dr. Sierra sobre la defunción de Monsalve. "El señor Octavio Balvín B., en su declaración —dice el sentenciador—, niega que hubiera sabido la muerte de don Rafael antes de haberse otorgado la escritura, pues que de ello tuvo noticia... después de las cinco de la tarde...; que es errónea la deducción del a-quo, cuando afirma que al tener conocimiento el Doctor Sierra del fallecimiento de don Rafael por la llamada telefónica que le hicieron a Santo Domingo, puso en conocimiento este hecho al mandatario...; que ninguna prueba existe pues dentro del proceso que induzca a creer que el Dr. Sierra hubiera sido sabedor de la muerte del poderdante".

Admite el sentenciador "que la aceptación de la escritura hecha por el Dr. Sierra, con fundamento en lo establecido por el artículo 1.506 del C. C., perfeccionó el contrato de venta". Luego se extiende sobre la estipulación para otro, con el concurso de tres personas: el prometiende, el estipulante y el beneficiario y concluye "que el contrato que contiene la escritura cuya nulidad se pide, tiene plena vigencia ya que no se demostró que su celebración hubiera sido interferida por ningún vicio de consentimiento ni se haya actuado, con respecto a las personas que en él intervinieron, con dolo o mala fe".

Igualmente, el sentenciador se refiere a las súplicas subsidiarias, y su desestimación la funda en dos razones:

1ª. Estas súplicas se relacionan con la acción rescisoria por lesión enorme del contrato de compraventa comprendido en la escritura pública N° 2.667, de la fecha y lugar citado, "por cuanto el precio pactado fue muy inferior a la mitad del justo precio que tenían los bienes transmitidos a la fecha de la citada escritura", bienes que consisten en los derechos y acciones que puedan corresponder a Luis E., Octavio, Celsa Julia, Noelia, Francisco y Bernardo Monsalve, de los cuales el vendedor es subrogatorio en la sucesión de Enriqueta Muñoz, y también de los derechos por gananciales, porción conyugal, etc., del mismo vendedor y en la misma sucesión, compraventa a la cual se le fijó un precio de \$ 40.000.00.

Es de concepto del sentenciador que el Código Civil, en materia de contratos, consagra la libertad jurídica, que por ello no dispone "que sea causal de nulidad de las convenciones la lesión que una de las partes sufra al contratar y que de manera excepcional se conceden acciones por ese motivo" en la partición de bienes, en la compraventa, en tratándose de deducir intereses y en la aceptación de la herencia. Agrega que "las únicas ventas que pueden ser objeto de rescisión por lesión enorme son las concernientes a inmuebles, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 32 de la

Ley 57 de 1887, que subrogó el artículo 1.949 del C. C., que hacía extensible la rescisión a toda clase de bienes, muebles e inmuebles, con excepción de las ventas hechas por ministerio de la justicia, escapando también a las reglas los contratos aleatorios". Justifica la acción rescisoria por lesión enorme en el contrato de compraventa y en general, en los bilaterales y conmutativos "para lograr el restablecimiento del equilibrio violado y poner coto al agravio inferido, dentro de las limitaciones de la ley". "En un principio —dice el sentenciador— fue doctrina reiterada de la jurisprudencia que la lesión enorme no cabía en la venta de derechos hereditarios por tratarse de contratos aleatorios, extendiéndose sobre la naturaleza de este contrato y agrega que en el "Código Civil, ninguna disposición existe que rechace o excluya la lesión enorme en los contratos definidos en él como aleatorios, pero que la tendencia moderna es la de extenderla a éstos a condición de que el álea sea simplemente aparente y que la lesión emerja debidamente estructurada. En el caso específico de la venta de derechos hereditarios sin vinculación definida a determinados bienes, hay casos en que ella tenga carácter conmutativo, existiendo así la lesión enorme si los derechos cedidos valieron al tiempo del contrato de ser celebrado más de la mitad del justo precio, siendo esta cuestión de hecho que debe apreciar el fallador en cada caso. Por ello, no es dable afirmar de manera absoluta que la venta de derechos hereditarios sea siempre de carácter aleatorio. Así, cuando al celebrarse la cesión se conoce de manera cierta el número y calidad de herederos y la cuantía del activo y del pasivo de la sucesión, la prestación en este caso no depende de un acontecimiento incierto que haga imposible la apreciación de su valor. Tal sucede, comúnmente cuando la venta o la cesión de los derechos se lleva a efecto después de efectuados los inventarios y avalúos, que es justamente cuando se conocen los bienes que integran el haber de la mortuoria".

Aplicando los anteriores conceptos al caso sub-lite, el sentenciador expresa que, al

parecer, la venta de los derechos hereditarios a que se refiere la escritura pública número 2.667, se hizo con posterioridad a la diligencia de inventarios y avalúos de la sucesión de Enriqueta Muñoz, pero que "tal diligencia brilla por su ausencia", circunstancia ésta que lo imposibilita para "determinar el número y valor de los bienes inmuebles y los cargos o dudas sucesorales para así deducir el alcance de la lesión".

2ª. "Como argumento final en beneficio de la parte demandada —dice el sentenciador— es de advertir que la negociación demandada, que anheló gestar una compraventa de derechos hereditarios, no pudo concretarse, miradas las cosas con estricta lógica jurídica, a la enajenación de los aludidos derechos, toda vez que al tiempo de su formalización el juicio sucesoral correspondiente ya había culminado mediante la aprobación del respectivo trabajo partitivo y merced a tal situación los derechos se habían convertido en bienes determinados. Así, pues, se dijo vender lo que en realidad no existía en el patrimonio del vendedor. Por ende, la operación comentada careció en verdad, de efectos consiguientes, dado que no se podría entender que los haberes adquiridos en virtud de la partición fueron vinculados a tal negocio que, en sentir de esta Sala, es inócuo y sin consecuencias patrimoniales".

EL RECURSO DE CASACION

Contra la sentencia del Tribunal recurrió en casación la parte demandante y la acusa "de ser violatoria de disposiciones de carácter civil y de interpretación errónea de normas legales". Cuatro cargos formula el recurrente contra la dicha sentencia, todos dentro de la órbita de la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, y como respecto de tres de ellos se advierte un elemento común, la Corte los agrupa para despacharlos en conjunto.

Primer cargo. "Violación por interpretación errónea del artículo 2.189 del Código Civil Colombiano".

El censor, en desarrollo del cargo, trans-

cribe un concepto de la sentencia acusada, según el cual "ninguna prueba existe pues dentro del proceso que induzca a creer que el Dr. Sierra hubiera sido sabedor de la muerte del poderdante, luego debe descartarse la proposición vertida por el fallador de instancia refiriéndose a que es improcedente la aplicación del artículo 2.189 del C. Civil, cuando ordena que el mandato termina... 5°. Por la muerte del mandatarario". Transcribe, igualmente, de la sentencia que "el mismo H. Tribunal Superior de Yolombó está afirmando que Domingo Monsalve al responder la pregunta séptima del cuadro de posiciones confiesa que sí ordenó a su hija Margarita, inmediatamente después del fallecimiento de Rafael Monsalve (10½ a.m.) del 13 de julio de 1964, que avisara al Dr. Cenón Sierra telefónicamente a la ciudad de Medellín y le informara que su padre acababa de morir".

Afirma también el censor que la confesión prealudida "está dando la prueba necesaria para declarar nula la escritura, por que siendo que el mandato termina con la muerte del mandante", el poder otorgado a Octavio Balvín terminó a la hora del día mencionado antes, y que como la escritura N° 2.667 se firmó más tarde "es lógico que se había operado la nulidad del instrumento". Asevera, igualmente, que si el agente oficioso no tuvo conocimiento de la muerte de Rafael Monsalve, de ella sí se enteró José Domingo Monsalve, en cuyo nombre firmó el Dr. Cenón Sierra, lo que se colige de haber ordenado a su hija Margarita que informara telefónicamente a éste.

Segundo cargo. "Violación por interpretación errónea, del artículo 1.012 del Código Civil".

Dispone este artículo que "la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio, salvo casos expresamente exceptuados". Según el recurrente, el sentenciador de segunda instancia omitió su aplicación y "lo violó flagrantemente", al conceptuar que los señores Balvín y Dr. Cenón Sierra, cuan-

do otorgaron el "instrumento impugnado, obraron correctamente", que como Rafael Monsalve Osorio falleció a las 10½ de la mañana el día 13 de julio de 1964, "como lo confiesa el mismo demandado, es lo consecuente determinar que a esa hora comenzó la sucesión y los bienes que fueron materia de la compraventa dejaban de ser del causante para pasar a poder de sus herederos", y que como la enajenación fue posterior "a la vigencia del poder", la "venta es nula de nulidad absoluta".

Cuarto cargo. "Violación, por interpretación errónea del artículo 1.947 del Código Civil".

Este artículo que el censor dice fue violado por el sentenciador de segunda instancia, define la lesión enorme en el contrato de compraventa.

El impugnante estructura este cargo, afirmando que "la escritura cuya nulidad se pretende está pregonando claramente que el precio pactado fue la suma de \$ 40.000.00 y los dictámenes y certificados de Catastro que obran en autos sobre los bienes sucesorales que radican en cabeza del causante Rafael Monsalve Osorio y que deben incluirse en la sucesión de Enriqueta Muñoz, dentro de la cual se solicitó la práctica de inventario adicional para vincular esos bienes, pregonan claramente que los bienes sucesorales tienen un valor de \$ 1.123.600.00", y agrega el censor que habida consideración de que la venta incluye los gananciales del cónyuge Monsalve Osorio y el derecho de seis herederos, el contrato tiene un valor superior a un millón de pesos.

Transcribe el censor un aparte de la sentencia, conforme al cual "es imposible determinar con exactitud el número de los muebles que integran el acervo sucesoral y por ello el valor o precio de los mismos", "pasando por encima de la relación de bienes —agrega— que acusan los certificados catastrales, sus valores y los mismos dictámenes periciales que no fueron objetados y que elocuentemente tratan sobre el valor justo de tales bienes".

Este cargo lo termina el censor diciendo que "la prueba testimonial y documental que obra en autos, lo mismo que la confesión del demandado, analizándola con ánimo desprevenido, justo y severo, lleva a la conclusión que la sentencia impugnada es violatoria de la ley y cercenadora de los derechos de mis mandantes" y que es justa la providencia del señor Juez Promiscuo Municipal de Cisneros.

La Corte considera:

Los cargos expuestos precedentemente no se ajustan a la técnica del recurso de casación.

En efecto, la primera censura, relativa a la interpretación errónea del artículo 2.189 del Código Civil, no consulta la preceptiva del recurso por dos razones: a) porque no se expresa el sentido o alcance erróneo que el Tribunal pudo darle a la norma citada, a juicio del recurrente, ni tampoco expone la inteligencia que el mismo precepto puede tener, en opinión del mismo censor, y b) porque, según el contexto o términos del cargo, la supuesta interpretación errónea se apoya en que el Tribunal no vió o no tuvo en cuenta unas pruebas demostrativas de que Rafael Monsalve Osorio había fallecido antes de otorgarse la escritura pública número 2.667, de julio 13 de 1964, de la Notaría Segunda de Medellín, y de que el apoderado Octavio Balvín Balvín tuvo conocimiento de este hecho.

La interpretación errónea, tiene lugar cuando siendo la norma sustancial supuestamente violada la adecuada o pertinente al caso de la controversia, se la ha entendido equivocadamente y así se la ha aplicado, o en otros términos cuando el Tribunal la ha entendido en una forma que no corresponde a su genuino espíritu. Pero esta interpretación errónea, como la Corte lo ha expuesto, no puede producirse por vía indirecta sino directa, o sea, sin consideración a los hechos estructurales de la situación sub-lite y a las pruebas de los mismos, deficiencia técnica ésta en la cual incurre la censura cuando afirma que la equivoca-

da inteligencia de la norma sustancial se produjo por no haber visto o tenido en cuenta el Tribunal unos medios de prueba.

Estos reparos a la formulación del cargo son suficientes para desestimarlos.

En relación con los cargos segundo y cuarto, consistentes en la violación de los artículos 1.012 y 1.947 del Código Civil, respectivamente, observa la Corte que éstos no constituyen normas sustanciales sino instrumentales, razón por la cual resulta impertinente el motivo primero de casación que parece ser el invocado en la censura que se despacha.

Este recurso extraordinario tiene como fin principal el de unificar la jurisprudencia nacional y como fin secundario el de corregir "los agravios inferidos a las partes", pero solamente tiene lugar cuando se trata de quebranto por el sentenciador de segunda instancia de normas sustanciales, que son aquellas que en presencia de una situación de hecho concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones igualmente concretas entre las personas implicadas en tal situación, y no es pertinente, el recurso dicho, cuando la censura de la sentencia del Tribunal se funda en la transgresión de normas instrumentales, como son las invocadas por el censor, pues la primera se limita a disponer que la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio, salvo los casos expresamente exceptuados, y el 1.947 dice cuándo hay lesión enorme, pero sin conferir derechos ni imponer obligaciones.

Resulta de lo dicho que el quebranto de los artículos 1.012 y 1.947 del Código Civil, en caso de que se hubiera producido, no sería por sí solo suficiente para infirmar el fallo.

Respecto del segundo precepto, además, el cargo de interpretación errónea, se funda en que el Tribunal no tuvo en cuenta una prueba testimonial y documental, que, en sentir del recurrente, demuestra que los bienes vendidos tenían un valor superior a

\$ 40.000.00. Ya se dijo, a propósito del primer cargo, que la interpretación errónea de una norma sustancial no se produce por vía indirecta sino directa.

Los cargos, en consecuencia, no prosperan.

Tercer cargo. "Violación por infracción del artículo 1.740 del Código Civil".

Dice el censor que esta norma legal sanciona con nulidad "todo acto o contrato a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor de los mismos", que "el señor Octavio Balvín no podía, expirado como estaba el mandato por la muerte del mandante, vender bienes que ya correspondían a los herederos de Rafael Monsalve Osorio a la fecha y hora en que fue otorgada la escritura. Estaba enajenando bienes ajenos, sin expresa autorización" y que aún cuando la venta de cosa ajena es válida, se requiere que el propietario no impugne el contrato" y en el caso sub-judice, los sucesores de Rafael Monsalve Osorio se están oponiendo a la validez de esa escritura".

Concluye este cargo exponiendo que "el H. Tribunal considera que no hay causal de nulidad y por ende está violando la norma citada... porque está vendiendo quien no puede hacerlo por carecer de personería y porque el mandato había terminado y porque los bienes pertenecían a una sucesión".

La Corte considera:

En lo que dice relación al tercer cargo, que la Corte lo interpreta como formulado por falta de aplicación del artículo 1.740 del Código Civil, sucede, por una parte, que dicho precepto no forma por sí solo proposición jurídica completa, pues, no obstante que establece la nulidad como regla general, respecto del "acto o contrato a que

falta algunos de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes", y agrega que "la nulidad puede ser absoluta o relativa", no contempla, precisamente el caso de la nulidad de un acto en el cual actúe un mandatario después de la muerte del mandante, lo cual significa que esta disposición por sí sola no constituye proposición jurídica completa. Y de otra parte, nada tiene que ver el mismo precepto con el problema de fondo del negocio, desde luego que en el supuesto de que el mandatario Octavio Balvín Balvín hubiera vendido los bienes después de que tuvo conocimiento de la terminación del mandato, ese acto jurídico de venta no adolecería de nulidad, sino que sería inoponible a los herederos de Rafael Monsalve Osorio.

Por tanto, el cargo es inane y no prospera.

RESOLUCION:

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 febrero 9 de 1968, proferida por el Tribunal Superior de Yolombó en este Juicio Ordinario de María Noelia Monsalve de García y Celsa Julia Monsalve contra Domingo Monsalve Muñoz.

En las costas del recurso se condena al recurrente.

Cópiese, Notifíquese, Publíquese, Insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de origen.

Ernesto Cediél Angel, Ernesto Blanco Cabrera, José María Esguerra Samper, Ricardo Bonilla Gutiérrez, Guillermo Ospina Fernández, Alfonso Peláez Ocampo.



FILIACION NATURAL

Incongruencia. — No se presenta cuando el sentenciador se halla facultado por la ley para pronunciarse de oficio.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Blanco Cabrera).

(Aprobada en Sesión que consta en Acta N° 117).

Se decide por la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 22 de febrero de 1957, en el Juicio de Gerardo Réstrepo contra Raúl Londoño y otros.

- I -

ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín, Gerardo Restrepo citó a juicio a Isabel Londoño Mesa, Carlina Londoño Mesa (en religión Hermana San Ignacio), Blanca Londoño de Trujillo, Marta Londoño de Suárez y a Lucía, Margarita, Raúl, Ligia, Javier, Fernando, Alberto, Juan Guillermo y Horacio Londoño González, para que por los trámites del juicio ordinario se declarase:

“**Primero.** Que el señor Gerardo Restrepo... tiene el carácter de hijo natural del finado don Hipólito Londoño...;

“**Segundo.** Que, como consecuencia, el señor Gerardo Restrepo, en su calidad de hijo natural del causante, ... tiene derecho

a heredarlo con exclusión de los demandados, de acuerdo con las normas legales”.

En subsidio demandó a la sucesión de Hipólito Londoño M., representada por las personas antes citadas, para que se hicieran las mismas declaraciones.

Pidió, además, se condenase en costas “a los demandados, si se oponen...”.

Los hechos constitutivos de la **causa petendi**, según el resumen del Tribunal, son: “En el año de 1910 vivía en el Paraje Fontidueño del Municipio de Bello la señora Matilde Rivera o Restrepo Rivera, mujer soltera, de humilde familia y muy pobre. En el mismo año y siguientes, el señor Hipólito (Polito) Londoño, comerciante de Medellín, iba a la casa de Matilde, dos o tres veces a la semana, en coche o a caballo o en bicicleta, visitas que se prolongaban por varias horas, de lo que se informaron los vecinos y se dieron cuenta de las relaciones amorosas sexuales. De tales relaciones nació Gerardo Restrepo el 17 de junio de 1912, como lo acredita la respectiva partida, nacimiento que se verificó después del año de iniciadas las relaciones y más de un año antes de terminarse. Matilde no tuvo relaciones amorosas con ningún otro hombre. Desde el nacimiento de Gerardo fue atendido por D. Polo, con alimentación, vestido, medicinas, educación y establecimiento por más de diez años, lo que hizo concluir al vecindario con la paternidad natural de tan cariñoso progenitor. Lo reconocía, pues así lo manifestó a varias personas, amigos de confianza. D. Hipólito Londoño Mesa nació en Medellín

en 1877 del matrimonio de D. Pedro y doña Felicidad, fallecidos en 1910 y 1906 respectivamente. Contrajo matrimonio con la señora Laura Toro, fallecida en 1926. Murió el 13 de febrero de 1964 sin hacer testamento; no deja cónyuge, ni ascendientes, ni hijos legítimos, sólo al actor como pretendido hijo natural, hermanos y sobrinos. El juicio de sucesión se sigue en el Juzgado 1º Civil de esta ciudad —Medellín— y allí se reconocieron herederos a sus hermanos y sobrinos contra quienes se endereza el libelo. Cita como causales los numerales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, es decir, relaciones sexuales estables y posesión notoria del estado alegado”.

Corrido el traslado de la demanda los demandados no aceptaron los hechos del libelo y propusieron las excepciones de “inexistencia del derecho y de la obligación”, “carencia de acción”, “falta de causa”, “ausencia de la calidad alegada por el actor” y, “en general, la perentoria definida por el Código Judicial”. Surtida la primera instancia el Juzgado 9º Civil Municipal de Medellín, falló así:

“1º. Se absuelve a los señores..., de los cargos formulados en la demanda, por FALTA ABSOLUTA DE PRUEBAS.

“2º. En tal virtud, se niegan las peticiones consignadas en el libelo demandatorio”.

“3º. Como se advierte que el declarante Luis Eduardo Betancurt, pudo haber incurrido en una infracción penal, tómese copia de lo pertinente, para que pase a repartimiento de los señores Jueces Penales Municipales.

“4º. Costas a cargo de la parte actora por la manifiesta temeridad en la acción instaurada”.

Apelada la providencia anterior por el demandante, fue confirmada por el Tribunal con costas en esa instancia a cargo del actor, quien interpuso contra ella el recurso de casación que entra a decidir la Corte.

- II -

LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal, luego de relatar las peticiones y los hechos de la demanda entra a estudiar las causales 4ª y 5ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Respecto de aquella dice que “las relaciones sexuales deben reunir las características de sucesivas, frecuentes, inequívocas, regulares y notorias respecto de los ciento ochenta días o los trescientos anteriores al nacimiento según la doble precisión de la ley”. Que según la Corte, “no basta que el testigo emita conceptos sobre lo estable y notorio de las relaciones, sino que para que valga su exposición debe precisar las fechas de que habla dicho numeral 4º del art. 4º Ley 45/36, distinguiéndolas por fechas y meses”. Que “las relaciones estables, para que puedan originar la paternidad natural, no deben ser ocultar en el sentido de que quienes las sostengan no las hayan descubierto voluntariamente ante su ambiente social, luego es inhábil la prueba del dicho de quienes sorprenden voluntaria o casualmente a los amantes o han sido depositarios de sus confidencias o han llegado a saber o a inferir por medio diverso del que recae sobre los hechos notorios, el común conocimiento de la existencia de un determinado vínculo de amor ilícito”. Que “la estabilidad y notoriedad de las relaciones sexuales, es básica en la configuración de la presunción de paternidad que se deriva de la época probable de la concepción, idéntica a la del artículo 92 del Código Civil, en relación con el 214 ibidem”. Que “en síntesis, el mecanismo presuntivo relativo a la filiación natural, basado en relaciones irregulares pero notorias y estables, tiene un paralelismo con las presunciones de los artículos vistos, aunque naturalmente sin descartar la anomalía de lo ilícito de esas relaciones. De manera, que de acuerdo con la ley la estabilidad y notoriedad en las relaciones sexuales, deben tener límites precisos en el tiempo para llegar a la aplicación de la presunción de la concepción”. Que del análisis de los testimonios de Hermelinda Her-

nández, Fidelina Chalerca, Víctor Arango, Aldemar Antonio Bórquez, Luis Eduardo Betancurt, Carlos E. Rivera, José Arismendy, resulta que "todas las declaraciones en mayor o en menor grado son o están acomodadas al cartabón del interrogatorio, son contradictorias, vacilantes y algunas pecan hasta de absurdas". Que "existe una declaración del señor Pedro Rêstrepo Rivera, hermano de Matilde", rendida en otro juicio de filiación contra el demandado y traslada al sub-lite, "en donde se describe el ambiente moral de la casa de la madre natural de Gerardo... Declarante que es enfático al decir que el padre de los hijos mayores de su hermana Matilde, entre los cuales figura precisamente Gerardo, es Gerardo Sierra; el de Blanca un señor Mora y el de Bernardo el señor Polo Londoño". Que "si varios de los testigos antes afirmaron que el hijo del señor Londoño era Bernardo y ahora Gerardo, se observa la falta de certeza. No hay precisión tampoco sobre fechas y meses del comienzo o terminación de las relaciones". Que "nacido Gerardo el 17 de junio de 1912, la concepción debió cumplirse no antes de 180 días ni más de 300 a contar de esa fecha hacia atrás". Que, por tanto, "las relaciones debieron haberse realizado entre los meses de agosto y noviembre de 1911, de lo cual no existe prueba alguna". Que "las mismas deposiciones a veces de sospechosa uniformidad, sin originalidad, en donde la memoria de los declarantes parece funcionar de manera uniforme, como si fuera uno solo y como si fueran pocos 54 años, hace altamente sospechosas esas declaraciones". Que "además los testimonios están bien leídos de reunir las condiciones de los artículos 687, 688, 697, 698, 699 y 701 del Código Judicial", por lo cual "no se ha demostrado la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, pues no se ha establecido plenamente la ocurrencia de las relaciones sexuales entre su madre y el presunto padre, con las calidades de estabilidad, notoriedad y temporalidad exigidas por el precepto legal".

En cuanto a la causal de posesión notoria cita las disposiciones pertinentes del Código Civil, de la Ley 45 de 1936 y juris-

prudencia de la Corte analiza las declaraciones de Gabriel Isaza Maya, Rafael Uribe Avendaño, Argemiro Rodríguez, Germán Solórzano, Alfonso Suaza, Sofía Escobar, Otoniel Grajales, José A. Arango, Juan Rodríguez, Joaquín Alvarez Chalarca, Ricardo Molina, Maximiliano Arteaga, Nelly Bernal y Berta Señudo. Añade que "estos testimonios no pueden llevar a la mente del fallador la plena convicción de que Gerardo Restrepo haya tenido la posesión notoria de hijo natural, posición de excepción que supone prueba indubitable". Que "deponen amigos íntimos; se contradicen los testigos; otros son de oídas; allegados muy cercanos de D. Hipólito nada le oyen decir y además otros manifiestan su discreción". Que "todo esto sumado a que Gerardo era empleado de la Bastilla, encargado de sostener el prestigio del producto en poblaciones, ... explica los cuidados y sumas posibles recibidas por él, según algunos testigos, fuera de la prueba muy copiosa que la parte demandada aporta de la notoria caridad del señor Londoño en todos los campos". Que "si les hubiera manifestado con tanta insistencia su paternidad, no se ve cómo un hombre tan cristiano, que muere a edad tan avanzada, que sostiene sacerdotes y médicos y pobres en general y que además deja una fortuna a sus colaterales, no hubiera producido el reconocimiento, o siquiera por medio de testamento hubiera instituido legatario a su hijo natural, máxime que si era tan frecuente su afirmación de padre en relación con Gerardo, ya no había temor familiar al respecto, dado el origen de esa paternidad". Que "tampoco es indicio despreciable, las posiciones absueltas por D. Polo en el juicio que por idénticas causales le entablara Bernardo Rêstrepo, en donde explica claramente su conocimiento, no sólo de Matilde, sino de Cándida su hermana, por negocios de aceite y tabaco doblado en la época en que se iniciaba en los negocios". Que "no niega su ayuda a toda esa familia pobre, inclusive para el entierro de Matilde". Que "se habla de educación a Gerardo y se señala un colegio Los Salesianos, pero hay certificado que contradice ese hecho". Que "sobre asistencia médica, existe el certificado de Soma, en donde no

aparece don Hipólito para nada". Que unos recibos o constancias a los folios 92 y ss. C. P., no fueron reconocidos y además no sería extraño ese comportamiento con un viejo trabajador". Que "los certificados sobre... préstamos bancarios por sumas diversas a Gerardo y como codeudor D. Polo, se explican por el deseo que manifestaba este señor por ayudar a quien fue por tanto tiempo su empleado y colaboró a acreditar el café en los mercados departamentales, salvo prueba en contrario que no existe". Que "si las declaraciones sobre relaciones sexuales estables, no producen convicción alguna, tampoco para probar la posesión notoria, obsérvese que este último grupo de declarantes... abunda en detalles a veces contradictorios entre los diversos testimonios y sobre todo no muestran empeño esencial para afirmar y precisar los diez años mínimos que suponen los hechos probados indudables para la posesión efectiva". Que la Corte "dice y repite permanentemente que se debe examinar con extraordinaria ponderación la prueba y el valor de los hechos, tanto para efectos del numeral 4º, como del 5º del artículo 4º Ley 45 citada, pues son cosas que dependen del medio, costumbres de las gentes, temperamento, nivel cultural etc.". Que según jurisprudencia de la Corte, "el demandado se presume libre de una paternidad que es preciso comprobarle por medio de inferencias tan fuertes, tan completas, tan armónicas y concluyentes que no permita el menor género de duda en el ánimo del juzgador, con razón que sube de punto si el pretendido padre ha muerto ya". Y que como de acuerdo con los artículos 593 del Código de Procedimiento Civil y 1.757 del Código Civil, correspondía al actor la prueba íntegra de sus afirmaciones, lo que no hizo, "si alguna duda quedara a esta Sala, son de obligatoria aplicación los artículos 234 y 601 del C. Judicial", por lo cual confirma la sentencia apelada.

- III -

LA IMPUGNACION

Tres son los cargos que formula el censor

en la demanda y que la Corte estudia en el orden en que fueron propuestos.

Primer Cargo:

Se funda en que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones del actor, por ser contradictoria.

Dice que en el punto 3º del fallo de primera instancia se expresó que como el testigo Luis Eduardo Betancur pudo haber incurrido en infracción penal, se tome copia de lo pertinente para que pase el reparto de los Jueces Penales Municipales. Que como la cuestión es de interés público por tratarse de delitos y referirse a una persona que no es parte en el juicio y solo concurrió a este para rendir declaración, la confirmación dada por el Tribunal a este respecto ha debido contener en su parte motiva un análisis de las razones que lo llevaron a confirmar, y solo se limitó a expresar que es curioso que este testigo que afirma haber frecuentado la casa de Matilde Restrepo y tenido conocimiento de las relaciones estables entre ésta y don Hipólito durante doce años, dice luego no conocer los otros hijos de Matilde, eluda confesar que un hijo suyo es cuñado del demandante, viva quince o veinte años en casa de aquella y diga no conocer a sus demás hijos. Que "esta curiosidad no puede significar que en la parte resolutive se ordene el envío de las diligencias para que se abra contra Luis Eduardo el respectivo proceso por falso testimonio". Que para conseguir el fin propuesto en la sentencial el Tribunal "ha debido efectuar en la motivación los cargos... en que se pudo incurrir en la infracción penal" porque el art. 10 del C. de P. Penal así lo ordena. Que como el sentenciador no lo hizo así, de ahí la solicitud para que se infirme el fallo.

Se considera:

1. Se formula la censura, aunque no se expresa, en el ámbito de la causal 2ª consagrada en el numeral 2º del art. 52 del Decreto 528 de 1964, o sea por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la acción o de la excepción.

2. "Se da la causal segunda de casación..., como lo ha dicho repetidamente la jurisprudencia de la Corte, cuando el sentenciador al fallar el asunto sometido a su decisión, profiere sentencia de mérito resolviendo *ultra petita*, o *extra petita*, o *mínima petita*, esto es, cuando decide concediendo más de lo pedido, o sobre extremos que no han sido materia del litigio, o deja de resolver sobre algunas de las pretensiones oportunamente alegadas por las partes. Cuando ocurre alguno de estos eventos puede hablarse entonces, con propiedad, de que existe incongruencia, disonancia o falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado.

"Mas si la sentencia es totalmente absolutoria del demandado, como en el caso de autos, la causal segunda de casación no se configura, porque un fallo completamente absolutorio prevé sobre todos los aspectos de la controversia y falla, en consecuencia, todas las peticiones de la demanda.

"La falta de consonancia entre las pretensiones de la acción o de la excepción y lo fallado, en lo cual consiste la causal segunda de casación, no tiene lugar por el hecho de que las partes no estén de acuerdo con la decisión del Tribunal, si, de otro lado, el fallo ha decidido todas las pretensiones de los litigantes" (Cas. Civ. Sept. 6 de 1967, aún no publicada).

3. Igualmente es doctrina de la Corte la de que no se presenta el vicio de inconsonancia en los casos en que el sentenciador se halla facultado por la ley para pronunciarse de oficio.

4. El artículo 10 del C. de Procedimiento Penal citado por el censor expresa que "el funcionario o empleado público que de cualquier manera tenga conocimiento de una infracción penal cuya investigación deba iniciarse de oficio, sin que sea competente para ello, debe inmediatamente poner ese hecho en conocimiento de la autoridad competente, haciendo una relación sucinta del suceso con todos los pormenores que interesen a la justicia, los elementos probatorios recogidos, y, cuando fue-

re posible, indicando las generalidades del presunto sindicado, de la persona ofendida, de los testigos, y de todo lo que sea conducente a su identificación", y que "si el funcionario o empleado público a que se refiere el inciso anterior corresponde la investigación del hecho, deberá iniciarla sin dilación", y el 11 *ibidem* establece en su inciso 1º que "cuando en el curso de un proceso civil o administrativo se presentare algún hecho que pueda considerarse como delito perseguible de oficio, el juez o funcionario correspondiente dará noticia de él inmediatamente a la autoridad competente, suministrándole todas las informaciones del caso y acompañándole copia autorizada de los autos o documentos conducentes".

5. En el presente juicio la sentencia impugnada confirma la de primer grado que absuelve a los demandados de los cargos consignados en el libelo, y cuyo punto 3º ordena que "como se advierte que el declarante Luis Eduardo Betancur, puede haber incurrido en una infracción penal", se toma copia de lo "pertinente para que pase a repartimiento de los Jueces Penales Municipales". En consecuencia, siendo la sentencia impugnada totalmente absolutoria, proveó sobre todos los aspectos de la controversia y falló todas las peticiones de la demanda, de modo que no existe la inconsonancia que se le atribuye. Y en cuanto a la tacha que se le hace por haber confirmado el punto 3º de la sentencia, visto está que la inconsonancia no se presenta cuando el sentenciador se halla facultado para pronunciarse de oficio, y que los artículos 10 y 11 del C. de P. Penal no solamente facultan al respectivo funcionario o empleado público sino que le imponen el deber de dar noticia a la autoridad competente del hecho que pueda considerarse como delito perseguible de oficio. Por tanto, tampoco incurrió por este aspecto el Tribunal en la incongruencia que se le atribuye. De otro lado se observa que el punto 3º del fallo en que el censor afirma la incongruencia, ordena tomar copia de lo pertinente para que pase a conocimiento de los jueces penales, con lo que dio cabal cum-

plimiento a lo que ordena el artículo 11 del Código citado.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Segundo Cargo

Se hace consistir en "violación de ley sustantiva al interpretar erróneamente las disposiciones contenidas en el numeral 4º del artículo 4º y artículos 5º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936. Al igual que la violación de los artículos 397, 398 y 399 del Código Civil, por apreciación errónea de determinadas pruebas".

Al desarrollarla expresa el censor que como es prácticamente imposible, "pasados más de sesenta años", conseguir las declaraciones de cuantos conocieron las relaciones sexuales entre don Hipólito y Matilde, porque unos han muerto y otros por su ancianidad no están en condiciones mentales de referir lo que les consta respecto de dichas relaciones, "es necesario la aplicación del artículo 689 (sic) del Código Judicial", según el cual "no tiene fuerza el dicho del testigo que depone sobre algún punto por haberlo oído a otros sino cuando recae la declaración sobre hecho muy antiguo, o cuando se trata de probar la fama pública".

Que en cuanto a la notoriedad de las relaciones sexuales "considera que ha existido mala apreciación a través de los fallos que se han pronunciado en el juicio".

Que si algunos declarantes "al deponer hechos y situaciones" "no son tan concretos y estrictos como lo desea el Juez y el Tribunal", al menos sirven para concatenar hechos y situaciones "que lleven a la certeza de la existencia de esas relaciones sexuales establecidas entre don Hipólito y Matilde", para lo cual es necesario "revaluar" las declaraciones de Luis Eduardo Betancur, Aldemar Bohórquez, Víctor Arango, Jorge Arismendy, Carlos Enrique Rivera y Fidelina Chalarca.

Que en resumen el Tribunal apreció erróneamente la prueba testimonial, así: "so-

bre estabilidad de relaciones, aun cuando sin compartir el mismo techo, los testigos Hermelinda Hernández, Fidelina Chalarca vda. de Restrepo, Víctor Arango, Aldemar Rodríguez, Luis Eduardo Betancur, Carlos C. Rivera, José Arismendy, todos ellos que hacían parte del núcleo social de Fontidueño en forma notoria e incontrovertible diéronse cuenta de las expresadas relaciones existentes entre los años 10 a 12 de don Hipólito Londoño y Matilde Restrepo Rivera".

Respecto de la posesión notoria del estado de hijo natural dice el censor que "sobre el término de diez años de esa posesión notoria se da cuenta por testimonios y otros documentos", así: Gabriel Isaiza, declara "lo que a él le consta sobre ciertas negociaciones, posiciones y actos surgidos entre don Hipólito y su presunto hijo natural Gerardo Restrepo"; Carmen Solórzano, "habla de la compra que le hizo don Hipólito a Gerardo"; Alfonso Suaiza, Sofía Escobar, Otoniel Grajales, José A. Arango, Juan Rodríguez, Joaquín Alvarez Chalarca, Ricardo Molina, Maximiliano Artega, Berta Señudo, todos ellos vinculados a las actividades comerciales de Hipólito Londoño, "testifican, dando una u otra razón, sobre el trato que se le daba a Gerardo, las manifestaciones paternas, el modo de tratarlo, etc., lo cual confirma la notoriedad dentro de un círculo social de trabajadores dependientes o encargados de determinadas obras "bajo la dirección de Hipólito Londoño".

Que "no se comparte la tesis del Tribunal al no darse el mérito legal que tales deposiciones contienen, pues no se hizo el estudio con un criterio de historiador sino con una mentalidad diferente".

Que en cuanto al tratamiento en la Clínica Soma "habla el Tribunal de la certificación pero no tuvo en cuenta la orden que allí se hace constar que fue dada por don Hipólito y que dice, no fueron reconocidos"; que "a la certificación del Banco Comercial Antioqueño, le da una explicación acomodaticia para desviar el verdadero sentido del documento"; y que "sobre los gastos de entierro de Matilde, se le con-

sidera apenas como una de las tantas obras humanitarias" de Hipólito Londoño.

Que "todo ello indica la apreciación errónea de ley sustancial al apreciar las pruebas que resumidas antes menciona el Tribunal, por lo cual se ha concurrido en error de derecho sobre los términos de estabilidad y notoriedad de que hablan los artículos transcritos, 4º, 5º (numerales) del artículo 4º, artículos 5º, 6º, 7º de la Ley 45 de 1936 y artículos 397, 398 y 399 del Código Civil".

Tercer Cargo:

Se formula por "violación de ley sustantiva por cuanto se apreció erróneamente una prueba, lo cual da lugar a errónea interpretación de los artículos 4º, numeral 4 y 6; artículos 6º, 6º, 7º de la Ley 45 de 1936 como de los artículos 397, 398 y 399 del Código Civil".

La prueba que el censor estima "erróneamente apreciada" consiste según él en un informe del Banco Comercial Antioqueño de Medellín, que reza que "de acuerdo con las constancias de las tarjetas actuales del Banco, al señor Gerardo Restrepo se le hicieron las siguientes operaciones con la firma como codeudor de don Hipólito Londoño", y dichos préstamos que "comienzan a transcurrir desde el día mayo 13 de 1953" van "hasta el día 20 de septiembre de 1963", de manera que "su periodicidad, la continuidad constante, se verifica en un período que sucede en más de una década" y sin embargo el Tribunal al verificar su estudio expresa que los certificados sobre préstamos bancarios se explican por el deseo de don Polo de ayudar a quien fue por tanto tiempo su empleado y colaboró a acreditar el café en los mercados departamentales, salvo prueba en contrario que no existe".

En otros pasos de su demanda expresa el recurrente que dentro del juicio existen documentos y declaraciones que demuestran "por período de más de diez años, continuamente, relaciones entre don Hipólito y Gerardo que deducen la calidad pa-

ternal existente". Que "el Tribunal ha apreciado erróneamente la prueba" y que "si ella pudiera considerarse como una presunción, demuestra plenamente el convencimiento, con caracteres de gravedad y precisión (art. 664 del C. J.) de la intención sana por parte de don Hipólito de proveer a Gerardo bien a su subsistencia o establecimiento de que habla el art. 6º de la Ley 46 de 1936".

Por último dice el censor que si el Tribunal quiere más pruebas, las declaraciones citadas en el resumen del cargo segundo, acordes con el certificado del Banco, y los documentos dados por la Clínica Soma, "forman un grupo demostrativo de la continuada periodicidad de hechos y cosas para comprobar que don Hipólito Londoño sentía la responsabilidad paternal hacia su hijo Gerardo" y concluye que "la errónea interpretación dada al documento" llevó al Tribunal a la infracción de los artículos transcritos "por lo cual se viola directamente el derecho y la ley, por interpretación errónea de la prueba y que conlleva su error de derecho".

Se considera:

1. Ambos cargos vienen montados dentro de la órbita del motivo primero de casación, por interpretación errónea de la ley sustancial como consecuencia de errores de derecho cometidos por el sentenciador en la apreciación de determinadas pruebas. El censor señala como infringidas en el segundo cargo los artículos 4º numeral 4º y 5º, 6º y 7º de la Ley 46 de 1936, y 397, 398 y 399 del Código Civil y en el tercero las mismas disposiciones, agregando solamente el numeral 5º del art. 4º de la Ley 45 de 1936.

2. Tratándose de la causal primera "el ordinal 1º del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, siguiendo en pos del sustituido ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, al consagrar la primera causal de este recurso extraordinario, discrimina las fases en que ella puede darse, precisando que la violación de la ley sustancial de que allí se trata, ha de haber ocurrido ya por

'infracción directa' —vale decir falta de aplicación—, ya por 'aplicación indebida' —esto es empleo de norma extraña—, ya por interpretación errónea —o sea empleo del precepto llamado a obrar en el caso, pero con desvío de su verdadero sentido—. Todo ello como meta definitiva del acusamiento, para llegar a la cual dos sendas reconoce el mismo texto: la directa, en que, con exclusión de todo reparo sobre la apreciación de pruebas, la censura entra de inmediato a la imputación de quebranto de la ley sustancial, que se pretende indebidamente actuada por el juzgador frente a hechos bien vistos a través del acervo probatorio; y la indirecta, en que la infracción de la ley de esta especie se propone como consecuencia de yerros de hecho o de derecho cometidos por él en la apreciación de determinadas pruebas. Sin olvidar que el reparo por interpretación errónea de la ley sustancial no es susceptible de ser propuesto por la vía indirecta, ya que no podría deberse a desaciertos en el campo probatorio, sino en el del entendimiento mismo de esa ley.

"Por sabido se tiene que el error de hecho de que se trata ha de consistir, ya en que el sentenciador haya supuesto una prueba que no está en los autos, ya en que haya ignorado la existencia en ellos, hipótesis en las que respectivamente se comprenden, por imperativo lógico, los casos en que aquel haya falseado la objetividad de un medio, agregándole algo que le es extraño o cercenándole su real contenido. El yerro así configurado tendrá que traducirse en conclusión contraevidente, es decir contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba y ser, por último, trascendente a la decisión, sin lo cual carecería de eficacia impugnativa.

"Bien distinta es la índole del error de derecho Probatorio, cuyo acaecer supone la apreciación correcta de los medios en el orden fáctico, es decir en su objetividad misma y que, entonces, se reduce a un problema de valoración legal, consistente en que a pruebas materialmente bien contempladas el juzgador les asigne un mérito que la ley no consagra o les niega el que ella les otorga.

"Y es precisamente en razón de la diversidad de estas dos especies de yerro probatorio, por lo que la doctrina de la Corte tiene establecido que, en principio, no es posible en un mismo cargo acusar por errores de hecho y de derecho conjuntos en la apreciación de una misma prueba.

"Por otra parte, para que la impugnación por la vía del error probatorio alcance su propósito, es indispensable, cual lo previene el estatuto del recurso (ordenal 1º del art. 52, D. 528), que por el acusante se demuestre el error que alega, demostración que tendrá que efectuarse, singularizando en todo caso la prueba a que se refiere y haciendo ver, si se trata de error de hecho, la contraevidencia en que haya incidido el juzgador, según lo expuesto atrás, y si se trata de error de derecho, la violación de la norma probatoria correspondiente, cuya cita no podrá omitirse. Sólo así se obtendrá la precisión que para la censura reclama el artículo 63 *ibidem*" (Cas. Civ. de 22 de agosto de 1969, aún no publicada en la G. J.). "Siendo conveniente advertir que la modalidad consistente en errónea interpretación de 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" (Cas. Civ. de 29 de enero de 1970, en el juicio de Jorge Rojas y otro contra Alfonso Mendoza Moreno, aún no publicada en la Gaceta Judicial).

3. En el caso sub-lite los cargos que se estudian se hacen consistir en interpretación errónea de las normas sustanciales citadas por la censura, como consecuencia de los errores de derecho en que estima

que incurrió el sentenciador en la apreciación de las pruebas que relaciona. No se ajustan por tanto los cargos a la técnica del recurso de casación porque vista está que la interpretación errónea de la ley sustancial es cuestión independiente de la apreciación probatoria que haya hecho el sentenciador, a lo cual se agrega que en ninguno de los cargos se explica en qué consiste la interpretación errónea que se imputa, como ha debido hacerse.

Ambos cargos, por tanto, son inanes.

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la Re-

pública de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintidós (22) de julio de mil novecientos sesenta y siete (1967), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el presente juicio.

Costas a cargo del recurrente.

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

Ernesto Cediel Angel, Ernesto Blanco Cabrera, Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Alfonso Peláez Ocampo, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

RESOLUCION DE LA VENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO

Incongruencia. — El fallo no tiene que reproducir textualmente las peticiones del libelo.

Cesión del derecho hereditario. — Quien cede su derecho hereditario actúa en nombre propio y no en su calidad de causahabiente. — Prueba de la calidad de heredero. — Desde cuando se es heredero.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado según acta número ciento doce (112) de treinta (30) de noviembre de mil novecientos setenta (1970).

Decídese el recurso de casación interpuesto por Sergio Fidel Cuásquer contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Superior de Ipiales, proferida dentro del juicio ordinario que Manuel Mesías y Florentino Táquez promovieron contra el recurrente y Medardo Tucánez.

EL LITIGIO

Ante el Juez del Circuito de Ipiales los demandantes Táquez citaron a juicio a Sergio Fidel Cuásquer y a Medardo Tucánez para que, por falta del pago del precio, se declarara la resolución del “contrato de compraventa que consta en la escritura N° 793 de 26 de septiembre de 1960, pasada en la notaría de ese circuito”, celebrada por aquellos con éstos y cuyo objeto consistió en “las acciones y derechos en la universalidad de bienes que les corresponden a los demandantes como hermanos legítimos de la causante Rosa Táquez de Cuásquer; que, consecencialmente, “se ordene restituir las cosas a su estado anterior; es decir, restituir dichas acciones y derechos consistentes en los bienes que pertenecieron al patrimonio de la causante”, que consisten en

los ocho inmuebles allí singularizados, “restitución que se efectuará a la sucesión de Doña Rosa Táquez de Cuásquer, representada por sus hermanos legítimos Mesías y José Florentino Táquez”. Pidióse también que los demandados fueran condenados al pago de los frutos naturales y civiles que hubieran podido percibir en la administración de los inmuebles a que antes se hizo alusión y al pago de los perjuicios que, con el incumplimiento del contrato, causaron a los demandantes.

Subsidiariamente solicitaron se decretase la rescisión de dicho contrato por lesión enorme. Los hechos constitutivos de la causa petendi, son los siguientes, en resumen:

En el juicio sucesorio de Rosa Táquez de Cuásquer, los demandantes, en calidad de hermanos legítimos, fueron reconocidos como herederos de aquella. Por medio de la escritura N° 793, cuya resolución se demanda, los Táquez “vendieron a Medardo Tucánez y Sergio Fidel Cuásquer las acciones y derechos que tenían en la universalidad de la sucesión de su hermana”; del precio, que se fijó en la suma de \$ 1.500.00, los demandados pagaron “solamente la suma de \$ 800.00 habiendo dejado de cubrir el resto de \$ 700.00”. La masa sucesorial está integrada por los ocho lotes de terreno singularizados en la demanda y debidamente enlistados en la diligencia de avalúo practicada en el juicio de sucesión, y tienen hoy un valor de más de \$ 100.000.00, lo que indica la vileza del precio del contrato que fué incumplido por falta del pago del mismo. Los demandados “entraron a manejar los bienes sucesionales después de haber obtenido la declaratoria de subro-

gación dentro del juicio sucesional y desde entonces vienen usufructuando y aprovechándose de todos los frutos naturales y civiles de los ocho inmuebles arriba detallados".

Sergio Fidel Cuásquer, al contestar el hecho 7º de la demanda, acepta haber entrado a poseer materialmente los bienes relictos que le correspondieron en partición "amigable celebrada con el cónyuge sobreviviente".

Culminó la primera instancia con sentencia de 5 de octubre de 1967, en la que el Juez Promiscuo del Circuito de Ipiales resolvió:

"1º. Declarar resuelto, por falta parcial de pago, el contrato de compraventa contenido en la escritura pública N° 793 de 26 de septiembre de 1960.

"2º. Cancelación de la escritura antes mencionada.

"3º. Inscribise esta sentencia en el libro correspondiente de la Oficina de Registro de II. PP. y PP. de este Circuito.

"4º. Se condena a los demandados a pagar a los demandantes los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato, los cuales se regularán de conformidad con el art. 553 del C. J.

"5º. Los demandados Medardo Tucánez y Sergio Fidel Cuásquer restituirán a los demandantes los lotes de terreno que estuvieren ocupando, y que fueron objeto de la compraventa, diez días después de la ejecutoria de esta sentencia.

"6º. La resolución del contrato se declara en favor de la sucesión ilíquida de Rosa Táquez de Cuásquer, representada por sus hermanos legítimos los demandantes Manuel Mesías y José Florentino Táquez.

"7º. Se condena en costas al demandado que se opuso a la demanda".

Contra esta providencia solamente inter-

puso recurso de apelación Sergio Fidel Cuásquer.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ipiales desató la segunda instancia con sentencia de 28 de mayo de 1968, por medio de la cual confirmó la que fué materia de apelación. Contra este fallo Sergio Fidel Cuásquer, entonces, interpuso el recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Luégo de transcribir las peticiones y los hechos fundamentales de la demanda y de narrar el trámite de la primera instancia, entra el Tribunal a estudiar si está cumplido el presupuesto procesal de capacidad para ser parte, pues los demandantes, dice, actúan no en nombre propio, ni en el de la sucesión de Rosa Táquez de Cuásquer, sino en calidad de herederos de ésta, para concluir que ese presupuesto sí concurre, pues obra en el proceso la copia del auto de reconocimiento de los sucesores de aquella, dictado dentro del respectivo juicio sucesorio, documento que tiene virtud para probar la calidad indicada, sin que sea indispensable, para su demostración, presentar las copias de las actas del estado civil o las supletorias que tenga el mismo poder.

Pasa en seguida el sentenciador a estudiar la acción principal de resolución del contrato de compraventa consignado en la escritura pública N° 793 corrida el 26 de septiembre de 1960 en la Notaría de Ipiales, por medio de la cual los demandantes cedieron a Medardo Tucánez y Sergio Fidel Cuásquer los derechos hereditarios que tenían en la sucesión intestada de su hermana Rosa Táquez. Dice el sentenciador que, no obstante que en la citada escritura los cedentes declararon haber recibido el precio estipulado que fué de mil quinientos pesos (\$ 1.500.00), demandaron la resolución del contrato con fundamento en que los cesionarios sólo habían pagado la suma de ochocientos pesos (\$ 800.00) y adeudan el resto; que el derecho que ejercitan está consagrado en los artículos 1.546 y 1.930 del C. Civil; que está demostrada, con las declaraciones de testigos, la entre-

ga hecha por los demandantes a los cesionarios de los ocho inmuebles inventariados en el juicio de sucesión de Rosa Táquez de Cuásquer, desde el día de la celebración del contrato de venta, y que del mismo modo aparece que los demandados poseen materialmente esos inmuebles al explotarlos económicamente.

Respecto a la demostración del pago del precio, dice el sentenciador que en verdad, la escritura pública que contiene la cesión de derechos hereditarios dice expresamente que el precio de \$ 1.500.00 fué "pagado en su totalidad y a entera satisfacción de los vendedores"; que, no obstante ello, resulta de la afirmación de los tradentes que los compradores apenas pagaron, como parte del precio, la cantidad de \$ 800.00, dejando insoluta la obligación en la cantidad de \$ 700.00 "evento que faculta a los vendedores para solicitar la resolución del contrato de compraventa precitado, al tenor de las preceptuaciones del art. 1.930 del C. Civil. Dice que este incumplimiento está acreditado por confesión judicial, pues en el respectivo pliego de posiciones, cuya absolución pidió la parte demandada, ésta aceptó ese hecho al redactar la siguiente pregunta: "Diga Ud. cómo es verdad que por concepto del precio de la venta de las citadas acciones y derechos hereditarios solamente adeudan los compradores la cantidad de setecientos pesos, tal como lo confiesan ustedes en el escrito de demanda originaria de este juicio?" (fs 3 del cuaderno número 3). Que la prueba de confesión surge también de las copias que obran a fs. 10 y 11 del mismo cuaderno, pues de ellas resulta que los demandados iniciaron un juicio de pago por consignación, la que hicieron el 7 de abril de 1967. "... tal actuación constituye un reconocimiento expreso de la deuda que hace el deudor que desea pagar contra la voluntad del acreedor". Mas como no aparece que el citado juicio haya terminado, la consignación que efectuaron los cesionarios no extingue la obligación, pues no habiéndose aceptado aún, no constituye pago.

Surge también ese incumplimiento de la contestación a "la demanda que dió ori-

gen al primer juicio y que terminó con sentencia inhibitoria debido a la falta de presupuesto de demanda en forma, contestación que tiene fecha 9 de junio de 1962 y que, en lo pertinente, dice: "en cuanto al precio, recogieron \$ 800.00 y por los restantes \$ 700.00 que se negaron a recibir, cursa en el Juzgado 2º Municipal, juicio de pago por consignación desde hace más de seis meses".

LA DEMANDA DE CASACION

Cinco cargos contiene: uno por la causal segunda y cuatro por la primera. Serán estudiados en el orden lógico, que fué el propuesto.

PRIMERO

Argumenta el censor que en la demanda introductoria del juicio, la parte demandante pidió que al decretarse la resolución del contrato contenido en la escritura pública N° 793 precitada, los demandados fueran condenados a la restitución de los inmuebles inventariados en la sucesión de Rosa Táquez de Cuásquer "por los linderos que en el mismo libelo se pormenorizan, juntamente con los frutos naturales o civiles" y que en la sentencia acusada de condena- ción, por el aspecto dicho, se concretó únicamente a la restitución de "los lotes de terreno que estuvieron ocupando, y que fueron objeto de la compraventa", lo que constituye incongruencia, pues se pidió la restitución de los inmuebles singularizados en la petición segunda de la demanda y la sentencia ordena la de "los lotes de terreno que fueron objeto de la compraventa, cuando en la compraventa no se enajenó lote alguno". Que lo anterior conlleva pronunciamiento de un fallo ultra petita, pues se condenó a más de lo pedido. Que en el libelo se identifica el objeto del contrato de compraventa con determinados inmuebles no mencionados en este, pues la cesión de derechos hereditarios se hizo in genere y no radicada en bienes determinados.

LA CORTE CONSIDERA

Consistiendo la causal de incongruencia

o inconsonancia en un error in procedendo, la lógica del recurso impone estudiar primero el cargo apoyado en ella, antes que los que tienen como soporte la causal primera originada en errores in iudicando.

“La sentencia —ha dicho la Corte— es el acto por medio del cual el Estado decide qué tutela jurídica le dispensa el derecho objetivo a un interés jurídico determinado; dicho acto ha de guardar estrecha armonía con la demanda por cuanto ésta contiene el límite del poder jurisdiccional; éste no debe reducirse ni extenderse respecto de lo pedido en la demanda, porque, si lo primero, no resuelve la totalidad de la relación procesal que permanecerá trabada en cuanto la sentencia, por defecto, la deja insoluta, y si lo segundo, porque el Estado carece de jurisdicción para decidir oficiosamente controversias civiles cuyos posibles extremos personales no han sometido a su decisión” (G. J. LXXXV).

Mas la conformidad o consonancia que debe existir entre el petitum y la sentencia estimatoria no debe ser de tal naturaleza que el fallo tenga que reproducir textualmente las peticiones del libelo. El deber que tiene el sentenciador de interpretar la demanda para conocer el verdadero alcance de ella, está acorde con la obligación que le impone el artículo 471 del C. Judicial, en su último inciso, al establecer que las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Estos dos deberes no se rechazan o se excluyen; por el contrario, se complementan en el logro del común destino de los procedimientos que es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial.

Basta leer el encabezamiento de la petición segunda para concluir que la denunciada incongruencia no existe. Solicitose allí, como secuencia lógica de la resolución demandada, “la restitución de las cosas a su estado anterior”. Entonces, cuando el fallador dispuso que los demandados devolvieran a los demandantes “los lotes de terreno que estuvieran ocupando y que fue-

ron objeto de la compraventa”, no hizo otra cosa que obrar acordemente con lo pedido, ya que el fallo, en este punto, lo que está ordenando es la restitución de las cosas al estado anterior.

Es innegable que la redacción tanto de la demanda como de la sentencia de primera instancia, acogida íntegramente en su parte resolutive por el Tribunal de Ipiales, es confusa, pero no a tal extremo que no permita desentrañar el verdadero significado de sus peticiones y de sus condenas. Como los demandantes, por medio de la escritura pública 793 precitada, cedieron a los demandados la totalidad de sus derechos hereditarios en la sucesión de Rosa Táquez de Cuásquez, sin radicarlos en determinados bienes, es claro que la cesión cobijó la totalidad de los que integraban el patrimonio relictó. La dicha cesión de derechos hereditarios, por tanto, tuvo como objeto no los inmuebles relictos como cuerpos ciertos, sino el derecho real de herencia en la universalidad jurídica, compuesta en este caso, como aparece de la copia de la diligencia de inventario y avalúo, por los ocho inmuebles enlistados en ella. Agrégase a lo dicho que por virtud de la cesión los cedentes entregan los bienes.

De lo expuesto resulta que no existe la inconsonancia denunciada y por consiguiente el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

Denúnciase quebranto indirecto de los artículos 1.546 y 1.930 del C. Civil, por indebida aplicación y a consecuencia de error de derecho, pues, según el censor, no está demostrado que los demandantes sean herederos de Rosa Táquez de Cuásquer. Que el Tribunal —agrega— incurrió en yerro de derecho, pues infringiendo los artículos 307, 362, 487/8, 491, 635 y 937 del C. Judicial, y 18 y 19 de la Ley 92 de 1938 concedió un valor probatorio, de que carece, a la copia del auto de apertura del juicio de sucesión de Rosa Táquez de Cuásquer y de reconocimiento de herederos, puesto que esa copia no tiene virtud para demostrar la calidad de tales que invocan los de-

mandantes, ya que esa demostración sólo es válida con la copia de las actas civiles correspondientes o con la prueba supletoria autorizada por la ley. Y, además, porque de la copia del auto mencionado no aparece que se hubiera "notificado por edicto", ni que esté ejecutoriado.

Termina el censor diciendo que no estando probada la calidad de herederos que invocan los demandantes, no podía decretarse la resolución del contrato atacado, "pues no habiendo acreditado los demandantes, como legalmente no lo han hecho, que son herederos, no habría fallado favorablemente la resolución demandada, sino absuelto a los demandados".

LA CORTE CONSIDERA

I. Quien a título oneroso cede su derecho hereditario, actúa a nombre propio y no en su calidad de causahabiente del de cuius, aunque ello constituya un verdadero acto de heredero que entraña aceptación de la herencia al tenor de lo dispuesto en los artículos 1.287, 1.298 y 1.299 del C. C. El derecho cedido pertenece al cedente, pues se incorpora a su patrimonio desde la aceptación de la herencia y con el efecto retroactivo que establece el art. 1.296 ibidem; por tanto, para ejercitar la acción resolutoria del contrato por medio del cual cedió su derecho hereditario, le basta a aquel demostrar su calidad de parte en dicho contrato y no que sea heredero.

II. Esta calidad se demuestra con copia, debidamente registrada, del testamento correspondiente si su vocación es testamentaria, o bien con copia de las respectivas actas del estado civil o eclesiásticas, según el caso, o con la prueba supletoria correspondiente, si su vocación es legal y además en todos los casos con la comprobación de haberse aceptado la herencia. Pero la Corte, reiteradamente, ha predicado que también es prueba idónea de la calidad de heredero la copia del auto en que se ha hecho tal reconocimiento dentro del juicio de sucesión respectivo. Al efecto ha dicho: "El reconocimiento de herederos que se hace en un juicio mortuario supone en todo ca-

so la comprobación previa, con copia auténtica de las partidas respectivas o con las pruebas supletorias del caso o con el testamento, de la muerte del causante y del parentesco de esos herederos con éste o de la institución testamentaria. El auto de reconocimiento de herederos ofrece, pues, el respaldo probatorio mencionado, y de aquí que la Corte haya expuesto en repetidas ocasiones la doctrina de que la copia auténtica de ese auto constituye prueba suficiente de la calidad de herederos en los reconocidos cuando se necesita establecer este carácter en cualquier otro juicio diferente del sucesorio o en que la litis no verse precisamente sobre el estado civil que acreditan aquellas partidas. Así se expresó, por ejemplo, en casaciones de febrero 22 de 1952 (LXXI - 2.110, 102 y 104) y de julio 14 de 1954 (LXXVIII - 2.144 -, 79). El auto mencionado tiene el valor de documento auténtico, según lo dispuesto por el artículo 632 del C. Judicial, y su copia es prueba idónea para demostrar la calidad de herederos" (Cas. Civ. julio 25 de 1965, G. J. CXVII, 151). Agrégase a lo dicho que presúmese que para el dicho reconocimiento, el heredero aceptó previamente.

III. Cuando el artículo 937 del C. Judicial en su numeral 2º dispone la fijación en la secretaría del Juzgado de un edicto emplazatorio de todos los que se crean con derecho a intervenir en la diligencia de inventario en juicio de sucesión, no está preceptuando, como erradamente lo entiende el recurrente, que la fijación y publicación de ese edicto tenga como fin notificar de esa manera el auto de apertura del juicio. El edicto, como claramente aparece del texto del artículo citado, está encaminado a hacer pública la apertura del juicio y a llamar a todos los que se crean con derecho a intervenir en él. Por tanto, cuando en el mismo auto de apertura del proceso sucesorio se ha hecho el reconocimiento de herederos, los beneficiarios de esta calidad no requieren que previamente se cumpla con la publicación, fijación y desfijación de ese edicto para poder actuar procesalmente o de cualquier otra manera en su condición de herederos, calidad que se tiene respecto de un difunto desde el mismo

momento en que, siendo llamado a suceder por testamento o por vocación legal, acepta la herencia y con el efecto retroactivo de la misma ley. Por tanto, se es heredero aún desde antes de que el Juez que adelanta el juicio mortuario respectivo, haga el reconocimiento de esa calidad. De todo lo anterior síguese que es suficiente, para demostrar esta la copia auténtica del auto en que dentro del juicio de sucesión se le ha reconocido a quien la invoca, sin necesidad de que aparezca la ejecutoria de dicha providencia.

De consiguiente, el Tribunal no incurrió en el denunciado error de derecho al concederle el valor que le dió a la copia del auto de reconocimiento referido.

Por tanto, el ataque no prospera.

TERCER CARGO

Acúsase violación indirecta por aplicación indebida de los artículos 1.546 y 1.930 del C. Civil, a consecuencia de error de hecho, que se hace consistir en que el Tribunal equivocadamente dedujo confesión de los demandados de estar en mora de pagar el precio, siendo que no existe prueba de tal afirmación ya que, en su sentir, el hecho que el fallador vió confesado, no tiene respaldo probatorio, pues esa confesión no puede deducirse de lo aseverado en la contestación de la primera demanda, cuando responden: "En cuanto al precio, recibieron \$ 800.00 y por los restantes \$ 700.00 que se negaron a recibir, cursa en el Juzgado 2º Municipal juicio de pago por consignación desde hace más de seis meses (C. Nº 2.66 vto.); que tampoco puede hacerse de la afirmación hecha en la demanda de oferta de pago el 16 de octubre de 1961 (C. 33, flios. 10 y vto.), al decir: "el 26 de septiembre de 1960 Manuel Mesías y José Florentino Táquez, por medio de escritura número 793 de esa fecha, transfirieron a título de venta en favor de mis mandantes las acciones y derechos que les correspondía en la universalidad de bienes de quien fue Rosa Táquez de Cuásquer. El precio de dichas acciones y derechos lo fijaron de común acuerdo en la suma de mil quinientos

pesos, suma esta que, a pesar de decirse que se ha recibido por los vendedores se hizo constar en letra de cambio por ese valor, con plazo de noventa días, que vencieron el seis de diciembre de mil novecientos sesenta. Mis mandantes dejaron transcurrir dos meses más y concurrieron donde sus acreedores (de la letra de cambio o sus beneficiarios) con el fin de solucionar esa obligación, habiendo recibido Manuel Mesías Táquez como acreedor solidario que es, la suma de ochocientos pesos con lo cual la obligación se solucionó parcialmente. Manuel Mesías Táquez entendió erróneamente que no podía recibir todo y los remitió donde José Florentino a que le entregaran los restantes \$ 700.00 y éste se negó a recibirlos". Que la confesión deducida por el Tribunal tampoco aparece probada con el texto del pliego de las posiciones que los demandados formularon a José Florentino Táquez, visible a flios. 3 del C/3. Que, de consiguiente, habiendo visto el sentenciador una confesión de incumplimiento que no aparece probada en autos, cometió error de hecho. Dice el acusador que "en este haz probatorio, sencillamente, lo que ellos confiesan o han dicho es que, en realidad, en la escritura de compra-venta no se dijo que el precio de la venta se satisfizo mediante una letra de cambio suscrita por los compradores en favor de los vendedores para pagarse a noventa días después de su otorgamiento, sino que allí solo se dijo que el precio los vendedores lo recibieron a satisfacción; pero que lo verdaderamente acordado, en cuanto al precio, fue la suscripción al día del otorgamiento de la escritura de dicha letra de cambio, con lo cual los compradores, mediante el fenómeno de una dación en pago, cumplieron oportunamente su obligación de pagar a los vendedores el precio de la compra-venta".

LA CORTE CONSIDERA:

1. No todo error de hecho tiene virtud suficiente para servir de fundamento a un ataque en casación por quebranto indirecto de ley sustancial. Exígesse perentoriamente que ese yerro aparezca de modo manifiesto en los autos, es decir que se ofrezca

a la Corte a simple vista por contrariar la evidencia del proceso, o sea que para desentrañarlo no sea menester hacer construcciones dialécticas, más o menos complicadas.

2. No es exacto afirmar que el Tribunal dedujo confesión de los demandados de escritos de estos en que nada confiesan. Basta leer la pregunta del pliego de posiciones (F. 3 C/3.) formulado por Sergio Fidel Cuásquer, citada por el Tribunal en la sentencia recurrida, para concluir sin ningún esfuerzo dialéctico que los demandados dejaron de pagar la suma de \$ 700.00 del precio convenido. Qué otra conclusión lógica admite esta pregunta formulada por el único demandado recurrente: "Diga Ud. cómo es verdad que por concepto del precio de la venta de las citadas acciones y derechos hereditarios solamente adeudan los compradores la cantidad de setecientos pesos, tal como lo confiesan Uds. en el escrito de demanda originaria de este juicio?".

Síguese entonces, que la impugnación recogida en este capítulo es vano.

CARGO CUARTO

Denuncia el censor violación indirecta de los artículos 1.546 y 1.930 del Código Civil por indebida aplicación, a consecuencia de error de derecho en la apreciación de "la demanda de oferta de pago, contestaciones a las demandas resolutorias del primero y este segundo ordinario, y afirmación al formular la pregunta en posiciones al demandante José Florentino Táquez", confesión que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 609 del Código Judicial, debió acoger íntegramente el Tribunal, es decir que la debió aceptar "en lo que beneficia y desfavorece a los demandantes", y no exclusivamente en la parte que les aprovecha. Por tanto, debió aceptarse la cualificación de la confesión consistente en la excusa dada por los demandados al afirmar que no pagaron el resto del precio "por que los beneficiarios se negaron a recibirlo".

LA CORTE CONSIDERA:

I. El Tribunal sentenciador encontró

que el incumplimiento de pagar el precio en el tiempo debido, obligación que habían asumido los demandados, estaba plenamente probado en el juicio con confesión que calificó de judicial.

Nota la Corte que, habiéndose alegado bajo este cargo un error de derecho como fuente de la infracción indirecta de la ley sustancial denunciada, el impugnante tenía el inexcusable deber de citar la norma de valoración probatoria que el sentenciador infringió al otorgar virtud de prueba plena a la confesión judicial que dedujo de cada una de las manifestaciones del demandado y que se especifican en la sentencia. Como se trata de una confesión, calificada por el Tribunal de Judicial, la censura debió citar como norma de valoración, infringida, la del artículo 606 del C. J., que, como se dejó visto, es la que concede ese mérito probatorio a esa especie de confesión. El recurrente, en cambio, solamente señaló, como precepto de pruebas violado, el artículo 609, disposición que indica cuándo la confesión es indivisible y cuándo se considera escindible, cuestión esta que ya en su aplicación práctica no implica problema de derecho, sino de simple hecho, como la Corte lo tiene declarado. Por tanto la cita de esta disposición no sirve para estructurar la violación medio.

II. Toda la fuerza de los argumentos levantados por el censor para fundamentar esta censura descansa en que el Tribunal no vió que las declaraciones de parte, de donde dedujo la confesión judicial, eran indivisibles por lo cual las debió tomar con sus modificaciones o explicaciones concernientes al mismo hecho confesado. Que el Tribunal al ver que el demandado había aceptado el hecho de deber parte del precio, debió haber acogido esa confesión pero con la explicación de que ese resto no se había pagado porque los demandantes se habían negado a recibirlo.

La apreciación sobre si una determinada declaración de parte constituye confesión indivisible o escindible, es una pura cuestión de hecho, según ya quedó expresado. Por tanto, la censura debió acusar por error de hecho.

Añádese a lo anterior que de las tres pruebas de que dedujo el sentenciador la confesión judicial impugnada, sólo una contiene la pretendida cualificación, pues las otras dos son confesiones simples, aptas para servir, por sí solas, de fundamento al fallo acusado.

Es suficiente lo expuesto para concluir que la acusación no puede tener eficacia.

CARGO QUINTO

Denúnciase infracción directa del artículo 1.947 del C. Civil, aplicación indebida del artículo 1930 y falta de aplicación del 16 ibidem, a consecuencia de error jurídico consistente en que el Tribunal estimó que fué de venta y no innominado el contrato cuya resolución se demandó, pues el precio sólo puede consistir en dinero y en el contrato acusado la contraprestación consistió en la aceptación de una letra de cambio por valor de \$ 1.500.00.

Anuncia el censor que "cuando en una escritura de supuesta compraventa se dice que el precio se paga en una letra de cambio —o se acredita que ésto fué así, aunque de manera simulada se diga otra cosa en su texto— lo que pasa es que, sin lugar a dudas, se pacta un convenio de transmisión y adquisición de dominio definitivo, irresoluble"; que ningún efecto de comercio, como la letra de cambio, es dinero; que con el otorgamiento de la letra de cambio lo que se quiso fué quitarle el carácter de resoluble al contrato de compraventa. Que como el Tribunal estimó que en la escritura 793 precitada se consignó un contrato de compraventa y uno innominado, "y como a tal le aplicó reglas que sólo son aplicables a la compraventa: resolución por falta de pago del precio, es claro que, dado este error jurídico... violó de manera directa, en primer término, el artículo 1.947 del C. C. por considerar como compraventa resoluble lo que no fué tal. Y violó, por consiguiente, los artículos 1.930 y 16 del C. Civil. El primero por haberlo aplicado a un caso que no es compraventa; y el segundo por haberlo dejado de aplicar. No podía el sentenciador aplicar al

contrato innominado reglas aplicables a contratos de naturaleza distinta".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I. Es indiscutible que la cesión a título oneroso del derecho de herencia, no es un contrato innominado, como lo pretende el recurrente, pues aparece reglamentado en el capítulo 2º del título 25 del libro 4º del C. Civil.

II. El ataque, como acaba de verse, se formuló por la vía directa y se hizo consistir en que el Tribunal calificó como compraventa un contrato de enajenación en que el precio no consistió en dinero, sino en la aceptación de una letra de cambio por el valor de aquel. De consiguiente, si el Tribunal no hubiera tenido de presente que el pretendido pago del precio se habría hecho con la aceptación del citado instrumento negociable, lo que no aparece demostrado, entonces y aunque ello sí se hubiera probado, la impugnación debía haber sido formulada por la vía indirecta con estribo en error de hecho evidente que consistiría en que el sentenciador habría dejado de ver que el precio habría sido solucionado con la aceptación de la apuntada letra de cambio.

III. Pero considerando que existiera el error jurídico denunciado, la sentencia no podría casarse, pues como el contrato que contiene la escritura pública N° 793, aún prescindiendo de su denominación, es indudablemente un contrato bilateral que puede ser resuelto por incumplimiento de una de las partes, según las voces del artículo 1.546 del C. Civil, aplicado por el Tribunal, y que en sí contiene la misma disposición general que para la compraventa en particular establece el artículo 1930 ibidem.

Síguese entonces, que tampoco prospera este quinto cargo.

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 del veintiocho (28) de mayo de mil novecientos sesenta y ocho (1968), proferida por el extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ipiales en el juicio ordinario promovido por Manuel Mesías Táquez y Florentino Táquez contra Medardo Tucánez y Sergio Fidel Cuásquer.

Las costas en el recurso extraordinario a cargo del recurrente Sergio Fidel Cuásquer.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, pues el territorio del de Ipiales le fue adscrito.

Ernesto Cediél Angel, Ernesto Blanco Cabrera, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández, Alfonso Peláez Ocampo.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.



SEGUROS

La sola inexactitud de las declaraciones del asegurado hace rescindible el contrato.
Contrato por adhesión. — Sólo sus cláusulas dudosas se interpretan en favor del adherente.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. — Bogotá, quince de diciembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Doctor Guillermo Ospina Fernández).

(Aprobado según Acta N° 112 de 1° de diciembre de 1970).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 26 de marzo de 1968 en el juicio de Manuel de Jesús Cifuentes y otro frente a la Compañía Suramericana de Seguros S. A.

EL LITIGIO

Ante el Juzgado 5° Civil Municipal de Medellín, Manuel de Jesús Cifuentes y Santiago Clavijo Castillo citaron a juicio a la Compañía Suramericana de Seguros S. A. para que, por los trámites de la vía ordinaria, se tomasen las siguientes determinaciones: "1°. Que los contratos de seguros aludidos en este libelo, amparaban a los señores Manuel de Jesús Cifuentes y Santiago Clavijo Castillo... respecto del incendio que ocurrió fortuitamente por acto imprevisto y destruyó las pertenencias aseguradas; 2°. Que, como secuela necesaria de lo anterior, la Cía. Suramericana de Seguros S. A. ... debe cumplir irremisiblemente, sin más dilaciones, los convenios ya referidos, cubriendo a mis poderdantes la cantidad total de quinientos sesenta y cuatro mil pesos (\$ 564.000.00) estipulados como valor indemnizatorio por 'gastos y ga-

nancias' e 'incendio', o lo que se demostrare en el curso del juicio; 3°. Que además de esa condena, la Cía. demandada sea obligada a resarcir el lucro cesante por la mora en el pago, con el interés calculado sobre la misma cantidad en la forma preordenada perentoriamente por las leyes 105/27 y 89/29 (art. 3°). Subsidiariamente a falta de las declaraciones totales imputadas, se condenará a la Cía. en favor del Sr. Santiago Clavijo Castillo por el valor de los seguros que a él corresponden dentro de los contratos enunciados y los intereses pertinentes tasados en la forma dicha".

Los hechos constitutivos de la causa pendiente pueden sintetizarse así: el actor Cifuentes, comerciante de profesión, contrató un seguro con la Compañía Firemen's Insurance Company Newark contra incendio de un establecimiento de su propiedad, denominado "Almacén La Ganga", ubicado en Cali; el asegurado tuvo necesidad de trasladar su mencionado establecimiento de la carrera 7ª N° 11-33 a la carrera 10ª N° 15-28, "y por esto también la de convenir un nuevo seguro, pues la Compañía precitada no admitió la vigencia del anterior en el nuevo local"; fué así como se expidieron las pólizas N° 006223 por 'gastos y ganancias' y N° 096557 por incendio que inicialmente ampararon al Sr. Manuel de Jesús Cifuentes y luego, mediante los anexos Nros. 147929 y 147911 beneficiaron también al Sr. Santiago Clavijo quien poseía, dentro del establecimiento precitado, un pequeño negocio"; estando en vigencia los mencionados contratos, ocurrió un incendio que consumió totalmente los bienes ase-

gurados, según se comprobó en inspección judicial; la compañía aseguradora, "pretextando exclusión del riesgo y apelando a subterfugios infundados ha desconocido sus obligaciones", y el 5 de enero de 1966 le dirigió a Cifuentes una comunicación, en la cual le anuncia unilateralmente la anulación o invalidez de las referidas pólizas.

En uso del traslado del libelo, la compañía demandada dió respuesta a este, admitiendo algunos de sus hechos, explicando otros y negando los restantes, para terminar oponiéndose a las pretensiones de los actores e invocando la nulidad de los contratos de seguro "por haber incurrido el asegurado o presunto asegurado en una reticencia o falsedad que impidió que la Compañía se formara un concepto preciso del riesgo que se le proponía asumiera, haciendo con ello que el consentimiento del asegurador resultara viciado..."

La primera instancia del juicio culminó con sentencia que declaró no probada la excepción de nulidad propuesta por la parte demandada; negó las declaraciones impetradas por la actora, y condenó a ésta en costas. Apelada esta providencia por ambas partes, surtióse el segundo grado del juicio, en el cual recayó el fallo sujeta materia del presente recurso extraordinario.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

Encuentra el sentenciador plenamente establecido en los autos los contratos de seguro invocados por los actores, lo que impone el examen de la validez de los mismos impugnada por la Compañía demandada. Para el efecto, verifica aquél que en la póliza 006223, vigente desde el 2 de diciembre de 1965 hasta la misma fecha del año siguiente, se expresa: "... La Suramericana contrae las anteriores obligaciones en consideración a las declaraciones hechas en la solicitud las cuales son base de este contrato y forman parte integrante de él... Lo dicho respecto de la póliza se aplicará también a todas sus renovaciones y anexos"... "La Suramericana no tendrá responsabilidad alguna provenientes de esta póliza y el asegurado perderá todo derecho a indemnización, si en la solicitud hubiere

cualquier información falsa o inexacta o se hubiere omitido suministrar cualquiera circunstancia que conocida por la Suramericana la hubiere retraído de otorgar este amparo o la hubiere llevado a modificar sus condiciones o a formarse concepto diferente de la gravedad del riesgo". "... El asegurado está en la obligación de notificar por escrito a la Suramericana todo otro seguro que posea o tome en el futuro sobre los mismos riesgos aquí cubiertos: si no lo hiciere perderá todo derecho a indemnización". Igualmente, de la póliza N° 096557 de la misma fecha se transcribe: "Toda declaración falsa o inexacta hecha a la compañía...; toda reticencia o disimulación de cualquier circunstancia que modifique el concepto de gravedad del riesgo o cambie el sujeto del mismo, anula la presente póliza en todos sus efectos con relación a los bienes sobre los cuales la Compañía no ha podido formarse un criterio exacto en cuanto al riesgo. Las declaraciones del asegurado, contenidas en la solicitud, se considerarán como integrante de esta póliza". "... Si la totalidad o parte de los objetos mencionados en la presente póliza están asegurados por otros contratos suscritos antes o después de la fecha de la misma, el asegurado está obligado a declararlo por escrito a la Compañía y obtener constancia de ello en el cuerpo de la póliza, o por medio de un anexo a la misma, a falta de lo cual, en caso de siniestro, el presente contrato no producirá ningún efecto".

Refiriéndose a la solicitud de seguro aludida en las disposiciones transcritas, también verifica el Tribunal la existencia de la misma en los autos, la que se encuentra suscrita por Manuel de Jesús Cifuentes y a la que se le atribuye pleno valor probatorio pese a que el apoderado de este último, en su alegato de primera instancia dijo no haberse acreditado que el formulario respectivo hubiera sido llenado personalmente por el nombrado Cifuentes, plantamiento que le imponía a éste la carga de probar la inexistencia del contenido del referido documento. Agrégase a lo dicho que, como es incuestionable el 29 de noviembre de 1965, fecha de la solicitud de que se viene

haciendo mención, le fué cancelado al solicitante el que anteriormente tuviera contratado con la Compañía Firemen's Insurance Company Newark, se evidencia la inexactitud en que éste incurriera al declarar que no tenía otros seguros ni estos le habían sido cancelados: lo primero, en el supuesto de que al formular la solicitud todavía no hubiera recibido la nota de cancelación; lo segundo, en el evento de que ésta ya hubiera llegado a su poder. Estos hechos se desprenden de la confesión de los actores en el libelo de la demanda, corroborada por los documentos respectivos.

“Dentro de la autonomía contractual (art. 1.602 cors. C. C.) y la legalidad en general, que no se lesiona con ellas, están las estipulaciones de que se ha dado cuenta (arts. 1494, 1.502 cdt. ib.) y de allí que sea del caso reconocerles eficacia en el plano jurídico, puesto que concretan específicamente una voluntad contractual, dentro de aquella norma que en relación con el contenido de la póliza de seguro autoriza... ‘todas las demás estipulaciones que quisieren agregar las partes’ (num. 9 art. 640 C. Co.). De otro lado se observa que con ello coincide la obligación que en general pesa sobre el tomador del seguro de declarar todas las circunstancias que tiendan a precisar el riesgo, en una y otra esfera (art. 680 Co.).”

Refutando argumentos aducidos por la parte actora en el sentido de que las reticencias en que incurra el asegurado deben ser inductivas a “error esencial sobre la gravedad intrínseca del riesgo en cuanto a su cuantía, destinación y localización, y que aún en las hipótesis de que hubiera habido inexactitud no habría ‘auténtica reticencia’, puesto que en cuanto a ella se tiene que debe ser de entidad grave e influyente”, el Tribunal responde: “A no dudar, en asuntos de seguro no juegan papel sólo la situación objetiva de lo asegurado y la prima, sino también aquello que al crearse la situación contractual quisieron tomar en consideración las partes de modo especial, como pueden hacerlo en cuanto a otros contratos y siempre que no

quebrante su esencia. Si las informaciones dadas al solicitar el seguro fueron tomadas o determinadas como básicas, fatalmente ellas han de tener incidencia en las vinculaciones nacidas entre las partes, de donde se desprende que no se las puede valorar como desprovistas de trascendencia, aunque al darlas haya caído el interesado en simple error u omisión y sin malicia”.

De las anteriores consideraciones y de otras concordantes sobre los mismos temas, concluye el Tribunal que es del caso acoger la excepción perentoria propuesta por la parte demandada, por lo cual revoca la sentencia recurrida, declara probada la referida excepción de nulidad y niega las súplicas de los actores con costas a cargo de los mismos.

LA IMPUGNACION

Interpuesto el recurso de casación por la parte demandante, fúndase en escrito que contiene un cargo en la órbita de la causal primera de casación, por interpretación errónea de los artículos 680 y 681, ordinal 1º del Código de Comercio, y 1.502, 1.508, 1.515, 1.516 y 1.602 del Código Civil.

Con transcripción de los pasos del fallo acusado en que el Tribunal declara la operancia dirimente de las declaraciones inexactas que el actor Cifuentes hizo al solicitar los contratos de seguro **sub lite**, dice el censor que, en ellos, dicho sentenciador “recortó” el alcance del numeral 1º del artículo 681 del C. de Co., comoquiera que supuso erróneamente que la eficacia de la norma allí contenida dependería exclusivamente de la circunstancia de que el asegurado hubiere incurrido en declaraciones falsas o erróneas, o en reticencias, sin tener en cuenta que el propio texto también exige que los mencionados vicios deben ser influyentes o capaces de incidir en el consentimiento del asegurador. “No otro puede ser el alcance de ‘aquellas circunstancias que, conocidas por el asegurador, pudieran retraerle de la celebración del contrato o producir alguna modificación en sus condiciones’. No puede pensarse válidamente que en estas circunstancias estén comprendidas hasta las indiferentes o ca-

rentes de todo valor, como los simples errores o las omisiones intrascendentes o sin malicia, o cualquier reticencia, como sostiene enfáticamente el Tribunal, porque esto equivale a desconocer los principios básicos que en nuestro derecho gobiernan la institución de los vicios del consentimiento, uno de los cuales es el de que el vicio debe tener tal entidad que pueda afirmarse que sin él no hubiera habido acto o contrato". En apoyo de esta tesis se citan los artículos 1.510, 1.511, 1.512, 1.513 y 1.515 del C. Civil, de cuyo contexto concluye el censor que el error, el dolo y la fuerza solamente vician el consentimiento en los actos y contratos cuando son determinantes de dicho consentimiento, requisito sin el cual son indiferentes.

"Los vicios del consentimiento no son ajenos por demás al contrato de seguro; en él conservan toda su operancia aunque aparezcan parcialmente presentados en forma diferente. De allí que pueda afirmarse sin lugar a equívocos que no cualquier declaración falsa o errónea vicia el consentimiento y afecte de nulidad relativa, igualmente, que no cualquier reticencia produzca tales efectos. Unas y otras deben haber movido a la Cía. Aseguradora a contratar. Unas y otras deben haber sido determinantes de su consentimiento. No puede admitirse y ni siquiera pensarse que el Código de Comercio haya variado sustancialmente la institución de los vicios del consentimiento para darle a estos, frente a los contratos comerciales, una diferente fisonomía, una extensión inusitada y unos efectos tan exagerados que impliquen un atentado contra los efectos mismos que la ley confiere a los contratos, en cuya estabilidad y cumplimiento están comprometidos el orden público y el bienestar general... La reticencia allí mencionada no es un vicio diferente, ni merece trato diferencial, sino que es una figura que participa, unas pocas veces, de la naturaleza del error y en otras, las más, de la del dolo; razón por la cual, como en los vicios anotados, debe ser determinante o influyente".

En lo que toca con la interpretación errónea del artículo 1.602 del C. Civil, ahora

citado como concordante con los 15 y 16 ibidem, explica el censor que en ellos se encuentra el fundamento de la autonomía de la voluntad privada. Pero que esta ha perdido ya su alcance originario, tal cual éste fué concebido en la época de la expedición del código, a causa de razones de orden público, de interés general y de equidad. Tal ocurriría en materia de los contratos colectivos y los por adhesión. "En estos últimos —caso del seguro— la autonomía de la voluntad tiene una operancia muy reducida, casi nula, ya que el contratante adherente se reduce a aceptar unas bases ya redactadas o definitivas... Es esta la razón para que la ley tenga que salir a proteger al asegurado, bien haciendo favorable la interpretación en caso de duda o bien restringiendo el alcance de ciertas cláusulas que, aunque claras, pueden hacer más débil la posición del asegurado... Con estos planteamientos es imposible e ilegal aceptar, como lo hizo el Tribunal, que en los contratos de seguro opera la autonomía de la voluntad hasta el extremo de permitirle al asegurador variar el contenido de los vicios del consentimiento y sus requisitos estructurales, o para crear vicios donde la ley no los ha visto o previsto".

Volviendo sobre el tema de la preceptiva general de los vicios del consentimiento, dice el censor que éstos deben ser probados en la plenitud de sus requisitos legales y que, en el caso de autos, si bien es cierto que el actor Cifuentes negó que se le hubieran cancelado seguros anteriores, esta negativa "no encubría ningún hecho deshonesto, criminal o deshonesto de mi poderdante", ni implicaba que tal actitud tuviera virtualidad suficiente para viciar el consentimiento de la compañía aseguradora, pues la cancelación del aludido seguro anterior obedeció a que la compañía extranjera que lo había concedido, según sus reglamentos, no podía asegurar almacenes ubicados en edificios del tipo de construcción de que se trataba, pero la entidad demandada en este juicio sí podía hacerlo. "La afirmación precedente no puede hacerse a un lado ya que si la respuesta hubiera sido afirmativa en el presente juicio también se habría celebrado el contrato,

porque la Cía. demandada no tenía impedimento alguno para asegurar almacenes ubicados en ese tipo de construcción". Entonces, si la reticencia es una forma del dolo, era de cargo de la compañía demandada probar la intención positiva que tuvo el asegurado de inferirle injuria o daño, o de engañar a aquélla, o de ocultar el riesgo asegurado, como también que esa conducta de dicho asegurado tenía "relevancia suficiente para hacer desistir a la Cía. de celebrar el contrato o modificar los límites del riesgo". Además, interpretando el contrato en favor del asegurado adherente, hasta podría llegarse a la conclusión de que éste no incurrió en reticencia al declarar que no se le había cancelado contrato alguno en relación con los bienes que se encontraban en su nuevo local, pues el que le canceló la compañía extranjera se refería a otro local diferente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

I. El quebranto de la ley sustancial siempre estructura un error jurídico, pues es deber de los juzgadores decidir cada especie litigiosa de conformidad con la preceptiva legal que le es pertinente, sólo con la que le es pertinente, y con el verdadero sentido y alcance que esta tiene. Pero al referido error *in judicando* puede llegarse de tres modos diferentes e inconfundibles entre sí, a saber: falta de aplicación de las normas que están llamadas a regir la situación fáctica *sub lite*; aplicación indebida de los preceptos que son extraños a dicha situación y, en fin, interpretación errónea que se ofrece cuando el sentenciador ha elegido acertadamente las normas legales, pero las aplica adulterando su verdadero sentido o su alcance. Síguese de lo dicho, según reiterada jurisprudencia, que este último motivo de casación o sea el de error hermenéutico o de interpretación de la ley, no tiene cabida respecto de los preceptos sustanciales que el sentenciador no ha aplicado, porque, entonces, mal puede decirse que su pronunciamiento sea una conclusión deformada del verdadero sentido o alcance de dichos preceptos. Y tampoco hay lugar a este motivo cuando la violación de la ley proviene de errores en

la apreciación de la especie fáctica, los que pueden conducir a la falta de aplicación o a la aplicación indebida de la preceptiva legal, pero no a la interpretación errónea de esta, porque tal vicio judicial supone una operación dialéctica desviada por parte del sentenciador frente a dicha preceptiva en sí misma considerada, vale decir con independencia de los aspectos fácticos que presente la especie a que esa preceptiva se trata de acoplar.

II. Visto está que el recurso le imputa al fallo acusado error hermenéutico respecto de los artículos 1.502, 1.508, 1.515 y 1.516 del C. Civil, que consistiría en que el sentenciador ignoró que estos textos legales y otros que cita la impugnación solamente les dan operancia dirimente de los actos jurídicos a los vicios del consentimiento cuando éstos son determinantes de la celebración de dichos actos, o sea cuando el error fortuito o provocado por el dolo, o la fuerza, inducen a la víctima a prestar un consentimiento que en otras circunstancias no había prestado. Así propuesta la acusación es claro que ella no se compadece con la preceptiva técnica del motivo que aduce, o sea el de la interpretación errónea de los textos legales en cita. En efecto: el fallo acusado no ensaya interpretación ninguna de estos, no los menciona y ni siquiera de la motivación del mismo puede inferirse que los hubiera aplicado con el alcance que les asigna el censor o con otro diferente.

La censura es, pues, inane.

III. Respecto de los artículos 680 y 681 del C. de Comercio, que sí fueron aplicados por el sentenciador y constituyen el principal fundamento jurídico de su fallo, dice el censor que ellos fueron interpretados erróneamente porque, en su sentir, conformándose con las directrices generales de la institución de los vicios del consentimiento y, en particular, con las consignadas expresamente en el artículo 1.515 del C. Civil, tales textos presupondrían para la rescisión del contrato de seguro que las declaraciones falsas, erróneas o reticentes del asegurado al tiempo de contratar fuesen

dolosas o maliciosas y, además, que ellas hubieran influido sobre el ánimo del asegurado, no de cualquier manera, sino hasta el punto de determinarlo a prestar su consentimiento. En concepto del recurrente estas condiciones legales faltarían en el presente caso, pues la inexactitud en que incurriera el actor Cifuentes, si fue que en ella incurrió al declarar que no tenía otros seguros ni alguno de estos le había sido cancelado con anterioridad, no fué maliciosa, como tampoco fué determinante del consentimiento de la Compañía aseguradora, porque los reglamentos de ésta no le impedían celebrar el contrato habida cuenta de las condiciones del local en que se encontraban los bienes por proteger.

IV. Esta otra censura es infundada porque, contra lo que cree el recurrente, los citados artículos 680, ordinal 1º, y 681, ordinal 1º, del C. de Comercio sí establecen un régimen especial para el contrato de seguro, en relación con la exactitud o inexactitud de las declaraciones que debe hacer el asegurado al tiempo de contratar, régimen que es distinto del general de los vicios del consentimiento y, en particular, del que es propio del dolo dirimente.

V. Sabido es que los postulados de la buena fé y de la diligencia y cuidado son las piedras angulares de todo el ordenamiento jurídico. Toda persona, por el solo hecho de vivir en sociedad, debe observar una conducta leal y diligente para que sus actos u omisiones no lesionen injustamente el derecho ajeno. Así, quien participa en la celebración de un contrato debe proceder de buena fé y con todo el cuidado necesario para que su actuación no perjudique indebidamente a los otros interesados. En punto del contrato de seguro, el artículo 680 del C. de Comercio pone especial énfasis en ese deber de lealtad y cuidado que ha de observar el asegurado, imponiéndole la obligación de "declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos" (se subraya). Esta consideración que el legislador le presta a las declaraciones del asegurado se explica, según la doctrina inveterada al respecto,

por cuanto quien pretende obtener un seguro ciertamente está en mejor capacidad que el asegurador para conocer todas las circunstancias del riesgo que se trata de cubrir, lo que consecuencialmente le impone el deber de revelar tales circunstancias al asegurador para que éste pueda así apreciar dicho riesgo y decidir si lo asume o nó y, en caso afirmativo, en qué condiciones lo hace.

VI. Hasta tal punto el legislador le atribuye relevancia a esas declaraciones del asegurado que ya en el artículo 681 *ibidem*, con el propósito de proteger plenamente al asegurador contra la inexactitud de aquellas, autoriza la rescisión del contrato, apartándose para el efecto de la preceptiva general del dolo por dos aspectos, a saber:

a) Este, o sea el dolo, supone necesariamente un elemento interno, cual es el ánimo malicioso o intención positiva de engañar a otro (C. C. art. 63), y un elemento externo que es la traducción de ese ánimo dañado, bien sea mediante actos positivos, como las maquinaciones, artificios, astucias, declaraciones falsas etc. (dolo positivo), bien sea mediante omisiones o reticencias que pueden consistir, respectivamente, en ocultar totalmente lo que se debe poner de manifiesto o en encubrir la plenitud de la realidad con el empleo de manifestaciones veladas, expresiones incompletas o ambiguas, etc. (dolo negativo o por omisión). Pero, ya en materia del contrato de seguro, la protección del asegurador no se reduce al evento de que las declaraciones del asegurado sean falsas o maliciosamente reticentes, sino que abarca también las hipótesis en que la inexactitud de estas provenga del error involuntario o de la reticencia torpe, porque se repite que lo que aquí busca la ley es que el asegurador contrate con plena consciencia del riesgo que asume, a lo que se opone la sola inexactitud de las declaraciones que le suministre el asegurado maliciosa o inocentemente. Por ello, el comentado artículo 681 no limita la sanción rescisoria del contrato al caso de falsedad, cual si se tratara de castigar al asegurado infiel, sino que la extiende a los eventos de las declaraciones erróneas y a

las reticencias no cualificadas, ya que es indiscutible que el error del asegurado y el equívoco en lo que declara pueden afectar también ese grado de consciencia que se requiere para que el asegurador asuma el alea o riesgo por cubrir; y

b) Como es sabido, el dolo tampoco constituye en sí mismo un vicio del consentimiento, sino que es la causa del error que genera en la mente de la víctima, protegida con la acción rescisoria del acto respectivo. Sólo que como el error es un estado intelectual muchas veces imperceptible o indemostrable, al paso que el dolo que lo produce, de ordinario deja tras de sí huellas o rastros de su comisión, el legislador para facilitar la convicción del Juez acerca de las circunstancias anormales en que el contrato se ha celebrado, califica el dolo como si éste fuese en realidad un vicio del consentimiento. Sin embargo, dicho legislador no ignora la verdadera naturaleza del fenómeno en cuestión y así el artículo 1.515 del C. Civil no se limita a exigir la presencia del dolo cometido por uno de los contratantes, sino que también mira a la influencia o repercusión que aquél tenga sobre el ánimo del otro contratante, bien sea para declarar la nulidad relativa del acto o bien para sólo imponer la sanción indemnizatoria que normalmente aparejan las conductas dolosas. Así en este punto nuestra legislación civil (art. 1.515) consagra la distinción clásica entre el dolo principal o determinante que es el que induce a la celebración misma del acto o contrato y el dolo incidental que no tiene esa virtualidad compulsiva, sino que sólo influye en las condiciones de un negocio que la víctima ya estaba dispuesta a concluir. Ahora bien, es tal consideración especial que la ley mercantil presta a las declaraciones que el asegurado debe hacerle al asegurador que, respecto de ellas, o mejor aún, de su inexactitud dolosa y aún inculpable, establece la rescisión del contrato, con prescindencia de la precitada distinción, según expresamente lo declara el artículo 681 citado que no solamente contempla el evento de que esas declaraciones inexactas retraigan al asegurador de la celebración del contrato, sino también el de

que, no mediando aquellas, las condiciones aceptadas por éste habrían sido otras (se subraya). Queda así al prudente criterio del juzgador apreciar, como cuestiones de hecho que son y no jurídicas o de interpretación del texto legal, si las declaraciones del asegurado son falsas o erróneas, o reticentes, y si éstas han influido en la celebración misma del contrato o en la aceptación por el asegurador de condiciones distintas de las que habría estipulado de tener conocimiento más exacto del riesgo por asumir.

VII. De lo expuesto se concluye que no es de recibo la interpretación que el recurso pretende darles a los artículos 680 y 681 del C. de Comercio, porque estos textos especiales sí modifican sustancialmente la preceptiva general de los vicios del consentimiento, particularmente en lo que toca con las condiciones del dolo dirimente, como también que es infundada la censura que se le formula al fallo acusado por no haber acogido esa equivocada interpretación del censor. Agrégase a esto que si la acusación se endereza, según se desprende de su formulación, a atribuirle al sentenciador un yerro hermenéutico por haber calificado de reticentes las declaraciones que el actor Cifuentes le hizo a la Compañía demandada al solicitarle el seguro y por haber considerado que esa reticencia sí influyó en el ánimo de ésta para la celebración del contrato o para la estipulación de las condiciones del mismo, dicha acusación resulta impertinente al motivo alegado, pues los referidos aspectos son cuestiones de hecho y no de interpretación jurídica que, al ser indebidamente apreciadas, podrían dar lugar a una impugnación por la vía indirecta y no por el motivo de la interpretación errónea de la ley sustancial que sólo procede por la directa y con abstracción de los hechos constitutivos de la situación litigiosa.

VIII. Censúrasele finalmente al fallo acusado haber incurrido en interpretación errónea del artículo 1.602 del Código Civil, en concordancia con los 15 y 16 ibidem, por haber declarado legales las estipulaciones insertadas en las pólizas de seguro y que se refieren a las declaraciones que hizo

el asegurado al solicitar la expedición de éstas. El yerro hermenéutico a este respecto consistiría en que el sentenciador les atribuyó a dichos textos legales, que tocan con la autonomía de la voluntad privada, un alcance que ellos ya no tendrían en la época actual, particularmente en punto de los contratos por adhesión, categoría en la que se ubicaría el contrato de seguro. En el sentir del recurrente, las referidas estipulaciones habrían creado vicios del consentimiento no establecidos por la ley o habrían introducido para éstos un régimen contrario a su preceptiva legal, desbordando así ese ámbito de la autonomía privada, de donde resultaría que las aludidas estipulaciones son ilícitas y que, al no ser calificadas así por el Tribunal, éste habría quebrantado las disposiciones en cita.

IX. Tampoco encuentra la Corte fundado este otro reparo del recurso, porque es inexacta la afirmación que en el recurso se hace, según la cual la aparición en el comercio moderno de los contratos por adhesión hubiera determinado respecto de estos una aplicación restrictiva del artículo 1.602 del C. Civil o una ampliación del alcance del artículo 16 *ibidem*, hasta el punto de que los Jueces quedasen autorizados para negar valor u obligatoriedad a cláusulas de dichos contratos, aunque la ley no las considere ilícitas por ser violatorias de los mandatos imperativos de la misma, o por ser contrarias al orden público o a las buenas costumbres.

X. Ciertamente es que si el contrato implica necesariamente el concurso de las voluntades de las partes, parecería lógica la exigencia de que su celebración debiera realizarse siempre previa discusión entre éstas de todas y cada una de las cláusulas que lo integren, en forma tal que dichas cláusulas fueran elaboradas conjuntamente por todos los contratantes. Sin embargo, en el comercio moderno es frecuente el caso de que dos personas lleguen a encontrarse vinculadas por un contrato, sin que con anterioridad se haya desarrollado ese proceso preliminar de discusión sobre las cláusulas y condiciones del mismo. Ordinariamente ocurre esto en punto de transpor-

tes, seguros, compraventa en los grandes almacenes, espectáculos, servicios públicos, etc., pues, las grandes empresas que se dedican a estos ramos suelen fijar, por sí solas, sus precios y condiciones, ofreciéndolos al público sin admitir que persona alguna entre a discutirlos, sino simplemente a manifestar si los acepta o no. Esta nueva forma de contratación, impuesta por la complejidad comercial y económica, ha dado lugar a la distinción entre los contratos preestipulados y los contratos por adhesión, llamados así estos últimos, por cuanto uno de los contratantes se limita a prestar su adhesión a las condiciones impuestas por el otro.

¶ XI. Ciertamente es también que las características especiales del contrato por adhesión han inducido a varios tratadistas del Derecho público y a unos pocos civilistas, como Duguit, Haurioy, Saleilles y otros, a negar su índole contractual. Para ellos, el llamado contrato por adhesión es un acto jurídico unilateral, en que el único y verdadero agente, generalmente una poderosa empresa, al emitir una "voluntad reglamentaria" impone su decisión a otra persona que, por consiguiente, sólo desempeña un papel pasivo en la operación. Pero, la gran mayoría de los tratadistas del Derecho Civil y la jurisprudencia rechazan esta concepción artificiosa; con fundamento en que la ley, en parte alguna, exige que la formación del contrato sea la culminación de un proceso de discusión entre los agentes. Como dice Jossierand, "ni la igualdad económica ni la igualdad verbal son condiciones necesarias para la validez de los contratos: basta con la igualdad jurídica". (Cours. T. II N° 33). Por consiguiente, para que un acto jurídico productivo de obligaciones constituya contrato, es suficiente que dos o más personas concurren a su formación, y poco importa que, al hacerlo, una de ellas se limite a aceptar las condiciones impuestas por la otra; aún así, aquélla ha contribuido a la celebración del contrato, puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerlo.

No es, pues, de recibo, y está en contradicción con dichas premisas admitidas por

el mismo Josserand, la facultad que este autor le reconoce al Juez, en lo que coincide la tesis del censor, "para entrar a decidir si tal o cual cláusula del contrato por adhesión ha sido verdaderamente aceptada por las partes, o si su inserción en un reglamento compacto y misterioso constituye trampa contra una de ellas (O. cit. loc. cit.). En esta misma contradicción ha incurrido la Corte (Casación G. J. Nos. 1.929 y 1.921 págs. 93 y ss.), lo que impone las consideraciones que se vienen haciendo por vía de rectificación doctrinaria. Es claro que si la adhesión de una parte a la voluntad de la otra basta para formar el contrato, todas las cláusulas del mismo se deben tener como queridas y aceptadas por el adherente. Lo que sí se justifica, atendiendo a los peligros que ofrece la naturaleza del contrato por adhesión, tan importante y frecuente en el comercio moderno, es que la ley misma, no el Juez, se preocupa por evitar la inserción de cláusulas leoninas en los reglamentos de las empresas, como lo ha hecho en materia de transportes al exigir a los empresarios que fijen sus tarifas de acuerdo con la autoridad y al prohibirles que se exoneren de responsabilidad. También se justifica que la ley establezca normas particulares para la interpretación de los contratos por adhesión, en forma tal que sus cláusulas dudosas sean interpretadas en favor del adherente, que es a lo que, entre nosotros, conduce el inciso 2º del artículo 1.624 del Código Civil.

XII. De otro lado, tampoco es exacto que el contrato de seguro por su esencia o por su naturaleza, haya de encasillarse necesariamente en la categoría de los contratos por adhesión, porque la ley en parte alguna exige dicha forma respecto del mismo, de donde resulta que bien puede perfeccionarse por el sistema de la preestipulación, aunque lo usual es que la póliza respectiva se encuentre ya redactada por el asegurador y que el asegurado adhiera a ella sin discutir sus cláusulas. De ahí que el artículo 640 del C. de Comercio, a vuelta de determinar el contenido mínimo de toda póliza de seguro, en su ordinal 9º autorice la inserción de "las demás estipulaciones que quisieren agregar las partes".

XIII. En conclusión: no es cierto, como lo pretende la censura, que el contrato de seguro, aunque se celebre por adhesión, no admita en toda su amplitud la operancia del postulado de la autonomía de la voluntad privada, tal cual este se encuentra consagrado por la ley, entre otros el art. 1.602 del C. Civil, para todos los contratos preestipulados o no, así como tampoco es cierto que las partes, en ejercicio de dicha autonomía, no puedan insertar en el contrato todas las estipulaciones que estimen convenientes, desde luego con la limitación general de no contrariar el orden público y las buenas costumbres, especialmente cuando estos están amparados por leyes imperativas, como lo prescriben los artículos 16, 1.518, 1.523, 1.524 y concordantes del C. Civil.

XIV. Como ya quedó expresado, las anteriores consideraciones se enderezan principalmente a la rectificación doctrinaria de las tesis que propugna el recurso y que, en parte, cuentan con respaldo de ciertos expositores y hasta de alguna jurisprudencia de la Corte. Mas, a ello agrégase que enfocada la censura en su precisa formulación, también se encuentra que esta falla por su base, pues si lo que se le tacha a la sentencia acusada es el haber estimado legales las estipulaciones que las pólizas de seguro contienen en lo tocante con las declaraciones que hizo el asegurado al tomarlas, resulta que dichas estipulaciones se limitan a reproducir sin extralimitación alguna el contenido del ordinal 1º del artículo 681 del C. de Comercio y es claro que, en tales circunstancias, no puedan ser ilegales o ilícitas, según lo pretende el censor, como tampoco la calificación que de las mismas hizo el fallo puede implicar una adulteración del sentido o del alcance del texto reproducido. En efecto reza éste: "El seguro se rescinde: 1º) por las declaraciones falsas o erróneas, o por las retenciones del asegurado acerca de aquellas circunstancias que, conocidas por el asegurador, pudiera retraerlo de la celebración del contrato, o producir alguna modificación en sus condiciones". Y las referidas estipulaciones, tales como las reproduce el fallo son del siguiente tenor: "... La Surameri-

cana contrae las anteriores obligaciones en consideración a las declaraciones hechas en la solicitud las cuales son base de este contrato y forman parte integrante de él... Lo dicho respecto de la póliza se aplicará también a todas sus renovaciones y anexos... "La Suramericana no tendrá responsabilidad alguna proveniente de esta póliza y el asegurado perderá todo derecho a indemnización, si en la solicitud hubiere cualquier información falsa o inexacta o si hubiere omitido suministrar cualquier circunstancia que conocida por la Suramericana la hubiere retraído de otorgar este amparo o la hubiera llevado a modificar sus condiciones o a formar concepto diferente de la gravedad del riesgo"... El asegurado está en la obligación de notificar por escrito a la Suramericana todo otro seguro que posea o tome en el futuro sobre los mismos riesgos aquí cubiertos: si no lo hiciere perderá todo derecho a indemnización". "Toda declaración falsa o inexacta hecha a la Compañía...: toda reticencia o disimulación de cualquier circunstancia que modifique el concepto de gravedad del riesgo o cambie el sujeto del mismo, anula la presente póliza en todos sus efectos con relación a los bienes sobre los cuales la Compañía no ha podido formarse un criterio exacto en cuanto al riesgo. Las declaraciones del asegurado, contenidas en la solicitud, se consideran como parte integrante de esta póliza" "... Si la totalidad o parte de los objetos mencionados en la presente póliza están asegurados por otros contratos suscritos antes o después de la fecha de la misma, el asegurado está en la obligación de declararlo por escrito a la Compañía y obtener constancia de ello en el cuerpo de la póliza o, por medio de un anexo a la misma, a falta de lo cual, en caso de siniestro, el presente

contrato no producirá ningún efecto. No se observa, pues, alteración alguna de régimen jurídico entre las cláusulas transcritas y el citado artículo 681 del C. de Co.; ni se entiende cómo se hubiera podido violar el artículo 16 ibidem en una convención que no deroga, sino que, por el contrario, reproduce el texto legal pertinente al contrato celebrado; ni el artículo 1.602 ibidem que le atribuye vigor normativo a esa convención, precisamente por ajustarse a la ley. En fin, ni el censor explica el quebranto del artículo 15 ibidem ni éste desempeña papel alguno en el caso *sub lite*.

En suma, el recurso es del todo infundado.

RESOLUCION

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, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 26 de marzo de 1963 en el juicio de Manuel de Jesús Cifuentes y otro frente a la Compañía Suramericana de Seguros S. A.

Sin costas por la rectificación doctrinaria que se hace.

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

Ernesto Cediel Angel, Ernesto Blanco Cabrera, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández, Alfonso Peláez Ocampo.

Heriberto Caycedo M., Secretario.



SALA DE CASACION PENAL

Extractos de Jurisprudencia a cargo del Relator
DOCTOR JOSE SARMIENTO MANTILLA

DEMANDA DE CASACION

El objeto del recurso de casación es el de velar porque las leyes se apliquen rectamente y con autenticidad. Impidiendo que se desvirtúe su sentido. Aunque el libelo impugnatorio haya sido declarado admisible desde el punto de vista formal, la calificación del mismo por el aspecto indicado, no obliga a la Corte al examen de fondo de la acusación cuando esta adolece de vicios sustanciales.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre dos de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez).

(Aprobado: Acta N° 39 de 2 de octubre de 1970).

VISTOS:

En sentencia del 17 de octubre de 1969, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta confirmó la dictada por el Juez Primero Municipal de Ocaña, que condenó a ROQUE MANOSALVA CABRERA a quince meses de prisión y a las penas accesorias correspondientes, como responsable del delito de hurto en bienes de Luis Eduardo Vega Barbosa.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso recurso de casación el Fiscal Primero del Tribunal, recurso admitido en esta Corporación el 30 de enero de 1970, que luégo, en providencia del 22 de junio próximo pasado, dispuso correr traslado a la Procuraduría para los fines de que trata el artículo 3° del Decreto 1.154 de 1954.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal se abstuvo de ampliar la demanda

“por no estar de acuerdo con la cuestión de fondo planteada por el distinguido funcionario del Ministerio Público”, y en su vista enumera las razones de la abstención, que adelante se sintetizan.

Por auto del 20 de agosto del año en curso se declaró el libelo ajustado a los requisitos de forma que señala el artículo 63 del Decreto 528 de 1964 y se ordenó el traslado a la parte no recurrente. Esta no se hizo oír.

Agotado el trámite pasa a deducirse el recurso.

LOS HECHOS PROCESALES

Entre octubre y noviembre de 1968, Roque Manosalva Cabrera cultivó amistad con José del Carmen Pérez Bohórquez, menor de 13 años empleado en el restaurante ‘El gran pollo’, ubicado en la ciudad de Ocaña, barrio de ‘La Gloria’. Los dueños del establecimiento, Luis Eduardo Vega Barbosa y la mujer que hacía vida marital con éste, habían contratado los servicios del menor para atender principalmente la cantina.

Aprovechando su condición de chofer profesional y dueño de un microbús, Manosalva Cabrera prometió al menor Pérez Bo-

hórquez enseñarle a conducir vehículos automotores, siempre que se sustrajera del establecimiento de Vega Barbosa licores y artículos alimenticios, cosa que el instigador realizó entregándole al chófer dos botellas de brandy en distintas oportunidades, empanadas, cigarrillos y cerveza.

No satisfecho con el empleo de este medio para disminuir el patrimonio de Vega Barbosa, Roque Manosalva determinó al niño de seis años Jaime Vega Pacheco, hijo del dueño del restaurante, a que extrajera dineros de la habitación del padre. El menor así lo hizo y en una primera ocasión sustrajo un billete de quinientos pesos que entregó al dependiente Pérez Bohórquez para que éste, a su turno, lo llevara a Manosalva Cabrera. La operación fué repetida y de este modo se produjo la sustracción de otro billete de quinientos pesos que pasó por manos del dependiente con destino a Manosalva, quien correspondió el trabajo de los dos menores con helados y golosinas.

Fuera de las declaraciones de los dos menores figuran las de la denunciante Alicia Rosa Pacheco, la de Amparo Bohórquez Niño y la de Rafael Torres Suárez y Zafía Numa, quienes acreditan que efectivamente aquéllos realizaron las operaciones descritas, por instigación de Manosalva Cabrera y en beneficio exclusivo de éste. Además se oyó a Luis Eduardo Vega Barbosa, quien relata la forma como descubrió al instigador de su hijo y del dependiente.

El 28 de marzo de 1969, el Juzgado Primero Penal Municipal de Ocaña calificó el proceso en el sentido de llamar a juicio criminal a Roque Manosalva Cabrera, alias 'El Ñeque', por el delito de hurto que define y sanciona el Código Penal en el Libro II, Título 16, Capítulo I, en concordancia con los artículos 32 y 19 del mismo estatuto; providencia que no fué recurrida y que tampoco fue atacada en sus fundamentos durante el plenario.

La audiencia pública se celebró el 30 de mayo de 1969 con asistencia del procesado, su defensor y el Agente del Ministerio

Público, sin que durante élla se hubieran aportado demostraciones opuestas a las consignadas en el auto de proceder.

La sentencia condenatoria se produjo, como está dicho, el 30 de junio de 1969, fallo apelado por el defensor, y confirmado por el Tribunal en el que es objeto del presente recurso.

LA DEMANDA DE CASACION

El Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta acusa la sentencia con base en las causales 1ª y 4ª del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

Respecto de la primera dice que el fallo se dictó por el delito de hurto pero que en realidad la infracción cometida fué un robo, ya que se aprovechó de la debilidad de dos menores de edad para el apoderamiento de parte del patrimonio de Luis Eduardo Vega. Es decir, que con base en dicha causal plantea y trata de demostrar una situación específica de la causal cuarta, como es el error en la denominación jurídica del delito, error determinante de la nulidad a que se refiere el numeral 5º del artículo 37 del Decreto 1.358 de 1964.

Con relación a la causal primera plantea escuetamente: "Al dictarse sentencia condenatoria por el delito de hurto, no obstante que está comprobado que el delito cometido por el acusado fue el de robo, se violó indirectamente el artículo 1º de la Ley 4ª de 1943 que modificó el artículo 397 del Código Penal, por aplicación indebida".

Sobre la causal cuarta repite que el auto de proceder incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción porque "el acusado Roque Manosalva Cabrera se apoderó de varias cosas muebles de propiedad de Luis Eduardo Vega, que fueron avaluadas en un mil ochocientos pesos, sin su consentimiento y con el propósito de aprovechamiento; pero como procedió abusando de la debilidad de dos menores y contra uno de ellos, empleó después de la sustracción violencia moral con

el fin de asegurar su impunidad, se trata de un delito de robo y no de hurto, como erradamente se calificó en el auto de proceder". Es todo lo que expone sobre el particular.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

Como quedó enunciado, el Procurador Segundo Delegado en lo penal no respalda al actor por discrepancias de fondo que ahora corresponde sintetizar así:

a) La doctrina colombiana y los antecedentes del artículo 2º de la Ley 4ª de 1943 no acogen la tesis del demandante, pues el abuso de la debilidad personal incluido en dicha norma se refiere al menor como sujeto pasivo del delito de robo o como destinatario de la actividad del agente;

b) "Abusar de la condición personal del menor es cuestión diferente de valerse del menor para cometer un delito. Las dos situaciones aparecen contempladas como agravantes del delito de homicidio en el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal, pero el legislador al tratar del delito de robo, tan solo consideró la primera como integrante de la infracción, es decir, cuando el agente aprovecha la condición de inferioridad natural del menor para despojarlo de bienes muebles o para hacerse los entregar pero, se repite, siempre como sujeto pasivo del ilícito o como destinatario de la actividad del agente. En cambio, valerse del menor para despojar a alguien de bienes muebles, no está previsto a juicio de este despacho, como elemento de la infracción mencionada";

c) No es indiferente, sin embargo, la mediación de menores, pues este hecho aparece como circunstancia de mayor peligrosidad en el numeral 8º del artículo 37; y,

d) El actor insinúa que se configuró el robo también porque el acusado profirió amenaza contra el menor José del Carmen Pérez, si éste lo delataba, pero, de existir la intimidación, habría de reconocer también que ocurrió varios días después de la última sustracción de licores y dinero. La

ley exige que la violencia o las amenazas sobrevengan inmediatamente después de la sustracción, esto es, que no haya solución de continuidad.

CONSIDERA LA CORTE

Repetidas veces ha dicho la Corte que si el objeto principal del recurso de casación es velar porque las leyes se apliquen rectamente y con autenticidad, impidiendo que se pierda o desvirtúe su sentido, es claro que no puede asimilarse a una tercera instancia en la cual deban revisarse los hechos y las cuestiones jurídicas que dieron base a la decisión del juzgador.

Especialmente, en sentencia del 12 de agosto de 1969, la Corte ha recordado que en este recurso extraordinario "se plantea un juicio de derecho limitado, que comprende únicamente el examen de los vicios que la parte recurrente impute a la sentencia acusada y dentro de precisos motivos, para determinar, mediante el estudio comparativo del fallo con la ley, si ésta ha sido o no correctamente aplicada por el Tribunal de última instancia". En tales condiciones, "es deber del recurrente formular con claridad y precisión los motivos de ataque a la sentencia impugnada, dentro de los establecidos en la ley, y fundarlos de tal manera que permita el estudio del juicio de derecho contenido en el fallo, y comprobar si en éste se ha violado la ley y por qué concepto";

En otro fallo de casación dictado el 24 de julio de 1970, esta Corporación agregó:

"De ahí el que la demanda esté sometida a condiciones de forma y de fondo cuya observancia es absolutamente indispensable, no solo para que sea admitida, sino para que pueda la Sala realizar el examen de los cargos hechos a la decisión del juzgador, y así lo exige el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, que obliga a indicar los motivos de impugnación pero también a precisar sus fundamentos con arreglo a las normas que se estiman violadas. Señalar los fundamentos de la acusación no quiere decir trazar un esquema sobre ellos,

dejando a la Corte la exégesis de razones no expuestas, sino hacer una demostración completa que permita confrontar el fallo con la norma y hacer los pronunciamientos del caso. Los requisitos del artículo 63 no pueden confundirse con una simple enumeración de hechos, causales y disposiciones infringidas, sino que es indispensable que el planteamiento de esos hechos sea claro y comprensivo, que la causal o las causales aducidas se expresen separadamente y que sean aplicadas a fin de que su estudio tenga un punto concreto de aplicación y puedan apreciarse los defectos, excesos y las otras irregularidades demandadas. La ley y la doctrina no imponen estas exigencias invocando un puro formalismo jurídico, sino porque a través de ellas es posible descubrir la índole de las objeciones, su alcance y el ámbito perturbador del derecho".

Aunque el libelo impugnatorio se haya declarado admisible desde el punto de vista externo o formal, de acuerdo con el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, la calificación del mismo, por el aspecto indicado, como lo tiene ya resuelto esta Corporación, no obliga al examen de fondo cuando la acusación adolece de vicios sustanciales como son, por vía de ejemplo, alegar la causal primera, y sin particularizar ninguna de las formas de violación descritas en ella, intentar la demostración de que se ha incurrido en nulidad por error en la denominación jurídica del delito, materia propia de la causal cuarta; y acusar el fallo por violación indirecta de la ley sustancial pero admitiendo plenamente los hechos tal como aparecen demostrados en el proceso, es decir, acogiendo las cuestiones fácticas que dieron lugar al fallo.

En el presente caso, la demanda no reúne los requisitos de fondo anotados, como pasa a verse:

1º. Invoca la causal primera del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 y señala como violado indirectamente el artículo 1º de la Ley 4ª de 1943, que modificó el artículo 397 del Código Penal, agregando que hay aplicación indebida. Pero no demuestra cómo pudo producirse la violación in-

directa de dicha norma, ni lo intenta siquiera. Más aún, acusa "la violación indirecta por aplicación indebida" pero acepta los hechos, y todavía se sirve de su exposición para comprobar el error en la denominación jurídica del delito. Según el actor, no existe hurto, como lo reconoció el auto de proceder que sirvió de fundamento al fallo recurrido, sino robo por el aprovechamiento de las condiciones de la minoría de edad.

2º. Significa lo anterior que el libelo confunde la violación indirecta de la ley, cuestión específica de la causal primera, no demostrada, con la causal cuarta que hace procedente el recurso cuando la sentencia se ha dictado en un juicio viciado de nulidad. Y es nulo cuando se ha equivocado la denominación jurídica de la infracción, al tenor de lo dispuesto por el numeral 5º del artículo 37 del Decreto 1.358 de 1964, sustitutivo del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.

3º. La causal cuarta aparece apenas esbozada, es decir, sin demostración sobre su ocurrencia en el caso de autos. La Corte carece de elementos que le permitan conocer el pensamiento del recurrente, por omisión completa de desarrollo del cargo. La alegación sobre la existencia de la nulidad fue hecha fraccionaria o imperfectamente a propósito de la causal primera, de modo que cuando intentó sustentar la cuarta, había agotado en otra parte el precario material disponible.

No pueden, pues, prosperar los cargos enunciados.

DECISION

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta contra la sentencia dictada por dicha Corporación, de que se ha hecho mérito en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alarío Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pé-

rez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

Por hecho nuevo se entiende aquél que no haya podido ser alegado antes de la sentencia definitiva y prueba nueva todo elemento probatorio que no haya podido ser valorado por el fallador que dictó la sentencia definitiva.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, nueve de octubre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta N° 40).

VISTOS:

Decide esta Sala de la Corte, por haberse agotado ya el trámite correspondiente, el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el procesado Mario Garcés Silva, por conducto de apoderado especialmente constituido, con relación a la causa adelantada contra él por el delito de homicidio y que culminó con sentencia ejecutoriada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, de fecha 26 de septiembre de 1969, en la que se impuso al recurrente la pena de quince años de prisión.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Los hechos que dieron lugar a este proceso fueron relatados por el Juez Superior del Socorro, en el auto de vocación a juicio, de 27 de agosto de 1968, así:

“Se deduce de las varias declaraciones reunidas en la sumaria, que estando en casa de Rafael Garcés los señores Mario Garcés, Rafael Garcés y Belarmino Sierra en las horas de la tarde a que hacen relación los autos, la cónyuge del sindicado sirvió la comida a quienes en ese momento se

hallaban conversando; rato después Mario se sentó en una butaca al lado de la pieza de él, en este instante ella le acercó una totumada de guarapo negándose rotundamente a recibirla y además agrediendo a su consorte de palabra y de obra; acto seguido intervino Rafael como mediador en este insuceso, en vista de lo cual resolvieron irse a dormir y al poco rato según se desprende de algunas declaraciones se oyó un ‘cuerazo’ saliendo casi instantáneamente Mario y dirigiéndose a Rafael le manifestó que la había embarrado porque Cecilia su compañera o mejor su esposa, había decidido ponerle fin a su existencia”.

El Alcalde de Guadalupe practicó la diligencia de levantamiento del cadáver de la señora Cecilia Cabanzo de Garcés y el auto cabeza de proceso fue dictado, en 2 de noviembre de 1967, por el Juez Promiscuo Municipal del mismo lugar. Calificó el mérito del sumario, mediante auto de llamamiento a juicio contra Mario Garcés Silva por el delito de homicidio, el 27 de agosto de 1968, el Juez Superior del Socorro.

La audiencia pública se celebró el 9 de mayo de 1969 y el tribunal popular declaró a Mario Garcés Silva como responsable del delito de homicidio perpetrado en la persona de su legítima esposa Cecilia Cabanzo de Garcés. Con base en tal veredicto, el Juez Superior del Socorro le condenó a la pena principal de quince años de prisión en sentencia de 30 de mayo de 1969, decisión que fue confirmada por el superior en providencia de 26 de septiembre del mismo año.

DEMANDA DE REVISION

Fue presentada por el procesado Garcés Silva, por medio de apoderado especial, en escrito de 9 de febrero último, formalmente ajustada a las prescripciones del artículo 572 del C. de P. P., por lo cual se ordenó el trámite del recurso en la forma prevenida en los artículos 573 y siguientes de aquel estatuto. En ella se expone, después de una descripción de la actuación judicial cumplida en el proceso, lo que pasa a transcribirse:

"Fundamentos de hecho:

"En la primera parte de esta demanda aparecen, en quince numerales, los fundamentos de hecho, y a los cuales me remito. Estos fundamentos de hecho pueden resumirse así:

"a) La señora Cecilia Cabanzo de Garcés, esposa legítima de Mario Garcés Silva, apareció muerta en su lecho en casa de uno de sus cuñados. Al momento de la muerte, la señora se encontraba en la sola compañía de su esposo Mario Garcés. Personalmente, el esposo se presentó esa misma noche ante la Policía de Guadalupe a noticiar a las autoridades, del fallecimiento de doña Cecilia, y explicó que ésta se había suicidado. Precautelativamente, la Policía detuvo a Garcés Silva, y minutos después de la media noche, la Alcaldía practicó el levantamiento del cadáver, constatando como único signo de violencia, "un orificio de entrada por la mandíbula superior y orificio de salida en el centro del cerebro en la parte de atrás" (f. 2).

"b) En la cama donde se encontraba el cadáver, sólo se hallaron muestras de sangre en la cabecera, o sea, en el punto en donde quedó la cabeza de la muerta (fl. 2). Solamente la almohada presentaba huellas de sangre, sin que se hallaran manchas de sangre ni señales de perforaciones en las sábanas ni en el colchón (fl. 3 de la copia). En la cama se encontraron "partículas de cal y tierra de la pared", que debían provenir de la perforación del proyectil al atravesar de abajo a arriba el

cráneo para incrustarse en la pared (fl. 3).

"c) Se detuvo a Mario Garcés Silva, por sospecha de haber dado muerte a su esposa, pues al practicarse la autopsia **tres días después**, ya apareció una herida en el pecho, a nivel de la tercera costilla, habiendo atravesado el proyectil el cuerpo para irse a alojar fuera de él. Esta diligencia se tuvo como prueba del cuerpo del delito de homicidio, sin fijarse en que en el colchón no se encontraron perforaciones, pues es elemental que si el proyectil salió del cuerpo tenía que incrustarse detrás del cuerpo, o sea, en las sábanas, colchón y cama.

"d) No obstante estar demostrada la tendencia al suicidio de doña Cecilia Cabanzo de Garcés, y que había una contradicción notable entre el levantamiento del cadáver y la autopsia, el Juzgado Superior llamó a responder en juicio a Garcés Silva, dando por acreditado el cuerpo del delito con la diligencia de autopsia, y deduciendo la responsabilidad de Garcés, de las desaveniencias conyugales presentadas desde el mismo día de la boda, cuando al regresar Mario Garcés de la luna de miel, le dijo a su hermano Angel de Jesús, que **él no se había casado con una viuda** (indagatoria de Mario Garcés y declaración de Angel de Jesús Garcés).

"e) Mario Garcés Silva no estuvo asistido por abogado durante el sumario, y no nombró defensor al notificársele el auto de proceder. Se le designó de oficio al doctor Elberto Téllez Camacho, quien pidió al juzgado hiciera comparecer a la audiencia a los Agentes de Policía y a los peritos y testigos que habían asistido al levantamiento del cadáver, para que ante el Jurado declararan sobre el hecho de no haber presentado el cuerpo de doña Cecilia, ninguna herida en el pecho. Obviamente, si tres días después aparecía con una herida en ese lugar, tal herida debió causársele con posterioridad al levantamiento de cadáver, con miras a destruir el suicidio, y establecer un homicidio imputable a Mario Garcés Silva, con quien la muerta no mantuvo cordiales relaciones durante los pocos meses del matrimonio.

"f) Al darse valor a la autopsia como prueba del cuerpo del delito, el Jurado declaró responsable de la muerte al sindicado Garcés, y con base en ese veredicto y teniendo probado el cuerpo del delito con la autopsia, el Juzgado Superior del Socorro condenó a Garcés a la pena de quince años de presidio, sentencia que fue confirmada por el H. Tribunal Superior de San Gil.

"g) Como no pudieron asistir a la audiencia los peritos y los testigos que asistieron al levantamiento del cadáver, con posterioridad a la sentencia se recibieron las declaraciones de cinco de esos presentes, y todos ellos afirmaron bajo la gravedad del juramento lo que tantas veces se ha dicho, que en el pecho de doña Cecilia no se encontró señal alguna de violencia.

"El texto de la declaración del perito MARCOS GABRIEL APONTE, es como sigue:

"Sí señor yo presencié el levantamiento del cadáver de la señora Cecilia Cabanzo de Garcés, el día dos de noviembre de mil novecientos sesenta y siete, y al examinar el señor Alcalde el cadáver, en asocio de los peritos Belarmino Sierra y mi persona, pudimos apreciar que tenía una herida en el interior de la boca y orificio de salida del proyectil por la parte de atrás de la cabeza. Como peritos que éramos y por orden del señor Alcalde, levantamos la blusa del vestido del cadáver y le examinamos el pecho y el cuerpo en general y la única herida que pudimos apreciar fue la de la boca, no tenía ninguna otra herida ni en el pecho ni en ninguna otra región del cuerpo, sobre el pecho apenas se le encontró una peinilla de palo, y como digo en el pecho no se le encontró herida de proyectil de ninguna naturaleza, la única herida fue la de la boca y que la bala le salió por la parte de atrás de la cabeza, tampoco apreciamos herida ninguna en la espalda, y en la cama en el sitio donde descansaba la espalda de la muerta, tampoco había sangre, había sangre únicamente en la ca-

ma donde tenía descargada la cabeza, no más".

"Adolfo Ramos, Serafín Holguín, Pedro Pablo Castellanos y Dionisio Moyano, corroboraron lo dicho por el perito y testigo Gabriel Aponte.

"h) Esa prueba testimonial, que no fue conocida durante los debates del juicio, destruye inequívocamente la tesis del homicidio. La situación de la herida en la boca demuestra el suicidio, y la presencia de una herida en el pecho tres días después de los sucesos, pone en evidencia una oscura maniobra para hacer aparecer como delito imputable a Mario Garcés Silva, lo que no fue sino un acto propio de la muerta. Esas declaraciones demuestran la inocencia de MARIO GARCÉS SILVA, y acreditan que no hubo delito de homicidio, y que doña Cecilia no falleció de la herida sobre el pecho, sino del disparo que ella misma se hizo por la boca. Esa prueba, que no fue conocida durante los debates, a pesar de que fue pedida, fundamenta la revisión del proceso.

"Fundamentos de Derecho:

"Me apoyo para demandar la revisión del proceso seguido contra Mario Garcés Silva, principalmente en lo que dispone el artículo 571, numeral 5º del CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Invoco también, el artículo 203 de la misma obra, en el cual se previene que no se podrá dictar sentencia condenatoria en materia criminal sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella. Faltando la prueba del cuerpo del delito (homicidio), y establecido plenamente que el hecho fue un suicidio, se impone revisar el juicio en el cual se dictó sentencia condenatoria contra Mario Garcés Silva. No se trata de una tercera instancia, sino de enmendar un error judicial, error judicial que quedó patente al recibirse los testimonios de quienes asistieron al levantamiento del cadáver y que pudieron constatar como único signo de violencia el ti-

ro en la boca, para ¡horror de los horrores! aparecer el cadáver, tres días después, con un disparo sobre el corazón, herida que no tenía al levantarse el cadáver, pero que sí sirvió para que se condenara a Mario Garcés Silva a la pena de quince años de presidio.

“Estas pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, imponen la revisión del proceso”.

La demanda de revisión fue acompañada de la copia de las piezas fundamentales del proceso, del poder otorgado por Mario Garcés Silva al Dr. Elberto Téllez Camacho para demandar la revisión solicitada y de las declaraciones rendidas ante el Juzgado Municipal de Guadalupe por los testigos que asistieron al levantamiento del cadáver.

En el término probatorio se oyeron las declaraciones juradas del Agente de la Policía José Gricelio Sánchez, de Marcos Gabriel Aponte, Adolfo Ramos, Serafín Holguín, Pedro Pablo Castellanos y Dionisio Moyano; y se practicó la diligencia de exhumación de los despojos mortales de la señora Cecilia Cabanzo de Garcés para los fines indicados en el punto segundo del auto de esta Sala, el 6 de marzo último, cuyo resultado es el siguiente:

“1º) Cadáver en el estadio colicuativo de la putrefacción cadavérica. 2º) Al examen externo del cráneo ningún signo de lesión traumática. Ausencia de la dentadura superior. 3º) Al examen del contenido craneal con apertura de la caja craneana nada especial que anotar. 4º) Al examen torácico se encontró el homoplato izquierdo sin lesión traumática alguna y el tercer arco costal indemne “izquierdo también”. OBSERVACIONES DEL JUZGADO. Una vez practicado el examen detallado en el cadáver de doña Cecilia Cavanzo de Garcés, fueron tomadas sendas fotografías por parte del señor fotógrafo especializado de la Subseccional del Departamento Administrativo de San Gil “Das”, a los huesos homoplato izquierdo y derecho en sus caras anterior y posterior

de los mismos; como también a la cabeza o cráneo pertenencia al cadáver de doña Cecilia Cavanzo de Garcés y una vez fuera practicada una sección frontal a nivel de la zona media craneal, le fueron tomadas fotografías a la parte interna en sus dos secciones en que quedó dividido el cráneo, las cuales serán adjuntadas a la presente diligencia de exhumación, no sin advertir que el facultativo oficial ordenó el lavado de los huesos a que nos hemos referido anteriormente para el examen correspondiente y para la claridad en las fotografías que es necesario. También fueron tomadas fotografías a los arcos costales izquierdos, primero, segundo y tercero”.

ALEGACIONES DE LAS PARTES

El Procurador Segundo Delegado Penal, en vista calendada el 9 de septiembre último, después de relacionar los hechos y las actuaciones judiciales cumplidas tanto en el proceso como en el desarrollo del recurso extraordinario de que se trata, conceptúa de la siguiente manera:

“El escrito en el cual se solicita la revisión del proceso que por el delito de homicidio se adelantó contra Mario Garcés Silva se apoya, como ya se dijo, en la causal quinta del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal porque “... Con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia condenatoria, se recibieron extrajudicialmente ante el Juzgado Municipal de Guadalupe, los testimonios que no alcanzaron a oírse el día del jurado.- MARCOS GABRIEL APONTE (uno de los peritos que intervino en el levantamiento del cadáver), ADOLFO RAMOS, SERAFIN HOLGUIN, PEDRO PABLO CASTELLANOS y DIONISIO MOYANO, bajo la gravedad del juramento, han sostenido que la noche del levantamiento del cadáver, éste no presentaba herida alguna en el pecho, y que las únicas señales de violencia eran las que en esa diligencia se constataron: herida penetrante en la mandíbula, el paladar y la masa encefálica, para incrustarse en la pared...” (fl. 43).

“El Ministerio Público considera:

“Primero. Es cierto que en el proceso contra Mario Garcés Silva por homicidio agravado no aparecen los testimonios de las personas mencionadas en el párrafo anterior pero la cuestión planteada en dichas declaraciones sí se propuso, se debatió, especialmente en la audiencia pública, y tanto el jurado de conciencia como los juzgadores de instancia la rechazaron por encontrar plenamente demostrado el homicidio en la persona de la señora Cecilia Cabanzo de Garcés.

“Al no proponerse nada nuevo a la H. Corte Suprema de Justicia, bien podría rechazarse el recurso, pero el Ministerio Público prefiere pasar a estudiar la cuestión de fondo planteada en la solicitud de revisión.

“Segundo. Los testimonios allegados en la etapa probatoria tratan de confirmar los hechos consignados en la diligencia de levantamiento del cadáver y así dar por demostrado el suicidio de la señora Cecilia Cabanzo de Garcés.

“La cuestión planteada ofrece estas consideraciones:

“A) La discrepancia entre la diligencia de levantamiento del cadáver y la autopsia quedó disipada en forma clara, definitiva y oportuna, por el funcionario de instrucción quien obtuvo explicaciones de los funcionarios públicos que practicaron las mencionadas diligencias el 4 de noviembre.

“Pero si alguna duda quedara a este respecto, la diligencia practicada en el período probatorio de la revisión, con intervención de personal técnico y del propio abogado del condenado, la despejó de manera incuestionable, ratificando los hechos consignados en la autopsia, es decir: que la señora Cecilia Cabanzo de Garcés no sufrió lesiones en la cabeza.

“B) En la etapa probatoria correspondiente a esta actuación procesal declararon el Agente de la Policía José Gricelio Sán-

chez y los señores Marcos Gabriel Aponte, Adolfo Ramos, Serafín Holguín, Pedro Pablo Castellanos y Dionicio Moyano.

“Esta Procuraduría Delegada encuentra que por propia manifestación los señores Ramos y Holguín y el Agente Sánchez no tuvieron oportunidad de ver el cadáver de la occisa porque el primero no penetró a la habitación donde se encontraba, el segundo apenas oyó comentarios sobre las condiciones del cadáver y al último, el Alcalde de Guadalupe no le permitió entrar al lugar mencionado. (fls. 33 vto. 34, 61 vto. 104 y 105).

“El señor Dionicio Moyano sostuvo en su testimonio que oyó decir al Alcalde y a los peritos y luego él constató que la occisa presentaba una herida de proyectil de arma de fuego con orificio de entrada por la boca y de salida por la parte posterior de la cabeza (fls. 35 vto. y 106); sin embargo, esta persona no aparece mencionada como testigo en el levantamiento en el informe rendido por el Alcalde de Guadalupe (fl. 1).

“El señor Pedro Pablo Castellanos, citado en el informe del Alcalde, afirmó en su declaración de nudo hecho conforme al interrogatorio propuesto por el hermano del condenado Ángel de Jesús Garcés que “... le oímos decir al señor Alcalde y los peritos y nosotros mismos vimos que tenía una herida con orificio de entrada de proyectil por la boca y orificio de salida por la parte de atrás de la cabeza, los peritos y el Alcalde examinaron el pecho del cadáver y no hallaron herida alguna en el pecho, igualmente la espalda...” (fls. 35 y 106).

“En los mismos términos se expresó el señor Marcos Gabriel Aponte quien figuró como “perito” en la diligencia de levantamiento del cadáver.

“A las dos últimas declaraciones es preciso contestar que la diligencia tantas veces mencionada no se refirió a lesiones ocasionadas con “proyectil de arma de fuego” y, tampoco a la exploración del lá-

ver en orden a establecer otros signos de violencia.

"En la constancia aclaratoria del Alcalde de Guadalupe y de su Secretario se puso de presente que, por la deficiente visibilidad, "... no se pudieron observar más huellas de violencia que las anotadas..."

"Los testimonios de los señores Marcos Gabriel Aponte y Pedro Pablo Castellanos, nada espontáneos, ya que en la diligencia de ratificación no se les interrogó sobre los hechos expuestos en la declaración de nudo hecho, analizados conforme a la crítica testimonial carecen de la convicción indispensable para desvirtuar experticios médicos emitidos por personas distintas, en épocas diferentes y confirmados por las manifestaciones, esas sí espontáneas, del hermano del acusado Rafael Garcés y Belarmino Sierra. Por lo demás, es preciso dejar en claro que los señores Castellanos y Aponte no son "peritos", como repetidamente se afirma en el memorial de revisión, porque no está demostrado que sean expertos en ciencias o artes, menos en balística y medicina legal, y la diligencia de levantamiento realizada en este asunto tampoco requería la intervención de personas versadas en alguna actividad.

"Por último, la prueba relativa al cuerpo del delito de homicidio no puede en este caso separarse de la demostrativa de la imputabilidad y consiguiente responsabilidad del acusado. Rafael Garcés y Belarmino Sierra declararon que cuando se oyó la detonación, Mario Garcés acudió a la habitación de su hermano y en voz alta le dio a entender que le había dado muerte a su esposa y pedía su consejo si se presentaba a la autoridad o si abandonaba el lugar. Momentos antes de los acontecimientos el mismo Garcés propinó puntapiés a su esposa hecho este que revela la animosidad permanente del acusado respecto de su consorte y el estado de ánimo en el cual se encontraba, propicio a cometer delitos de violencia.

"Estos elementos probatorios están indicando que la hipótesis del suicidio plan-

teada en el curso del proceso y ahora con motivo del recurso de revisión carece de respaldo en el informativo.

"CONCLUSIONES

"En razón de lo expuesto, esta Procuraduría Delegada llega a las siguientes conclusiones:

"Primera. La cuestión propuesta con las declaraciones testimoniales allegadas a esta actuación no es nueva, porque ella se planteó, debatió y decidió en el proceso en el cual resultó condenado el recurrente.

"Segunda. En la suposición de considerar esas declaraciones como nuevas, no conocidas al tiempo de los debates, carecen de fuerza probatoria suficiente para desconocer experticios médicos y testimonios que en el proceso demostraron el homicidio en la señora Cecilia Cabanzo de Garcés.

"En consecuencia, el Ministerio Público es de concepto que la solicitud de revisión del proceso que se adelantó contra Mario Garcés Silva por homicidio agravado en su legítima esposa debe negarse por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia".

A su turno, el Dr. Elberto Téllez Camacho, apoderado del recurrente, en memorial presentado el 18 de septiembre postero, pretende sustentar la causal de revisión aducida en la demanda, manifestando, en síntesis, lo que sigue:

"El Juzgado dio por probado el cuerpo del delito de homicidio en Cecilia Cavanzo de Garcés con la autopsia practicada por el señor Médico Legista, de la cual aparece que la muerte se causó mediante un disparo de arma de fuego de pequeño calibre, el cual hizo un recorrido de adelante hacia atrás, de arriba hacia abajo, hecho a corta distancia, perforando la costilla tercera a la entrada, y el omoplato izquierdo a la salida. Ese disparo se atribuyó a Mario Garcés Silva.

"Pero según un conjunto plural de tes-

tigos acredita que al practicarse el levantamiento del cadáver, éste no presentaba ninguna herida en el pecho, en el sitio y con las modalidades descritas en la autopsia. Lógica y necesariamente debe concluirse que ese disparo se hizo mucho después del levantamiento del cadáver, y mucho, pero mucho después de la muerte. Y si es así, no puede jurídicamente imputarse a Mario Garcés Silva la comisión del delito; y lógicamente, debe aceptarse que Garcés Silva es inocente del hecho que se le imputa.

“Y lógicamente, debe ordenarse la revisión del proceso.

“¿Qué pasó con el cadáver, si se tiene en cuenta el resultado de la exhumación? ¿Hipótesis? Son varias. Una de ellas, que el disparo se hizo después de muerta Cecilia Cavanzo de Garcés, y que con ese disparo se presentó el cadáver para la autopsia, pero que ese cadáver no es el que se exhumó, por cuanto que no se hallaron en los huesos las perforaciones descritas en la autopsia. En ésta se dice que “el proyectil perforó la mitad superior del extremo anterior de la tercera costilla”, y esa perforación no apareció al hacerse la exhumación del cadáver; como no apareció la perforación que hiciera el proyectil a la salida por el omoplato izquierdo.

“De haberse conocido la declaración de MARCOS GABRIEL APONTE antes o durante el debate oral de la audiencia, y durante los debates escritos del sumario y de la causa, no se habría producido el llamamiento a juicio ni se habría producido la sentencia condenatoria, pues se habría llegado a conclusiones muy distintas de las que se conocen, y que imputan a Mario Garcés Silva la comisión del delito de homicidio en su esposa Cecilia Cavanzo de Garcés. Se habría aceptado la inocencia del sindicado y no se habría pronunciado sentencia condenatoria contra él.

“Todos los testigos que declararon durante este recurso concuerdan con lo expuesto por el perito MARCOS GABRIEL APONTE, y de esas exposiciones testimo-

niales aparece claro que no hubo homicidio, que no hubo en vida disparo en el pecho, y que, por lo tanto, debe proclamarse la inocencia del acusado. El texto del testimonio de AponTE es como sigue:...

“Es tan clara, tan rotunda, tan expresiva esta declaración, que me releva de hacer comentarios: en la noche del 2 de noviembre de 1967, el cadáver de doña Cecilia Cavanzo de Garcés no tenía la herida en el pecho que le halló tres días después el médico legista, herida que le causó la muerte según el forense y herida imputada a Mario Garcés Silva. Por consiguiente, si esa herida se causó después de muerta doña Cecilia, debe imputarse a personas distintas del procesado Mario Garcés, y a éste debe dársele oportunidad para que haga brillar su inocencia.

“Esa inocencia surge del levantamiento del cadáver, de la inspección ocular en el lecho, de la inspección ocular en la pared, de la ausencia de sangre en la cama en el sitio donde reposaba la espalda, y por sobre todo, de esos siete testimonios —no conocidos durante el debate— que acreditan que al practicarse el levantamiento del cadáver, esa noche, no existía la herida imputada a Mario Garcés Silva. Esa herida misteriosa, que no se sabe quién ni cuándo se causó. Esa herida misteriosa, que perforó dos huesos, huesos que aparecieron intactos al exhumarse el cadáver. Esa herida misteriosa que mantiene a un inocente en presidio. En nombre de esa inocencia bien acreditada, respetuosamente solicito se ordene la revisión del proceso, y se ordene remitirlo al JUZGADO SUPERIOR que debe conocer del nuevo proceso. Y en nombre de esa inocencia, pido la aplicación del artículo 575 del Código de Procedimiento Penal”.

SE CONSIDERA:

I. En sentencia de 14 de agosto del presente año, esta Sala de la Corte, acogiendo y reiterando decisiones anteriores, precisó la naturaleza, el fin y los presupuestos del recurso de revisión, en los siguientes términos:

"El recurso extraordinario de revisión, que rigurosa y técnicamente no es recurso, puesto que, como observa Beling, no traslada el proceso a una instancia superior, sino un medio excepcional de impugnación de las sentencias de fondo (condenatorias, en el derecho colombiano), se dirige a atacar la firmeza de la cosa juzgada, su efecto preclusivo, y suscita cuando es admitido una especie de continuación del proceso formalmente concluido, para un nuevo examen sobre el mismo, cuando haya motivos legales, para presumir la condena, por error, de un inocente.

"La revisión del proceso, en base a hechos nuevos o a medios de prueba que desvirtúen la base fáctica de la sentencia ejecutoriada, causal que aquí ha sido invocada, se fundamenta en razones superiores de equidad y de justicia, pues como dice Florián, 'al interés social de que la cosa juzgada sea respetada e intangible como presunción absoluta de verdad, se sobrepone el interés individual y social al mismo tiempo de que la verdad efectiva triunfe y que la inocencia no sea inmolada sobre el altar de una justicia simbólica y aparente' (Sentencia de 21 de febrero de 1969).

"La revisión tiende, por tanto, a corregir errores, mediante la reposición del proceso. No todo error, sin embargo, da lugar al recurso. Solo aquellos que surgen de alguna de las situaciones referidas en los distintos numerales del artículo 571 del C. de P. P. Así, en ellas se discute solamente si el condenado lo fue con base en hechos o pruebas que se demuestre luego que eran falsas, o bien por el desconocimiento de hechos o pruebas indicativas de la inocencia o irresponsabilidad del condenado.

"En otros términos: para que la revisión proceda es necesario demostrar plenamente que el condenado debió ser absuelto, porque el hecho que se imputa no tuvo existencia real, o porque su autor era inocente o irresponsable, o porque para establecerlo se utilizaron pruebas secretas, que no obraron en el proceso, o porque el

recurso estuvo en imposibilidad de cometerlo, en los términos del numeral 1º del artículo 571 del C. de P. P. ya citado.

"Este recurso, de otra parte, tiende a desconocer o dejar sin valor la presunción de verdad que implica la cosa juzgada. Por lo cual los motivos en que se funda deben aparecer claros de las pruebas que se produzcan con la solicitud de revisión. No se trata en él de crear dudas en torno a hechos o situaciones definidas en las distintas etapas procesales, sino de señalar, en forma notoria, el error en que incurrió el fallador, y que es preciso corregir para evitar que el inocente sufra condena. Ello explica la razón que tuvo el legislador para fijar de manera por demás concreta los motivos que podrían dar nacimiento a la revisión de procesos fenecidos (Sentencia de 22 de mayo de 1963).

"Por la naturaleza y objeto especiales del recurso extraordinario de revisión que, al igual que el de casación, no origina nueva instancia que permita a la Corte el libre examen del proceso penal, el recurrente tiene la obligación de expresar la causal o causales que postule para su pretensión y de indicar con toda claridad y precisión los fundamentos de ellas, como también el deber de aportar la prueba del motivo o motivos indicados, con aptitud o fuerza suficiente para formar certeza de que probablemente se incurrió en error grave en la sentencia al condenar a quien puede ser inocente. No basta, en consecuencia, citar causas legales de revisión, como son las previstas en los ordinales 3º y 5º del artículo 571 del C. de P. P., que dicho sea con templanza diversas situaciones y censurar de un modo general como injusto el fallo sobre que versa la impugnación extraordinaria para que ésta prospere es menester que el actor puntualice con exactitud, dentro de las previsiones de la ley, los motivos específicos, los sustente en debida forma y los demuestre en la fase probatoria señalada en el artículo 573 del mismo Código, pues las pruebas que se acompañen a la demanda y que provengan de testigos tienen un carácter provisional y limitado a la estimación de aquélla para

efectos de ver si se debe dar o no impulso procesal a la solicitud de revisión”.

II. En el caso en estudio, como la revisión se plantea con base en el ordinal 5º del artículo 571 del C. de P. P., es obvio que de conformidad con el texto legal la demanda tiene necesariamente que contener un examen minucioso y atento de los elementos probatorios que establezcan la existencia de dicha causal, distintos de todos aquellos que sirvieron de base y fundamento en las instancias para proferir las decisiones de primero y segundo grado. Es notorio, en este orden de ideas, que la alegación así fundada dice relación a un aspecto eminentemente probatorio, como quiera que se trata de destruir la presunción de certeza de la cosa juzgada por razón de que nuevos elementos de juicio, desconocidos a tiempo de dictar el fallo impugnado, desvirtúen los hechos que sirvieron de soporte al proceso cuya anulación se intenta conseguir. A consecuencia de ello, siendo motivo de ataque la cosa juzgada misma, no puede admitirse confusión alguna con las materias que son propias de otro recurso extraordinario, el de casación, en el cual, por la índole de sus peculiares modalidades, sí es admisible el examen de problemas vinculados a la aplicación de la ley, que por serlo exigen análisis jurídicos íntimamente relacionados con la forma como fueron aplicadas las normas al caso debatido. Por ello ha dicho esta Sala de la Corte que en lo que concierne a los aspectos formales de una sentencia, sus vicios o irregularidades, la indebida aplicación de la ley, el error al apreciar las pruebas y aun la injusticia del fallo, por notoria que ésta sea, nada ello se configura en las causales de revisión, limitada a objetivos que nada tienen que ver con esos aspectos de la cuestión (Sentencia de 6 de octubre de 1960).

III. Respecto al recurso de revisión, debe observarse asimismo, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, que es inconducente referirse a los argumentos expuestos durante el juicio, porque el admitir como fundamento válido el que fue tema de examen en el período averiguatorio que

precedió al fallo, equivaldría a una prolongación de las instancias. Ratificando lo anterior, también dijo esta Corporación que el recurso de revisión se funda en situaciones o hechos taxativamente autorizados por la ley aunque distintos de los que se tuvieron en cuenta en los debates (Revisión, 27 de febrero de 1962, XCVIII, 189).

IV. ¿Qué se entiende por hechos nuevos o pruebas no conocidas al tiempo de los debates de que habla el ordinal 5º del artículo 571 del C. de P. P.?

Sabido es que un hecho nuevo equivale a un elemento nuevo de prueba, porque el hecho por sí mismo no puede evidenciar la inocencia del condenado, a menos de constituir prueba por sí mismo (descubrimiento de un documento), sino mediante su calidad de objeto de una prueba determinada. Ningún elemento de prueba puede ser excluido, es decir, cualquier medio de prueba es apto para este fin, siempre que el hecho objeto del mismo tenga la entidad y la relevancia adecuada para producir los efectos que con el mismo se pretenden.

Exige la ley que el hecho nuevo o elemento nuevo de prueba han de ser de tal naturaleza que patenten la inocencia o irresponsabilidad del condenado o que, por lo menos, constituyan indicios graves de la existencia de una de ellas. “El hecho nuevo a que se refiere la ley es el que en sí mismo tiene capacidad suficiente para demostrar que se ha pronunciado una condena injusta, bien porque el delito no se cometió o porque la responsabilidad deducida proviene de un flagrante error judicial”. (Gaceta Judicial, tomo LXXXVI, números 2.186 y 2.187, pág. 196).

Es preciso aclarar que se entiende por nuevo todo hecho que no haya podido ser alegado antes de la sentencia definitiva, y por prueba nueva todo elemento probatorio que no haya podido ser valorado por el fallador que profirió aquélla.

V. Como acertadamente lo observa el Agente del Ministerio Público, el escrito en

el cual se solicita la revisión del proceso que por el delito de homicidio se adelantó contra Mario Garcés Silva se fundamenta —como ya se dijo— en la causal quinta del artículo 571 del C. de P. P.; porque "... Con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia condenatoria, se recibieron extrajudicialmente ante el Juzgado Municipal de Guadalupe, los testimonios que no alcanzaron a oírse el día del jurado. MARCOS GABRIEL APONTE (uno de los peritos que intervinieron en el levantamiento del cadáver), ADOLFO RAMOS, SERAFIN HOLGUIN, PEDRO PABLO CASTELLANOS y DIONISIO MOYANO, bajo la gravedad del juramento han sostenido que la noche del levantamiento del cadáver, éste no presentaba herida alguna en el pecho, y que las únicas señales de violencia eran las que en esa diligencia se constataron: herida penetrante en la mandíbula, el paladar y la masa encefálica, para incrustarse en la pared...".

Cierto es, como apunta el propio Agente del Ministerio Público, que en el proceso contra Mario Garcés Silva por homicidio agravado no aparecen los testimonios de las personas mencionadas en el párrafo anterior; mas la cuestión planteada en dichas declaraciones sí se propuso y se debatió ampliamente en la audiencia pública (v. fol. 143 del cuaderno principal) y en el alegato dirigido por el defensor Dr. Elberto Téllez Camacho a los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil el 7 de julio de 1969 (v. fols. 5 y 6 del cuaderno del Tribunal) y tanto los jueces de hecho como los falladores de instancia la rechazaron por encontrar plenamente comprobado el homicidio en la persona de la señora Cecilia Cabanzo de Garcés.

En todo caso, tales testimonios, que tratan de confirmar los hechos consignados en la diligencia de levantamiento del cadáver, es decir, que éste presentaba "un orificio de entrada por la mandíbula superior y orificio de salida en el centro del cerebro en la parte de atrás", además de hallarse en contradicción con el acervo probatorio que dio certeza a los jueces de hecho y de derecho para sus decisiones, han

sido plenamente infirmados por la diligencia de exhumación (fols. 85 y 86 del cuaderno de revisión); de suerte que ellos no son constitutivos —ni pueden serlo— de pruebas que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado, ni siquiera de indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad. Por modo que no tienen fuerza para destruir la firmeza de la cosa juzgada.

Como lo ha dicho la Corte en múltiples ocasiones, el recurso de revisión implica un debate probatorio, así como el de casación es un razonamiento jurídico. En aquél se impugnan las bases fácticas del juicio penal; en éste se ataca la sentencia, o sea, que en el uno la materia *sub judice* es el proceso mismo, mientras que en el otro la controversia se desenvuelve sobre la legalidad de la sentencia. Pero resulta mucho más exigente el primero, porque con él se trata de destruir la cosa juzgada. Así, pues, las pruebas que se aduzcan deben conducir necesariamente a la demostración completa de cualquiera de las causales establecidas en el artículo 571 del C. de P. P.

Infiérese lógicamente de lo expuesto que la pretensión impugnativa no puede prosperar.

Con fundamento en las precedentes consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NIEGA la revisión del proceso ameritado y ORDENA devolver el expediente al juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL EN EL SUMARIO

La origina el hecho de no cumplir la norma del artículo 374 del C. de P. P., al no practicar al procesado, durante el sumario, los exámenes sugeridos por los médicos legistas para establecer la perturbación mental que aquejaba al inculcado, a fin de establecer el derecho que tienen, tanto la sociedad como el acusado, de que se apliquen las sanciones pertinentes —penas o medidas de seguridad. — El que la justicia penal militar haya adelantado la investigación de un ilícito cuyo juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria, no genera la nulidad de orden legal, a que alude el ordinal 1º del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964, por “incompetencia de jurisdicción”.

Corte Suprema de Justicia — Sala Penal.—
Bogotá, octubre nueve de mil novecientos setenta.

(Magistrado ponente, Humberto Barrera Domínguez).

(Acta Nº 40 de 70).

VISTOS:

Agotado el trámite correspondiente, entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de nueve de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, por la cual le fué impuesta al procesado JOSE VICENTE MARULANDA RUIZ la pena principal de diez y seis años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de su legítima esposa, señora Dinamérta Sandoval de Marulanda.

Conoció en primera instancia el Juzgado 1º Superior de la misma ciudad, oficina que señaló la misma sanción antes indicada.

HECHOS Y TRAMITE DEL PROCESO

En la sentencia de primer grado se hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

“Con motivo de la Navidad se celebraba en casa de la señora Dinamérta Sandoval

de Marulanda una pequeña reunión familiar, a la cual fueron invitados algunos Agentes de la Policía Nacional que, por ser vecinos y amigos del esposo, estaban en señados a frecuentar dicha casa. A eso de las ocho y veinticinco minutos de la noche del citado día veinticuatro de diciembre de 1967, el Agente de la Policía Nacional JOSE VICENTE MARULANDA RUIZ irrumpió en la sala donde se encontraba su esposa y le hizo cuatro disparos de revólver, ocasionándole heridas en diferentes partes del cuerpo...” que le produjeron la muerte. Acto seguido Marulanda Ruiz disparó el arma contra sí mismo, causándose dos heridas graves.

La investigación fué adelantada por el Auditor Auxiliar de Guerra Nº 22, del Comando del Departamento de Policía “Valle”, con sede en Cali, y en el perfeccionamiento del sumario intervino igualmente el Juzgado 41 de Instrucción Penal Militar.

Con fecha 24 de enero de 1969, el juzgador militar de primera instancia dispuso enviar el proceso al Juzgado Superior (reparto) de Cali, en razón de que los hechos no tuvieron lugar por cumplimiento del servicio o con ocasión del mismo, atendidas las funciones del acusado como Agente de la Policía Nacional.

El Juzgado 1º Superior de Cali (al cual fué repartido el asunto) aceptó la competencia y luego de clausurar la investigación y de oír al Ministerio Público llamó a juicio

a MARULANDA RUIZ, "por los trámites ordinarios y con intervención del Jurado", por el delito de homicidio.

En esta providencia se dice que, "según el dictamen pericial del folio 130, el estado mental y cerebral del sindicado es lúcido".

Verificada la audiencia pública, la mayoría de los jueces de hecho respondieron afirmativamente al siguiente cuestionario:

"El acusado JOSE VICENTE MARULANDA RUIZ... es responsable, sí o no, de haberle ocasionado a su esposa legítima DIGNA EMERITA SANDOVAL DE MARULANDA, con intención de matar y con arma de fuego, en circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad como la alevosía, las siguientes lesiones... que le ocasionaron la muerte, hechos que se registraron en esta ciudad, entre ocho y nueve de la noche del día veinticuatro de diciembre de 1967, en la casa de la calle 21 N° 1N14?"

De acuerdo con este veredicto, el juzgador de primera instancia profirió la sentencia condenatoria de que se hizo mérito, la cual fué confirmada en todas sus partes por la del Tribunal Superior de Cali objeto del recurso de casación.

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

Propone el actor, a través de la causal cuarta de casación, dos cargos, así:

a) Incompetencia de jurisdicción, porque, en su entender, la jurisdicción penal castrense no tenía facultad para adelantar el sumario.

b) Violación de las formas propias del juicio, por cuanto, según el demandante, el juzgamiento de Marulanda Ruiz ha debido hacerse sin intervención del Jurado. O, al menos, ha debido agotarse la averiguación siquiátrica pertinente, que aconsejaba la sospecha sobre la salud mental del sindicado.

El señor Procurador 2° Delegado en lo Penal estima que los cargos no tienen demostración y pide, en consecuencia, que se deseche el recurso interpuesto.

La Corte habrá de referirse a las razones del demandante y del Ministerio Público.

CONSIDERA LA CORTE

Dispone el ordinal 4° del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 que, "en materia penal el recurso de casación procede... Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

Y en cuanto a los cargos que el actor propone a través de la anterior causal de casación, se tiene:

Primer cargo: Incompetencia de jurisdicción

Dice el demandante que en el proceso seguido contra MARULANDA RUIZ se incurrió en el motivo de nulidad de que trata el ordinal 1° del artículo 37 del Decreto 1.358 de 1964, porque el sumario fué perfeccionado por funcionarios de la justicia penal militar, siendo así que del proceso debía conocer la jurisdicción penal ordinaria.

Como se dejó visto, es cierto que la averiguación fué adelantada por la jurisdicción penal castrense. Pero al procesado se le juzgó por el juez penal ordinario competente.

El artículo 11 del Decreto 1.667 de 1966 dispone:

"El personal de la Policía Nacional que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo, cometa un delito, será juzgado de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar y de las disposiciones que lo modifiquen o adicionen".

Y conforme a los hechos investigados y con sujeción al precepto antes transcrito,

el juzgamiento fué adelantado por la justicia penal ordinaria, pues el delito no se cometió por razón del servicio ni con ocasión del mismo.

Es verdad que el sumario fué perfeccionado por funcionarios de la justicia penal militar, como se dejó dicho. Pero no se tiene, por é ello, la causal de nulidad de que trata el ordinal 1º del artículo 37 del Decreto 1.358 de 1964, pues en esa etapa del proceso únicamente se dá ese caso por falta de competencia en razón del territorio, con la salvedad que trae el art. 69 del C. de Procedimiento Penal, pues en éste se dice que, "si la colisión de competencias se provoca durante la investigación sumaria, no se suspenderá esta mientras se decide el incidente, ni se anulará lo actuado".

La Corte, en cuanto a lo antes señalado, dijo en sentencia de 7 de julio de 1947 (G. J. t. LXIII, pág. 402): "Para que pueda prosperar un cargo de nulidad por incompetencia de jurisdicción, es preciso demostrar que un juez de la República decidió una controversia o conoció de un proceso atribuido expresamente a otro".

En fin, que la hipótesis de nulidad de los negocios penales por "incompetencia de jurisdicción" alude al juez del conocimiento, esto es, al funcionario judicial que debe conocer del fondo del asunto. Y apenas al instructor, cuando éste, por razón del territorio, no tiene facultad para adelantar el sumario.

Téngase en cuenta, asimismo, que en casos como el de que es objeto este proceso, precisamente la investigación de los hechos viene a señalar la competencia del juez penal castrense o del juez penal ordinario, según se compruebe o nó que el delito se cometió por razón de las funciones o con ocasión de ellas.

Por último, como lo anota el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, el artículo 313 del C. de Justicia Penal Militar dispone que, "las diligencias o investigaciones realizadas por las autoridades militares o civiles, conservan todo su valor legal

cualquiera que sea la que asuma en definitiva el conocimiento".

No resulta, entonces, probado este cargo.

Segundo cargo: Informalidades del juicio

Estima el actor que está demostrado que MARULANDA RUIZ, al tiempo de cometer el hecho, padecía de grave anomalía síquica y, en consecuencia, ha debido adelantarse el juzgamiento sin intervención del Jurado, de acuerdo con la norma que trae el ordinal 5º del artículo 3º de la Ley 16 de 1968.

Y en subsidio, expresa el demandante que se incurrió en una grave informalidad, al no agotarse la averiguación atinente a fijar las condiciones mentales del acusado MARULANDA RUIZ al momento de cometer la infracción de que se le sindicaba, pues é ello era indispensable para fijar la manera legal de su juzgamiento.

En cuanto a lo que señala el actor, la Corte encuentra lo siguiente:

1º. Juicio sin intervención del Jurado.

El artículo 29 del Código Penal dispone:

"Cuando al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía síquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el Capítulo II del Título II de este Libro".

En el proceso aparece lo siguiente:

- a) **Concepto de la Oficina de Medicina Forense de Cali.**

El día 15 de marzo de 1968 los doctores Euclides Orozco Rendón y Hernando Rebellón Delgado, médicos al servicio de la Oficina de Medicina Forense del Valle del Cauca, con sede en Cali, rindieron el siguiente informe:

"... Practicamos exámenes sicosomáticos a JOSE VICENTE MARULANDA RUIZ, hombre de treinta y dos años aproximadamente, y se comprobó que presenta, como lesiones orgánicas, cicatrices de heridas causadas con proyectil de arma de fuego, situadas en el lado derecho de la mandíbula y en el pabellón del oído del mismo lado. También en la región pectoral izquierda, con lesión pulmonar del mismo lado. Estos signos de violencia tienen secuela correspondientes deformativas y funcionales. Se practicaron asimismo exámenes de funcionamiento cerebral y se comprobó que en la actualidad es lúcido y que no ha tenido antecedentes de perturbaciones mentales crónicas. Los impactos de los proyectiles en sí y por las zonas anatómicas donde están ubicados, en este caso, y a cualquiera otra persona que los hubiera recibido, le ocasionaron y ocasionan pérdida completa de la conciencia, de carácter transitorio. Cualquier persona que reciba la lesión torácica que sufrió José Vicente Marulanda Ruiz, le produce mortificación y shok tales que alteran por algunos momentos todo el funcionamiento fisiológico del organismo. A esta mortificación se sumó en el caso que estudiamos el trauma del balazo recibido en el lado derecho de la cara, de las características del descrito con conmoción directa transitoria y pérdida de la conciencia, del cerebro y de los órganos de los sentidos, el oído y la vista principalmente. De conformidad con lo expuesto, en nuestro concepto, JOSE VICENTE MARULANDA RUIZ, presentó perturbación funcional orgánica y cerebral graves, de carácter transitorio, en el momento de la ocurrencia de los hechos en que resultó gravemente herido y muerta Digna Emérita Sandoval de Marulanda".

b) Ratificación del concepto anterior.

Por solicitud del apoderado de MARULANDA RUIZ, la Oficina de Medicina Forense de Cali ratificó, en los siguientes términos, el informe antes transcrito:

"No encontramos fundamentos para hacer ampliaciones que constituyan pruebas

evidentes, desde el punto de vista de la prueba técnica, en relación con el cuestionario planteado. Los conceptos que podemos emitir se relacionan más directamente con las vías jurídicas o testimoniales que deban obtenerse en relación a José Vicente Marulanda Ruiz, en el curso del juicio de que es objeto. No encontramos ningún fundamento, de conformidad con lo expresado, para hacer ampliaciones que sean valederas, al dictamen desde un principio emitido y en consecuencia, se ratifica".

El cuestionario que propuso el perseguido del acusado, fué el siguiente:

"Si es o nó posible, y de acuerdo con sus antecedentes personales, tales como haber luchado en la guerra de Corea, ser autoridad, y estar acostumbrado a eminentes peligros de ataque, que en un momento emocional y de acuerdo con su temperamento ciclotímico, que hubiese padecido perturbación síquica transitoria o de qué carácter, hasta el extremo de producirle amnesia y en este estado nó recordar lo que ocurrió.

"De acuerdo con lo que Marulanda Ruiz manifiesta en su indagatoria, consistente en que ya tenía antecedentes de que su esposa le era infiel, si en este estado y sorprendida el veinticuatro de diciembre libando licor con unos amigos, Marulanda pudo sufrir el eclipse de una neurosis obsesiva, y obrar impulsado por ese estado anímico.

"Por la versión que Marulanda expresa en su injurada, consistente en que durante esa tarde estuvo libando licor y de acuerdo con sus problemas sentimentales y personales, qué grado de embriaguez le sería necesario para tomar la determinación súbita a la que llegó.

"Si es posible que Marulanda Ruiz, al estar determinado por la embriaguez alcohólica, sufriera graves perturbaciones síquicas, de qué clase y cuáles los posibles efectos y consecuencias".

c) Oficio de la Sección de Sanidad del Departamento de Policía Valle.

Se dice en comunicación de 31 de julio de 1968, lo que sigue:

"Me permito contestar su oficio de julio 30 del presente año, relacionado con el envío al Psiquiatra del Agente Marulanda Ruiz José Vicente. Efectivamente el Agente fué remitido al Psiquiatra, doctor Arturo Quiceno, en julio 1º de 1968, por presentar trastornos síquicos, tipo ansiedad, angustia, depresión y mal genio. Presentaba, además (según informe del paciente) fenómenos de sonambulismo.

"Fué visto por el Psiquiatra en julio 6 del mismo año, quien conceptuó que el cuadro podría corresponder a una reacción depresiva o a un trastorno del lóbulo temporal. Le fué ordenado electroencefalograma y control en ocho días. El paciente no regresó a consulta".

d) Informe del doctor A. QUICENO MONSALBE.

Este profesional manifiesta al funcionario de instrucción, en oficio de 2 de agosto de 1968, lo que pasa a transcribirse:

"Me permito informarle que el señor Agente José Vicente Marulanda Ruiz solamente fué atendido en consulta médico-siquiatra por el suscrito, y en ninguna forma ha sido examinado siquiátricamente para fines legales y tampoco ha podido ser tratado, toda vez que, al parecer, ha perdido sus derechos a consulta médica por hipotético intento de suicidio.

"Para los fines que el señor doctor persigue, se necesitaría estricta hospitalización siquiátrica, observación prolongada y realización de un electroencefalograma y demás tests de la especialidad...".

e) Concepto del médico siquiatra, doctor RUBEN GRIMBERG ALURRALDE.

El Juzgado 41 de Instrucción Penal Militar dispuso que el siquiatra, doctor Grimberg Alurralde examinara al acusado MARULANDA RUIZ, y realizado tal examen, el citado profesional llega a las siguientes conclusiones, según el oficio de 28 de agosto de 1968:

1ª. Que "el examinado no presenta ningún trastorno o secuencia somática de tipo neurológico...";

2ª. Que "no puede ser englobado bajo el concepto de alienación mental, que es el trastorno general y persistente de las funciones síquicas, cuyo carácter patológico es ignorado o mal comprendido por el enfermo, y que impide la adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente, sin provecho para sí mismo ni para la sociedad";

3ª. Que "Marulanda Ruiz presenta trastornos en su esfera afectiva y volitiva que se traducen por insuficiencia de firmeza y de voluntad, o dicho de otra manera, que en su lucha de tendencias, vencen los instintos por incapacidad de oponer razonables fuerzas";

4ª. Que, "a pesar de que muchas veces se presenta tranquilo y dócil, su reacción primitiva hace que por el motivo más insignificante se enfurezca, produciendo una descarga hacia afuera y de tipo corto-circuito";

5ª. Que "Marulanda Ruiz presenta una afectividad reconcentrada y viscosa. La amnesia de tipo lacunar que refiere, es característica de la constitución epileptoidea, y resalto que una pequeña cantidad de licor en individuos de esta índole, produce la llamada embriaguez patológica";

6ª. Que "es necesario efectuar un electroencefalograma para orientar mejor el diagnóstico y efectuar la adecuada conclusión".

El anterior concepto desarrolló el cuestionario planteado por el personero de MA-

RULANDA RUIZ a la Oficina de Medicina Forense de Cali, cuya transcripción se dejó hecha.

De los informes antes referidos no se desprende, de manera cierta y enfática, la afirmación de que el sindicado MARULANDA RUIZ, al tiempo de cometer el hecho de que se le acusa, se encontrase en alguna de las circunstancias de que trata el artículo 29 del Código Penal para que su juzgamiento se hubiese cumplido sin intervención del Jurado.

Es verdad que resulta un tanto ambigua la manera como la Oficina Forense de Cali concluye su informe, cuya transcripción se hizo, pues, no obstante que asevera que Marulanda Ruiz "presentó perturbación funcional orgánica y cerebral graves, de carácter transitorio, en el momento de la ocurrencia de los hechos en que resultó gravemente herido y muerta Digna Emérita Sandoval de Marulanda", esta conclusión la desprenden los peritos de la descripción de las lesiones que se causó el mismo sindicado, y en estas condiciones la perturbación cerebral no existió en el momento de los hechos, sino que fué consecuencia de los mismos.

Pero de esa ambigüedad no podía el juez deducir el juzgamiento de MARULANDA RUIZ sin intervención del Jurado, pues la especial forma de juicio de que trata el ordinal 5º del artículo 3º de la Ley 16 de 1968, como precepto de excepción, obliga que aparezca comprobada alguna de las circunstancias de que trata el artículo 29 del Código Penal, lo cual no se tiene con los datos médicos que se dejaron relacionados.

2º. Deficiencia de la averiguación.

Dice el demandante que "el procesado tenía derecho a que se le practicara el electroencefalograma y todas las demás observaciones requeridas por la ciencia médica", a fin de determinar si al momento de cometer el hecho sufría de una anomalía síquica grave, de carácter transitorio.

El Ministerio Público estima que los reconocimientos médicos cumplidos en este

caso son suficientes para deducir que MARULANDA RUIZ no se encontraba en ninguna de las situaciones de que trata el artículo 29 del Código Penal, sin que aquellos dejen duda alguna a este respecto.

Pues bien:

Encuentra la Corte que se incurrió en grave omisión durante el sumario, al no ser atendidas las recomendaciones de los siquiátras, doctores Quiceno Monsalbe y Grimberg Alurralde, sobre práctica de un electroencefalograma al acusado y hospitalización y observación permanente de éste, pues, éllo era indispensable, dicen, para "orientar mejor el diagnóstico y efectuar la adecuada conclusión".

En fin, que la pericia médica sobre la salud mental de MARULANDA RUIZ resultó incompleta y la conclusión pendiente.

En la práctica, pues, no se dió cumplimiento a la norma que trae el artículo 374 del C. de Procedimiento Penal, pues los exámenes siquiátricos quedaron inconclusos.

Y tanto más se hacían pertinentes las medidas aconsejadas por los médicos nombrados, cuanto que era indispensable aclarar la ambigua conclusión de la Oficina de Medicina Forense de Cali, en cuanto a la perturbación cerebral grave que atribuye al sindicado, "en el momento de la ocurrencia de los hechos en que resultó gravemente herido y muerta Digna Emérita Sandoval de Marulanda".

b) Afirma la Corte que se trata de una grave omisión en el desarrollo del sumario, porque agotados los exámenes sugeridos por los siquiátras, éstos habrían llegado a una conclusión segura sobre la salud mental del sindicado al momento del hecho, cuestión necesaria no sólo para darle al juicio el trámite legal correspondiente (sin intervención del Jurado o con la colaboración de éste), sino para señalar, en caso de sentencia condenatoria, la clase de sanción aplicable (penas o medidas de seguridad).

Es conocido que el concepto de responsabilidad moral que indicaba el Código Penal derogado desapareció en el estatuto punitivo vigente. De conformidad con el actual, toda persona que cometa una infracción definida como delito es responsable, así se trate de individuos normales o anormales, o de mayores o de menores en el alcance de la ley penal. Pero el código hace una separación de las sanciones, para distinguirlas, de acuerdo con los infractores, en penas y medidas de seguridad.

Se aplican las medidas de seguridad a quienes lleven a cabo un comportamiento antijurídico y que se acomode a una definición punible, si se encuentran en alguna de las situaciones previstas en el artículo 29 del Código Penal, o si se trata de menores. Y se imponen las penas, si se tiene que el delincuente es normal y mayor de dieciséis años.

A esta separación de las sanciones en penas y medidas de seguridad alude la Corte en sentencia de casación de 27 de septiembre de 1945 (G. J. t. LXXXI, págs. 299 a 305), en los siguientes términos:

“Entre las penas y medidas de seguridad hay una diferencia fundamental; las primeras son determinadas cuantitativamente en su máximo y en su mínimo, son verdaderas sanciones represivas, se predicen para hombres libres con dominio de sus facultades y plenamente imputables; las segundas, son indeterminadas en su máximo y determinadas en su mínimo; con la indeterminación, tiempo indefinido, juega íntimamente el factor peligrosidad de los anormales en su condición de alienados, intoxicados crónicos o sujetos que padecen de graves anomalías síquicas, capacidad de peligrosidad que desaparece cuando terminan las causas generadoras de ellas; las medidas de seguridad no tienen el carácter técnico de penas, sino más bien de sistemas preventivos, porque al hacerlas efectivas colocan a la persona en imposibilidad de cometer un nuevo delito, medidas que se aplican a sujetos que por cualquier circunstancia o eventualmente se hallan fuera de la síquis normal”.

Es evidente, entonces, que no solamente se dejó en el vacío una conclusión necesaria para determinar la salud síquica del sindicado por deficiencia de la averiguación, sino que, a pesar de la incertidumbre creada al respecto, se adelantó el juicio en la forma prevista para los delincuentes normales y se aplicaron las penas señaladas solamente para éstos.

Y es obvio que tanto la sociedad como el acusado mismo, tienen derecho a que se adelante el trámite que corresponda y se apliquen las sanciones (o penas o medidas de seguridad) pertinentes. Y en este negocio, la ausencia de conclusiones en los exámenes síquiátricos hechos al sindicado, no fué obstáculo para que se le juzgara como normal y se le condenara a las sanciones previstas para los delincuentes normales.

El incumplimiento de la norma contenida en el artículo 374 del C. de P. Penal dió pie para que, de manera insegura, se adelantara el juicio y se aplicaran penas pertinentes a quienes delinquen fuera de las situaciones señaladas en el artículo 29 del Código Penal.

El cargo resulta comprobado, con base en la infracción del artículo 26 de la Carta, según el 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 de cada juicio”.

Prospera, en consecuencia, la causal cuarta de casación y corresponde invalidar el fallo impugnado, a fin de que se reponga el procedimiento a partir del auto por el cual se declaró cerrada la investigación, luego de que se lleve a cabo, de manera exhaustiva, el examen síquiátrico del sindicado MARULANDA RUIZ y se determine si, al momento de cometer el hecho, padecía de grave anomalía síquica.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —SALA PENAL—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad

de la ley, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de que se hizo mérito, a fin de que se reponga el procedimiento en la forma señalada en la parte motiva de este fallo.

COPIESE, NOTIFIQUESE y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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

Evencio Posada, Srio.

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

No la constituye el que el recurso de apelación se hubiese desatado por el Tribunal Superior de Distrito Judicial, por un proceso que en razón de la reforma judicial del año de 1964, su conocimiento correspondía a los jueces municipales, puesto que el recurso de apelación se surte ante el respectivo superior y no ante un funcionario de la misma categoría.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre dieciséis de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

(Aprobado: Acta N° 41, octubre 16 de 1970).

VISTOS:

Por sentencia de 29 de mayo de 1963 el Juzgado Penal del Circuito de Sevilla condenó a HERIBERTO ANTONIO SILVA GARCIA a la pena principal de 18 meses de prisión y a la pecuniaria de \$ 150.00 de multa a favor del Tesoro nacional, a más de las accesorias de rigor, "como autor del delito de lesiones personales de que trata el artículo 373 del C. Penal en su inciso segundo".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, al revisar por consulta esa providencia, por la suya de 18 de febrero del año en curso, CONFIRMO aquella en todas sus partes.

Contra este fallo interpuso recurso extraordinario de casación el Fiscal 4° del Tribunal de Buga y, como la tramitación correspondiente se encuentra agotada, se procede a resolver lo que se estime de ley.

HECHOS:

En la sentencia recurrida en casación, se consignaron así:

"El 5 de diciembre de 1959, siendo más o menos las 3 de la tarde, se encontraba

el señor ABEL DE JESUS GARCIA GAVIRIA departiendo con sus amigos ALCIBIADES LOPEZ, ISRAEL ZAPATA, JUAN GAVIRIA y ARTURO GARCIA, en la tienda de propiedad del señor PEDRO LOPERA, en la ciudad de Sevilla, llegando momentos después HERIBERTO SILVA acompañado de un muchacho GUSTAVO N. o RÍOS, formando parte del grupo de contertulios que se dedicaban a libar algunas copas. Manifiesta el ofendido que "luego de Silva haberse tomado los aguardientes, sin que para ello hubiera motivo, me tiró, como con una pueñaleta (sic), habiéndome herido, junto a la sien izquierda, en la barbilla, y en la espalda lado derecho, en total me pegó tres puñaladas. Luégo que el sujeto me hirió yo lo seguí, como unas dos cuerdas y media, hasta que un señor que iba en una bicicleta lo hizo agarrar de la Policía".

ACTUACION PROCESAL:

El mismo día en que ocurrieron los hechos, inició esta investigación la Inspección Tercera Municipal de Policía de Sevilla, la cual, luego de practicadas algunas pruebas decretó la detención preventiva del sindicado (fls. 20 ss.). Después de algunas incidencias procesales (fls. 35 vto. ss.), por competencia correspondió el conocimiento del negocio al Juzgado Penal del Circuito de Sevilla, Despacho que, previo cierre de la investigación (fl. 53), el 13 de marzo de 1963 abrió causa criminal contra el sindicado Heriberto Antonio Silva García por el delito de lesiones personales en Abel de Jesús García Gaviria, las cuales consistieron en desfiguración facial de carácter permanente (fls. 54 ss.).

El 29 de mayo de 1963, como ya se dejó consignado, se produjo la sentencia de primera instancia y el 18 de febrero del año que corre, la de segunda, materia de la actuación presente.

LA DEMANDA:

Primer cargo: El Fiscal Cuarto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga invoca "como motivo de infirmación del fallo de segunda instancia la Causal IV, violación directa de la Ley establecida por el Legislador en la Regla 4ª del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, Causal de Nulidad. Incompetencia de Jurisdicción, Ordinal I del artículo 37 del Decreto 1.358 de 1964 que modificó el artículo 198 del C. de P. P."

Lo fundamenta en las siguientes razones:

Habiendo dejado las lesiones en la cara consecuencias de carácter permanente, "el Juez Penal del Circuito de Sevilla (reparto), según las normas vigentes, es el competente para conocer en segunda instancia el grado de consulta y no el Tribunal que había perdido la competencia desde el 1º de septiembre de 1969. De tal suerte que el 18 de febrero de 1970 —(fecha de la sentencia de segunda instancia)— había perdido esta entidad la facultad decisoria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 16 de 1969 que modificó el 5º de la Ley 16 de 1968". De donde concluye que el fallo recurrido está viciado de nulidad. Y, señala como disposiciones violadas:

"Ordinal 2º del inciso 1º del artículo 3º de la Ley 16 de 1969 cuyo contenido es el siguiente: "Los Jueces Municipales Penales y Promiscuos conocen en primera instancia: de los delitos de "Lesiones Personales" en los casos de los artículos 373 y 374 del C. P."

"Numeral 2º del artículo 4º de la Ley 16 de 1968 modificado por el Artículo 2º de la Ley 16 de 1969 y es el siguiente: "Los Jueces del Circuito en lo Penal conocen de las apelaciones y consultas, así como de los recursos de hecho en los procesos pe-

nales que sean del conocimiento de los Jueces Municipales y Promiscuos".

"La violación de estos artículos por omisión, genera la nulidad contemplada en el ordinal 1º del artículo 37 del Decreto 1.358 de 1964".

Segundo cargo: Manifiesta el demandante:

"Invoco también como motivo de impugnación de la sentencia recurrida, por violación directa de la Ley, la causal 1ª establecida en el ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, omisión expresa del fallador al no aplicar la Ley a un hecho debidamente comprobado, equivocación que da lugar a la violación de los artículos 104 y 105 del C. P. que regulan la institución de la prescripción.

"La explicación o fundamento de esta causal la expongo así: a) El día 26 de abril de 1963 a fl. 62 vto., quedó ejecutoriado el Auto de Proceder. Desde ese día hasta el 18 de febrero de 1970, fecha de la sentencia de segunda instancia, han transcurrido seis (6) años, nueve (9) meses, veintidós (22) días. El artículo 104 del C. P. dice: "La acción y la condena penales se extinguirán por prescripción". El 105 de la misma Obra informa que 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". El inciso 2º del artículo 373 del C. P. señala como máximo seis (6) meses de prisión. Si desde la ejecutoria del Auto de Proceder a la fecha del fallo del H. Tribunal han transcurrido más de seis (6) años, es necesario aceptar que a este hecho debidamente comprobado, no se le aplicó la norma que lo regula, motivo por el cual el fallo del H. Tribunal es violatorio directamente de la Ley Penal, artículos 104 y 105 de la misma Obra".

Precisa como disposiciones violadas por este concepto, los artículos 104 y 105 del Código Penal, para concluir solicitando que

la Corte "case la sentencia impugnada para que en su lugar declare que encuentra demostrado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal y como consecuencia se ordene la cesación de todo procedimiento".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de manifestar y argumentar por qué en su concepto "no existe nulidad por incompetencia de jurisdicción", se muestra de acuerdo con el demandante en cuanto hace relación al planteamiento de la prescripción de la acción penal y es así como solicita de la Corte la declaratoria correspondiente, con el respetivo decreto de cese de todo procedimiento contra el procesado.

LA CORTE CONSIDERA:

Primer cargo:

Con relación a él (al primer cargo), observa el Ministerio Público que "no existe nulidad por incompetencia de jurisdicción porque dictada la sentencia de primer grado por el Juzgado Penal del Circuito de Sevilla el 29 de mayo de 1963, se envió en consulta al Tribunal Superior de Buga, en el mes siguiente, se repartió, se le dió el trámite correspondiente y el cinco de agosto del año citado se entregó el informativo al Fiscal de esa Corporación para el alegato respectivo (fl. 71). Como en el año de 1965 entró en vigencia una nueva división territorial judicial el expediente pasó al Tribunal Superior de Tuluá, el Fiscal Segundo de esta Corporación emitió concepto (fl. 74) por auto del 17 de septiembre de 1965 se citó para sentencia y entró para fallo al Despacho del Magistrado Sustanciador el 25 de este mes (fl. 75).

"Por último, en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 900 de 1969 el expediente se envió al Tribunal Superior de Buga el cual, como ya se dijo, dictó la sentencia objeto del recurso de casación.

"De la breve relación anterior claramente se advierte que la actuación judicial pen-

diente cuando entró en vigencia la Ley 16 de 1969 era el pronunciamiento de la sentencia de segundo grado y, por consiguiente, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, correspondía al Tribunal Superior de Buga completar dicha actuación".

Es decir: Cuando el Juzgado Penal del Circuito de Sevilla dictó la sentencia de primera instancia, era competente para éllo y, para conocer en segunda lo era el Tribunal Superior de aquel distrito judicial. Por eso ante él se ordenó la consulta de rigor, la cual, por otra parte, no podía llevarse a término ante un funcionario de igual categoría. De ahí que, en virtud de las disposiciones entonces vigentes, aquélla debía llevarse a término ante el respectivo superior de aquel entonces. Otra cosa perfectamente distinta la constituye el hecho de que se hubieran presentado demandas en la tramitación, debidas a la legislación que se fue presentando, la cual no le quitaba al Tribunal la competencia que ya tenía adquirida para conocer en segunda instancia de este proceso.

En atención a lo anterior, el primer cargo no prospera.

Segundo cargo: Los hechos que se investigaron por medio de estas diligencias tuvieron su ocurrencia el día 5 de diciembre de 1959 (fls. 1 ss.). Ellos son constitutivos de delito de lesiones personales y por haber sido causadas en la cara y haber dejado desfiguración facial de carácter permanente, la norma violada fue el artículo 373 del Código Penal, en su inciso 2º, el cual señala para sus infractores una pena máxima privativa de la libertad de seis años de prisión.

De acuerdo con el inciso 3º del 105 del mismo estatuto, la prescripción en este caso opera "en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal", o sea en 6 años.

Como dentro de estas diligencias se dictó auto de proceder, este pronunciamiento interrumpió la prescripción de la acción

(C. P. art. 107). Esta providencia quedó ejecutoriada el 26 de abril de 1963. Entonces y, en acatamiento a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 107 del estatuto penal, a partir de esta fecha principia a correr de nuevo el lapso de prescripción de la acción penal, el cual "no podrá extenderse más allá del señalado en el artículo 105", o sea, en este caso concreto, el de 6 años.

Pero como desde la fecha de ejecutoria del auto de proceder: 26 de abril de 1963, hasta la de la sentencia de segunda instancia: 18 de febrero de 1970, transcurrió un término superior al de 6 años fijados para la prescripción a la cual se viene haciendo referencia, síguese que cuando esta última providencia se produjo la acción ya estaba prescrita y, en estas condiciones, a la rama jurisdiccional del poder público no le quedaba otro remedio procesal que hacer la respectiva declaratoria, ya que el sindicado no había renunciado a ella.

Lo anterior quiere decir que hallándose prescrita la acción penal para la fecha en que fue proferida la sentencia de segunda instancia, el Tribunal ha debido tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 104 y 105 del Código Penal, normas éstas de carácter sustantivo y, al no hacerlo así, incurrió en la violación directa de las mis-

mas, por falta de aplicación. En consecuencia, prospera el segundo cargo formulado por el demandante y el fallo habrá de casarse para proceder a formular la declaración correspondiente.

Sin lugar a más consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, proferida el 18 de febrero del año en curso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga; en su lugar **DECLARA PRESCRITA LA ACCION PENAL** dentro de estas diligencias, y, en consecuencia, **ORDENA LA CESACION** de todo procedimiento criminal contra **HERIBERTO ANTONIO SILVA GARCIA** por el delito de lesiones personales en Abel de Jesús García Gaviria.

Cópiese, notifíquese, devuélvase a la oficina de origen.

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

J. Evencio Posada V., Secretario



VEREDICTO CONTRADICTORIO

Para que pueda considerarse como tal, es necesario que sus términos impliquen la afirmación y la negación simultánea de la misma cosa y por el mismo aspecto. La impugnación hecha a la sentencia, sobre la contradicción implícita que encerraba el cuestionario, hubiera sido susceptible de controversia si se hubiese hecho a través de la causal primera, por violación directa de la ley.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, dieciséis de octubre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobado: Acta N° 41 de 16 de octubre de 1970).

VISTOS:

Agotada la tramitación correspondiente, se procede a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado y su defensor contra la sentencia de fecha treinta de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, reformando la de primer grado, condenó a RAMON DARIO BARROS MENDOZA (a. "Monche Navarro"), a la pena principal de once (11) años de presidio, como autor responsable del delito de homicidio en la persona de Asdrúbal Romero Escobar, Coronel de la Policía Nacional.

ANTECEDENTES

a) Meses anteriores a los hechos de autos, miembros de la Policía de Santa Marta y un grupo de sujetos se habían enfrentado de manera violenta, habiendo resultado muerto un Agente y capturados varios individuos del referido grupo, entre quienes se hallaba un cuñado de Ramón Barros Mendoza, que, al parecer, fue ultimado en las dependencias de aquélla, hecho que dió origen a la publicación de unas hojas volantes contra la Policía, por lo que

tanto el tipógrafo impresor como Barros Mendoza fueron multados. Según éste, a partir de ese momento la mencionada institución desató contra él ostensible hostilidad.

El 29 de junio de 1965 estuvieron almorzando en el Hotel Tamacá (El Rodadero), invitados por su Administrador, el Comandante de la Policía del Magdalena, el ingeniero José Galo Díaz Granados Alzamora y otros amigos, permaneciendo allí hasta las horas de la tarde, en que la mayoría de los agasajados —que al parecer habían consumido abundante licor en la reunión— se dirigieron a sus hogares, menos el Coronel Romero Escobar y el ingeniero Díaz Granados, quienes continuaron sus libaciones, con dos muchachas, en la cantina o casa de diversiones conocida con el nombre de "Carlín", situada en la ciudad de Santa Marta.

Ese mismo día, Ramón Barros Mendoza había estado tomando licor en distintos lugares de la ciudad, acompañado de Camilo y Enrique Quiñones, entre otros. Poco después de las diez de la noche llegaron a la casa donde se encontraba el Coronel Romero, y tomando asiento en torno a una de las mesas, pidieron unos "tragos". Súbitamente Barros Mendoza se dirigió al sitio en que se hallaba, desprevenido, Romero Escobar, haciéndole a corta distancia varios disparos de revólver, determinantes de las heridas descritas en la diligencia de necropsia, las cuales le produjeron la muerte momentos después. En seguida huyó con sus acompañantes, cubriendo la retirada con otros disparos, para presentarse días

más tarde ante el Comandante del Batallón de Infantería N° 5 "Córdoba", por temor, según afirmó en su injurada, a las retaliaciones de la Policía, que había ofrecido \$ 30.000.00 de recompensa a la persona que diera informes ciertos sobre el paradero de Barros Mendoza.

b) Iniciada la investigación el mismo día de perpetrado el delito por el Inspector Central de Policía de Santa Marta, quien dictó el auto cabeza de proceso y practicó las primeras diligencias, fue luego seguida por los Jueces 154 y 168 de Instrucción Criminal, con intervención de un fiscal especialmente designado para el caso.

c) Mediante providencia del 8 de julio de 1965 el Juez 154 de Instrucción Criminal ordenó la detención precautelativa de Ramón Barros Mendoza (a. Monche Barros) y Camilo Quiñones Quiñones, como presuntos autores de la muerte violenta del Coronel Asdrúbal Romero Escobar, medida que fué parcialmente revocada por el Juez 168 de Instrucción, quien en auto del 4 de agosto del mismo año dispuso la libertad incondicional de Quiñones.

d) En proveído del 19 de agosto de 1966 el Juzgado del Conocimiento declaró clausurada la investigación y ordenó que el proceso permaneciera en Secretaría por el término de cinco días para que las partes presentaran sus alegatos (fl. 421 vto.). En tal oportunidad el apoderado de Barros Mendoza solicitó que en el auto calificador se le reconociera a su poderdante "las circunstancias aminorantes de la responsabilidad contempladas en el artículo 28 del C. P.", en tanto que el Fiscal del Juzgado pedía que se le llamara a responder en juicio por el delito de Homicidio en la persona del Coronel Asdrúbal Romero Escobar, sin especificar circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad.

e) El Juez Primero Superior de Santa Marta calificó el mérito del sumario en providencia del 31 de octubre de 1966, sobreseyendo definitivamente a favor de Camilo Quiñones Quiñones y residenciando en juicio criminal a Ramón Barros Mendoza

(a. "Monche Barros"), "como responsable del delito que define y sanciona nuestro C. P. en su Libro 2º, Tít. XV, Cap. I, hecho cometido en la persona del Coronel Asdrúbal Romero Escobar . . . , providencia en cuya parte motiva se formularon, entre otras, las siguientes consideraciones:

"No en un todo comparte el Juzgado, la vista emitida por el señor Agente del Ministerio Público, como tampoco las conclusiones a que llegó el apoderado del sindicado; el primero por considerar que se trata solamente de un simple Homicidio Voluntario y el segundo, al calificar el hecho en los mismos términos y con la atenuante del estado de ira e intenso dolor, de que habla en su extenso alegato.

"En verdad, no se puede en el caso de autos, hablar de un simple homicidio voluntario, ya que las circunstancias en que acaecieron los hechos en el instante trágico, en que perdiera la vida el Coronel Asdrúbal Romero Escobar, indican lo contrario.

"Bien claro está según las probanzas, que la muerte de la víctima se consumó en momentos en que ella se encontraba indefensa. Así lo sostiene entre otros la misma Fanny García Ospina, quien en el momento en que perdiera la vida el señor Coronel Asdrúbal Romero Escobar, bailaba con éste.

"Lo anterior indica que mientras la víctima se distraía, vale decir, se encontraba desprevenida, es decir, en estado de indefensión, fue atacado.

"El artículo 363 del C. P. preceptúa en su numeral 5º, este hecho como circunstancia agravante, elevando por tanto a la categoría del Homicidio agravado a aquel en que concurra la circunstancia anotada.

"El Acta del levantamiento del cadáver, como la diligencia de autopsia, no indican claramente el que la víctima hubiera sido atacada por la espalda; pero los testimonios como la diligencia de reconstrucción de los hechos, señalan que el victimario en el momento del ataque ocupaba un pla-

no lateral hacia su víctima, pero a la vez aprovechando, la circunstancia de indefensión en que se encontraba por lo ya anotado.

"Forzoso es pues concluir, que la circunstancia del numeral 5º del art. 363 del C. P., se estructuró, en el momento preciso en que el victimario consumó el delito.

"Como ha dicho la Corte: 'Lo esencial en todos estos casos es que se sorprenda indefensa a la víctima y que el agresor se aproveche de esa indefensión, con cobardía o deslealtad de su parte y no una notable inferioridad en el sujeto pasivo del delito.

"Siguiendo la injurada del victimario, diligencia en la cual confiesa la materialidad del hecho a él imputado, como también los motivos que determinaron su obrar, es aceptable por cuanto ella no se encuentra infirmada por ninguna prueba y antes por el contrario se encuentra confirmada por los testimonios de Octavio Guerrero, Dora González y Víctor Bolaños.

"Es más, lo consignado por el mismo Comandante de la Policía Seccional del Magdalena, Encargado, Mayor Juan D. Moreu Toro, en su Oficio N° 451-P/N DPM/SC/206 de julio 5 del año pasado, así lo da a entender.

"Tal parece pues, que el motivo remoto de la tragedia, fue la muerte de JESUS ALBERTO ACOSTA, cuñado del victimario. Esta muerte provocó la humana reacción de protesta de sus allegados, entre ellos, la del mismo sindicato y exteriorizada en la publicación de unas hojas volantes, traídas al expediente y que aparecen al folio 180 del mismo.

"Tal hecho, tal vez produjo la reacción de la Institución Policiva para entonces comandada por el occiso. La reacción, como lo dice el oficio anteriormente nombrado, se concretó a una estrecha vigilancia policiva de las actividades del victimario, que según él, se extremaron a ataques e injurias a su persona y a los suyos.

"Estamos pues, ante lo que el Juzgado

puede llamar el que el victimario obró en estado de ímpetu emocional.

"Sobre este estado se ha escrito y se ha dicho, que es un verdadero impulso desordenadamente afectivo, porque éste es destructivo de la capacidad reflexiva de frenación. Y es precisamente el estado, que el mismo sindicado manifiesta haber sufrido en el momento en que resolvió cegar la vida de su presunto perseguidor".

Cita a continuación el vocatorio algunos conceptos de Soler sobre el particular y agrega: "Por las consideraciones anotadas, es del caso concluir que estamos ante el caso de un HOMICIDIO AGRAVADO, en el cual juega lo dispuesto por el art. 28 del C. P., como causa remota y determinante del hecho investigado".

f) Ejecutoriado el auto de proceder, contra el cual ninguna de las partes interpuso recurso alguno, durante el plenario se practicaron pruebas solicitadas por la defensa, y el 11 de julio de 1967 se dió comienzo a la audiencia pública, la cual culminó con el siguiente veredicto: "El acusado RAMON BARROS MENDOZA, sí es responsable de haber dado muerte, con intención de matar, al Coronel Asdrúbal Romero Escobar, con arma de fuego, según lesiones descritas en la respectiva diligencia de autopsia, sin agravantes ni atenuantes que propone el pliego".

g) Acogiendo el veredicto anterior, profirióse fallo de primer grado, en el cual se impuso al procesado la pena principal de ocho (8) años de presidio, sentencia contra la cual interpusieron el recurso de apelación tanto el defensor como el apoderado de la parte civil. Al conocer del asunto, el Tribunal, por razones que no incumbe a la Corte dilucidar aquí, declaró "la nulidad de todo lo actuado dentro del presente negocio a partir, exclusive, del auto calificatorio", y dispuso devolver el expediente al Juzgado de origen para que se repusiera el procedimiento.

h) Repuesta la actuación, efectuóse la nueva audiencia pública con intervención

del Jurado, al cual se interrogó de la siguiente textual manera:

"El acusado RAMON BARROS MENDOZA, (a) "Monche Barros", es responsable, SI o NO, de haber dado muerte, con intención de matar, al Coronel ASDRUBAL ROMERO ESCOBAR, a quien le ocasionó las lesiones descritas en la respectiva diligencia de autopsia, con arma de fuego, habiendo procedido cuando la víctima se encontraba en estado de indefensión, y obrando el victimario en estado de ira o intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, según hechos ocurridos en las horas de la noche del día veintinueve (29) de junio de mil novecientos sesenta y cinco (1965) en el Bar o Cabaret denominado "Carlín", ubicado en la calle 6ª N° 13-53 de la nomenclatura urbana de esta ciudad?"

"SI ES RESPONSABLE", fue la respuesta unánime del tribunal popular.

i) Por sentencia del 17 de enero de 1969 el Juzgado Primero Superior de Santa Marta condenó a Ramón Barros Mendoza a la pena de cinco (5) años de presidio, más las accesorias de rigor legal, como responsable de la muerte del Coronel Asdrúbal Romero Escobar, pero al resolver el recurso de alzada interpuesto por el apoderado de la parte civil contra el fallo de primera instancia, el Tribunal Superior de la ciudad nombrada lo reformó en el que ahora es materia del recurso extraordinario de casación, elevando a once (11) años de presidio la pena privativa de la libertad impuesta al procesado, como se anotó en la parte inicial y motiva de la presente sentencia.

DEMANDA DE CASACION

Acoge, en primer término, la relación de los hechos consignados en la sentencia de primer grado; muestra luego un circunstanciado desarrollo de la actuación a través de las dos etapas del proceso y formula en seguida, en capítulos debidamente separados, la acusación al fallo recurrido, la cual se desenvuelve con fundamento en las causales que el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 consagra en sus ordinales tercero y primero.

Aunque el apoderado especialmente designado por el reo para sustentar el recurso ante la Corte trata la acusación con prolijidad extrema, él mismo presenta, al final de cada uno de los capítulos impugnatorios, una síntesis de los argumentos propuestos, compendio que intitula "Resumen y alcance de la impugnación aducida contra la sentencia recurrida". Como la Sala, tras atento estudio del libelo, estima que tales resúmenes recogen de manera cabal y completa el pensamiento del actor en cada caso los transcribirá a continuación como base suficiente de análisis y estudio.

Causal Tercera:

"Con el fin de facilitar el estudio a la H. Corte del motivo de impugnación formulado a la sentencia recurrida, me permito hacer una síntesis de los motivos de infirmación aducidos contra el fallo acusado con fundamento en lo dispuesto por el ordinal 3º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, 'Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto contradictorio'.

"El Jurado dirimió la responsabilidad del procesado Ramón Barros Mendoza, afirmando que éste había dado muerte al Coronel Asdrúbal Romero Escobar, empleando para ello arma de fuego y 'habiendo procedido cuando la víctima se encontraba en estado de indefensión...'.

"A esta afirmación del Jurado de conciencia es oponible el hecho de que Ramón Barros Mendoza ignoraba que el Coronel Asdrúbal Romero Escobar en ese momento se encontraba desarmado y porque es lógico presumir que por su condición misma de militar en actividad debería estar armado. Además, como ya lo dejé ampliamente demostrado en la alegación de fondo aducida contra la sentencia, la causal prevista en el ordinal 5º del artículo 363 del C. P., para su existencia procesal se requiere la plena comprobación de que el Agente activo del delito haya obrado con ánimo frío e intención deliberada.

"Dice la H. Corte:

'No debe desconocerse la distinción que

hace la ley de las dos clases de inferioridad de la víctima: La procurada por el agente y la aprovechada por él. El ordinal 5º del artículo 363 del C. P. se refiere a la perpetración del homicidio en circunstancias que el agente procura o busca y que colocan a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad como la insidia, la acechanza, la alevosía, el envenenamiento. En cambio, las condiciones de inferioridad del ofendido, no procuradas ni buscadas por el agente, sino aprovechadas con cobardía o deslealtad, por falta de sentido moral y para asegurar el resultado delictivo o correr el menor riesgo, constituyen el abuso de esa particular situación de la víctima indicada como circunstancia de asesinato en el ordinal 6º (Sentencia, 9 de noviembre de 1960, XCIV, 173)'.

"Como ya vimos en los anteriores planteamientos, el abusar del estado de indefensión de la víctima, constituye el más alto índice de dolo específico imputable al agente activo de un delito de homicidio y la configuración del dolo en su más alto grado.

"Ahora bien: La segunda veredicción del Jurado consiste en que reconoció para Ramón Barros Mendoza el estado aminorante de responsabilidad, consagrado en el artículo 28 del Código de las Penas, y que consiste en haber obrado el procesado Ramón Barros Mendoza, o sea en el 'obrando el victimario en estado de ira o intenso dolor, causado por grave e injusta provocación'.

"Como ya también vimos en los planteamientos anteriores, el reconocimiento de la disminuyente de la responsabilidad aparece un estado emocional dentro del estado de inhibición de la voluntad, que de conformidad con la teoría de Carrara, 'subsiste la imputabilidad pero aminorada'.

'Si la inteligencia o la voluntad, o ambas, faltan de manera total en el agente, no hay intención, y, por consiguiente, no hay imputabilidad. Si la una o la otra, o ambas, solamente se ven disminuidas, hay en él

intención, pero imperfecta: subsiste su imputabilidad, pero aminorada. Nº 65'.

"El segundo aparte del cuestionario sometido a la consideración del Jurado, significa que los señores Jueces de hecho colocaron la responsabilidad de Ramón Barros Mendoza dentro de un estado emocional de dolo de ímpetu, completamente incompatible dentro del estado deliberante del espíritu frío y calculador del dolo específico.

"Resulta pues, evidentemente contradictorio un veredicto proferido por el Jurado de conciencia, cuando por unos mismos hechos ocurridos en iguales momentos concomitantes, afirme una responsabilidad penal dentro de un estado frío y calculador para cuya producción en la conciencia espiritual del infractor se requiere un lapso de tiempo, más o menos prolongado, y a su vez, por estos mismos hechos, afirme por otra parte, también una segunda responsabilidad pero aminorada para cuya existencia se requiere un súbito impulso emocional ocasionado por un dolor justo. Son dos estados emocionales perfectamente antinómicos que conforme a los postulados de la ciencia, resultan perfectamente inexplicables e inconciliables.

"Con todo respeto me permito someter al estudio de esa Honorable Sala de la Corte el único motivo de impugnación aducido contra el fallo del H. Tribunal sentenciador de Santa Marta, planteado dentro de la órbita de la causal 3ª de casación, prevista en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, y con todo respeto solicito a la H. Corte, proceder de conformidad con lo establecido por el artículo 58 del ya citado Decreto".

Causal Primera. Ser la sentencia violatoria de la ley sustancial por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea.

Dentro de su esfera propone el actor cinco cargos a la sentencia acusada a saber:

Primer Cargo: Se enuncia diciendo que "la sentencia recurrida es violatoria de la

ley sustancial por interpretación errónea del artículo 36 del C. Penal, al imponer el máximo de la sanción señalada por el Código para el delito de homicidio calificado”.

Los argumentos tendientes a demostrar el cargo los propone el impugnante a través de tres ordinales, que compendia así:

“Ordinal a)- El H. Tribunal sentenciador dejó de apreciar la prueba si legalmente producida del estado emocional contemplado en el ordinal 3º del artículo 38 del C. Penal, razón por la cual violó en forma **indirecta** el citado ordinal, en perjuicio de los intereses del procesado.

“Ordinal b)- El H. Tribunal sentenciador dejó de apreciar a favor del procesado la circunstancia de menor peligrosidad establecida en el ordinal 9º del artículo 38 del C. Penal, en su verdadero contenido, ya que siendo la presentación voluntaria hecha por Barros Mendoza ante el Comandante del Batallón “Córdoba” y la confesión del delito ante el funcionario de instrucción, la cabal comprobación de esta circunstancia de menor peligrosidad, ella no se tuvo en cuenta, a pesar de estar demostrada en los autos. Por errónea apreciación de esta prueba, el H. Tribunal sentenciador violó **indirectamente** el ya citado ordinal 9º del artículo 38 del C. P.

“Ordinal c)- Estando demostrada a cabalidad con el lleno de las exigencias legales, la circunstancia prevista en el numeral 5º del C. P. (Art. 38), por errónea apreciación de este medio probatorio, el H. Tribunal al no tener en cuenta esta circunstancia a favor del procesado, en la sentencia recurrida, se violó **indirectamente** por parte del H. Tribunal sentenciador, el ya citado ordinal 5º del artículo 38 del C. Penal.

“Por último, considero que el H. Tribunal Superior de Santa Marta quebrantó igualmente el ordinal 1º del artículo 38 del C. P. al desconocer en el fallo impugnado la buena conducta del señor Ramón Barros Mendoza, circunstancia de menor peligrosidad que sí había sido reconocida por el

señor Juez a quo, en la sentencia de primera instancia, tal como se desprende del siguiente aparte:

‘Como de autos no se desprende ninguna circunstancia de mayor peligrosidad en contra del reo, ni su conducta aparece ataviada de antecedentes penales o policivos, es el caso de aplicarle la pena mínima resultante del entrelazamiento de las normas 363 y 28 del C. Penal, que arroja como sanción principal cinco (5) años de presidio’ (Fol. 803 del cuaderno principal).’

“En consecuencia, por error de hecho en la apreciación probatoria, el H. Tribunal sentenciador violó en forma **indirecta** la ley sustancial, esto es, desconoció una prueba legalmente producida en el proceso como es la buena conducta anterior observada por el señor Ramón Barros Mendoza. La norma desconocida por el H. Tribunal es la prevista en el ordinal 1º del artículo 38 del C. P.”.

Segundo Cargo: Lo enuncia el actor expresando que el Tribunal, “por error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, dedujo como circunstancia de mayor peligrosidad en contra del procesado recurrente la circunstancia de que Ramón Barros Mendoza ‘estando en plan de diversión, sin embargo, anda prevenido para el delito portando armas’ (Fol. 833 del cuaderno principal).

Y con respecto a la referida tacha se lee en el libelo, tras los párrafos en que se pretende demostrarla, lo siguiente:

“El resumen de este cargo contra la sentencia lo hago consistir en que no estando demostrada dentro del proceso la circunstancia de que el procesado estuviera armado de revólver con el fin preordenado de darle muerte al Coronel Romero Escobar, sino que el delito fue producto de una emoción súbita determinada por el raptus de la ira o el intenso dolor, no se le puede tomar en cuenta como circunstancia de mayor peligrosidad también por cuanto que con ello se violaría el principio ‘Non bis in idem’.

“Como el H. Tribunal no dice cuál fue el ordinal del artículo 37 del C. Penal quebrantado por el procesado, como argumento de impugnación aducido contra el fallo sólo afirmo que el H. Tribunal sentenciador, por error de derecho en la apreciación de esta prueba, violó en forma indirecta el artículo 37 del C. Penal, al estimar como circunstancia de mayor peligrosidad, una prueba atinente a la responsabilidad del procesado”.

Tercer Cargo: “El H. Tribunal sentenciador deduce como circunstancia de mayor peligrosidad en contra del procesado recurrente —dice el demandante al plantear la tacha— la establecida en el ordinal 4º del art. 37 del C. Penal, sin estar como es obvio, debidamente demostrada en el expediente”. Se arguye extensamente en el libelo para sustentar el cargo, concluyéndose que “por error de derecho en la citada apreciación probatoria, el H. Tribunal sentenciador violó en forma indirecta el numeral 4º del artículo 37 del C. Penal, al computarle como circunstancia de mayor peligrosidad la supuesta ausencia de los deberes especiales y las relaciones sociales que el procesado se dice estaba obligado a guardarle al Coronel Romero Escobar”. Y se agrega: “Si el delito imputado al procesado éste lo hubiera cometido por ejemplo en el Comando de la Policía, o en cualquier acto de servicio en que la víctima hubiera intervenido, es lógico que la citada circunstancia de mayor peligrosidad sí resultaba operante”.

“Cuarto Cargo: Sostiene el actor que el Tribunal “violó directamente el artículo 39 del C. Penal, al tomar como base de la pena el máximo de 24 años de presidio, en razón de que la imposición de la pena máxima fijada por el legislador colombiano solamente se puede hacer cuando en contra del procesado concurran ‘únicamente circunstancias de mayor peligrosidad’ y ninguna de menor peligrosidad”. Y en apoyo de tal censura razona del siguiente modo: “La violación de la norma citada por parte del H. Tribunal sentenciador consiste en que teniendo cabal existencia procesal varias circunstancias de menor peligro-

sidad, como las establecidas en los ordinales 1º, 3º, 5º, 9º del artículo 38 del C. Penal, tales circunstancias a pesar de estar debidamente acreditadas dentro del expediente, no fueron valoradas a favor del procesado en la sentencia recurrida, para en su lugar estimar como circunstancias de mayor peligrosidad las señaladas en el ordinal 4º la 6ª (sic) del artículo 37 del C. Penal, las que no tuvieron demostración legal en los autos”.

Quinto Cargo: Se enuncia con la afirmación de que el juzgador de segunda instancia “le dió interpretación errónea al artículo 363 del C. P., al tomar como base de la imposición de la pena el máximo de 24 años de presidio”.

En esencia, la tacha se sustenta diciendo que “incurrió en error de derecho el fallador de segundo grado en la sentencia recurrida al dar por demostradas circunstancias de mayor peligrosidad que no tuvieron existencia procesal, y confundir la de que el procesado estaba armado de revólver en el momento de dar muerte al Coronel Romero Escobar. El hecho de que el procesado Barros Mendoza estuviera armado en el momento en que dió muerte al Coronel Romero Escobar constituye una circunstancia integrante del delito de homicidio, y de ninguna manera, circunstancia de mayor peligrosidad, como erróneamente lo estimó el H. Tribunal sentenciador”.

La demanda termina pidiendo a la Corte “la invalidación del fallo acusado para que en su lugar se dicte el que corresponda”.

EL MINISTERIO PUBLICO

Al estudiar la acusación propuesta al amparo de la causal tercera de casación, el Procurador Primero Delegado observa que de acuerdo con los elementos probatorios del proceso, especialmente la indagatoria del procesado, cuando Barros Mendoza llegó a la cantina en donde ya se encontraba el Coronel Asdrúbal Romero, pudo darse cuenta, desde el lugar en que se situó, de que éste se encontraba desprevénido, y al

recordar antecedentes que atribuía al Comandante de la Policía y de los cuales se consideraba víctima, lo atacó sorpresivamente, en momentos en que el Coronel se levantaba para bailar con la mujer que lo acompañaba. Agrega que, independientemente del estado psicológico en que se encontrara el agresor en el caso de autos, "existió en forma indudable la indefensión del occiso", quien por el modo como fue sorprendido no pudo oponer resistencia, ya que Barros ni siquiera cruzó palabra alguna con aquél. Y resumiendo expresa:

"Todas estas anotaciones conducen a deducir que la indefensión existió en forma innegable y que por tanto debía ser reconocida como lo fue, tanto en el auto de proceder como por el jurado y al afirmarla éste, no puede existir contradicción con la circunstancia atenuante, también afirmada, dado que el estado de ira en que se encontraba el procesado no lo hace desaparecer, ni le impidió aprovechar o calcular la posición o situación de la víctima, hecho del cual pudo darse cuenta desde que se presentó en el lugar".

De todo lo anterior concluye, recordando un fallo de la Corte, que si se tienen en mente el alcance general del artículo 28 del C. P. y las modalidades específicas de agravación señaladas en los ordinales 5º y 6º del artículo 363 ibidem, resulta que los preceptos aludidos no son incompatibles y que bien pueden concurrir en determinados eventos. Consecuentemente, el veredicto emitido por el Jurado en este proceso no es —en su sentir— contradictorio.

Examina luego el Procurador, con minuciosa atención, todos y cada uno de los motivos de censura propuestos en el libelo dentro del ámbito de la causal primera, análisis que le permite conceptualizar adversamente a las pretensiones del actor, por cuanto, en su sentir, ninguno de los cargos fue demostrado.

LA CORTE CONSIDERA:

Causal Tercera: Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto contradictorio.

1. Cada causal de casación tiene sus características propias, que conforman y delimitan su contenido, diferenciándola de las otras, y su proyección específica en el campo del derecho. De allí que el Decreto 528 de 1964 señala de manera precisa en su artículo 58 las diferentes consecuencias que se producen cuando la Corte acepta como justificadas alguna o algunas de las causales propuestas. Dentro de este orden de ideas y con respecto a la causal en estudio importa recordar que esta Sala, en copiosa y reiterada doctrina, ha sostenido que lo contradictorio de un veredicto no consiste en la discrepancia de sus términos con pruebas del proceso o con opiniones sobre puntos de derecho, porque en tal caso habría apenas campo a la declaración de "notoria injusticia", razón por la cual para que el veredicto pueda calificarse de contradictorio, es decir, en pugna con el principio de contradicción es necesario que sus términos impliquen la afirmación y la negación simultáneas de la misma cosa y por el mismo aspecto.

2. Se haría casi fatigante la transcripción de los numerosos textos jurisprudenciales en que la Corte con distinto léxico, ha repetido la misma esencia conceptual sobre el particular. Pero resulta útil e ilustrativo recordar unos pocos: "Cuando el veredicto del jurado se halla integrado por una sola respuesta, bien sea un SI afirmativo de la responsabilidad o un NO negativo de la misma, de esas respuestas, o del veredicto emitido en esa forma, no puede predicarse el principio de contradicción, porque existe un imposible real o físico derivado de la ausencia de otra proposición con la cual se pueda hacer la comparación". ... "Si contradictoria es la proposición que afirma o niega a un mismo tiempo, es claro que esa pugna o esa contradicción debe hallarse en los términos de ella, es decir, del veredicto en este caso, y no entre su texto y el sentido que le dieron los juzgadores, lo que apenas se llamaría disparidad del criterio, del parecer, del concepto de diversas personas". ... "La causal 7ª de casación (hoy 3ª, con alguna modificación que no altera el sentido modular de la doctrina) apenas hace referen-

cia a los casos en que la contradicción dice relación al veredicto mismo y no a los términos del cuestionario sometido al jurado, y esto es obvio, porque es allí donde puede presentarse lo inconciliable de las proposiciones que constituyen la respuesta, que es el significado auténtico del veredicto contradictorio" (Sentencias: 25 de marzo, 1947, LXIII, 140; 17 de junio, 1946, LX, 827; 6 de mayo, 1952, LXXII, 253).

3. Frente a tales presupuestos, incuestionable resulta que del veredicto emitido por los jueces de hecho en este proceso no es predicable la contradicción, porque su texto —Sí es responsable—, considerado en sus propios términos, constituye una sola proposición afirmativa que, por tanto, excluye toda posibilidad de cotejo con alguna otra. El tema de fondo propuesto escapa, pues, al ámbito de la causal tercera de casación, y habría podido ser susceptible de controversia dentro del marco de la causal primera, para establecer hasta qué punto las disposiciones sustanciales pertinentes se dejaron de aplicar a los hechos probados en el proceso, produciéndose así una violación directa de la ley, con la correlativa aplicación indebida de otra u otras normas de la misma naturaleza, al pretender que éstas regularan una situación de hecho extraña a su imperio. Problema similar fue estudiado por la Corte en sentencia de 21 de febrero de 1964 (G. J., t. CVI, páginas 320 y ss.), cuando después de expresar que implicando la sevicia frialdad de ánimo, ensañamiento en el sufrimiento de la víctima y deseo de hacer daño por el daño mismo, concluyó que constituiría un contrasentido lógico y jurídico suponerla coexistente con un estado de ira o intenso dolor, afirmado por el tribunal popular. De lo dicho se desprende que no prospera la causal tercera invocada.

Causal Primera. Primer cargo.

4. Como se recordará, en este primer cargo involucra el actor cuatro tachas, cuyo enunciado consiste en que la sentencia acusada violó indirectamente, en su orden, los ordinales 3º, 9º, 5º y 1º del artículo 38 del Código Penal, violación que se produjo

porque el juzgador de segundo grado dejó de apreciar las pruebas que en el proceso acreditan la existencia de las circunstancias de menor peligrosidad que tales ordinales consagran.

Se observa: En la primera de las tachas propuestas el actor ni siquiera puntualiza si la violación indirecta del citado ordinal 3º se produjo a través de un error de derecho, o de un manifiesto error de hecho, como perentoriamente lo exige el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 en el segundo cuerpo de su ordinal 1º. En cambio, al intentar la demostración de que los ordinales 9º y 5º fueron conculcados de indirecto modo, si bien arguye "error de derecho" en la apreciación probatoria, todo el contenido del razonamiento parece encaminado a demostrar que se está frente a un ostensible error de hecho, vaguedad e imprecisión contrarias a las normas que regulan o disciplinan el recurso. De otra parte, importa recordar aquí una vez más que consistiendo el error de derecho en "la desarmonía entre el valor dado o negado a una prueba por el fallador y el que le niega o le da un determinado precepto legal", concepto que en manera alguna puede confundirse con la "interpretación errónea de la norma legal", una de las tres hipótesis que pueden presentarse en la infracción directa de la ley sustancial, es deber indeclinable del actor citar el precepto regulador de la prueba que, infringido en primer término, condujo al quebrantamiento de la ley sustancial. De ello, sin embargo, no se ha ocupado el impugnante, y tal deficiencia no puede ser subsanada por la Corte. Por lo demás, la alegación sobre el estado de embriaguez, como lo advierte el Procurador en su respuesta a la demanda, carece de toda seriedad, ya que la sentencia acusada expresa en lo pertinente: "... el mismo procesado con su indagatoria, en la cual con lujo de detalles sobre su recorrido y comportamiento durante todo ese día, deja sin valor alguno tal afirmación sobre su estado de beodez, que por otra parte no ha sido probado en el expediente. Sin embargo, la Sala acepta esta última circunstancia de menor peligrosidad" (fl. 833, Cd. 1º). Y seguidamente el Tribunal, al indivi-

dualizar la pena, disminuye "... un año por la circunstancia de menor peligrosidad anotada...". Finalmente se dirá que tampoco hubo yerro manifiesto de hecho al apreciar el fallador de segunda instancia los elementos de juicio relativos a la buena conducta anterior del procesado. "Al respecto basta anotar —observa también la Procuraduría—, que tal conducta no resulta demostrada en los autos en forma suficiente y por el contrario, existen pruebas que conducen a la conclusión contraria, como es la declaración de Luis Alzate Guillén en relación con ofrecimiento de servicios para recuperar un vehículo sustraído (fl. 237, c. 1º) y una sanción policiva, aunque no se comprobó que hubiera quedado en firme (fl. 183, cuad. 1º), hechos que contradicen una afirmación general de buena conducta". No prospera, en consecuencia, ninguna de las tachas examinadas.

Segundo Cargo

5. No es exacto que el Tribunal haya dicho que el hecho de andar armado Barros Mendoza, no obstante hallarse "en plan de diversión", constituye una circunstancia de mayor peligrosidad. El Tribunal expresó, textualmente, lo que sigue:

"Tampoco puede pasar desapercibida para la Sala la circunstancia de la peligrosidad que revela una persona que estando en plan de diversión, sin embargo, anda prevenida para el delito portando armas" (fl. 833, Cd. 1º).

Resulta evidente, en presencia del texto transcrito, que el juzgador de segundo grado sólo se refiere en él a la calidad subjetiva antisocial del procesado, y no a una de las específicas y taxativas circunstancias de mayor peligrosidad contempladas en el artículo 37 del Código Penal, para lo cual estaba autorizado por el criterio genérico y orientador contenido en el artículo 36 ibidem. De otro lado, el demandante, al enunciar el cargo, habla en primer término de error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos", para con-

cluir, pasos adelante, que se trata de "error de derecho", diferentes clases de error que no pueden predicarse simultáneamente respecto de determinada prueba. El cargo, como se ha visto, carece de toda justificación.

Tercer Cargo

6. Se pretende en él, según se recordará, que por error de derecho en la apreciación probatoria, se quebrantó en forma indirecta el ordinal 4º del artículo 37 del C. P. La censura debe desestimarse, porque el demandante no se ocupó de señalar el precepto legal estimativo de la prueba que el fallador violara de manera inmediata, infringiendo luego, de indirecto modo, la norma sustantiva.

Cuarto Cargo

7. Consiste en suma, como ya hubo de expresarse, en que el juzgador de segunda instancia violó directamente el artículo 39 del Código Penal, pues tomó como base para fijar la pena el máximo de 24 años, que sólo puede aplicarse cuando concurren únicamente circunstancias de mayor peligrosidad. A lo cual basta responder que subsistiendo las circunstancias de mayor peligrosidad que el fallador encontró demostradas, de una parte, y de otra la de menor peligrosidad prevista en el ordinal 5º del artículo 38 ibidem —La embriaguez voluntaria, cuando el agente no haya podido prever sus consecuencias delictuosas— que fue tenida en cuenta para rebajar la pena máxima señalada para el delito, no puede sostenerse válidamente que se infringió el citado artículo 39.

Quinto Cargo

8. Constituye, en el fondo, una simple repetición de los anteriores, y por tanto para desvirtuarlo basta observar con el Procurador que si el Tribunal estimó comprobadas varias circunstancias de mayor peligrosidad y una de menor peligrosidad y a esto se atuvo para graduar la pena, al elevarla al máximo y luego disminuirla en

atención a dicha circunstancia favorable, obró dentro de sus facultades legales y no violó las normas de carácter sustancial citadas por el actor. Pero además importa anotar que proponiéndose la tacha como un error de derecho en la apreciación probatoria, el impugnante no señaló el precepto valorativo de la prueba quebrantado por el fallador.

9. No hallándose justificada ninguna de las causales aducidas, habrá de darse aplicación al precepto contenido en el artículo 569 del C. de P. P.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto

del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación a que expresamente se refiere la parte motiva y ordena devolver el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la Gaceta Judicial.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

DETENCION ARBITRARIA

Para la existencia de este delito es necesario que aparezca en el agente la conciencia de la ilicitud del acto. La creencia del funcionario, de que actuaba como tal cuando fue irrespetado, la sanción impuesta al irrespetuoso, no desvirtúa el delito de detención arbitraria, si al sancionado se le han desconocido las oportunidades de exculpación que la ley señala para esos casos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, dieciséis de octubre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta N° 41).

VISTOS:

Esta Sala, por providencia de 18 de marzo último, dispuso:

“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”.

Ejecutoriado el auto de proceder y tramitada la causa en debida forma, se celebró la audiencia pública el 26 de septiembre postrero. Quedó así agotado, el trámite de la instancia y procede, en consecuencia, dictar sentencia definitiva.

HECHOS:

Los relata el Procurador Primero Delegado en lo Penal, en el alegato leído en la audiencia pública, así:

“...b) El 31 de octubre de 1967, tanto el denunciante y ofendido, señor Jorge García Orozco, como el indagado doctor Roa Latorre, fueron invitados a los actos de inauguración del edificio de los Bancos Ganadero y Cafetero en la ciudad de Villavi-

cencio, y posteriormente a una recepción de carácter social en el establecimiento denominado ‘Villa Blanca’, ubicado en las afueras de esa ciudad;

“c) Luego de un considerable tiempo, durante el cual los invitados a la reunión social dicha, y entre los cuales figuraban denunciante y denunciado, consumieron bebidas embriagantes, se produjo incidente personal entre el Gobernador Roa y el ciudadano García Orozco, sin que la causa precisa y exacta que lo motivó se haya esclarecido suficientemente.

“d) Al día siguiente de tal reunión, o sea el 1° de noviembre, el ciudadano García Orozco es detenido y conducido a la Inspección de Policía Permanente y luego trasladado a la cárcel de la Capital del Meta.

“e) En la noche del 31 de octubre el señor Ernesto Gutiérrez Cancino formula denuncia penal en contra de Jorge García por un presunto delito de lesiones personales ante el Inspector de Policía, quien expide orden de captura, la cual se lleva a cabo en la mañana del 1° de noviembre.

“f) El Gobernador Roa Latorre con fecha 31 de octubre oficia al Inspector de Policía Permanente de Villavicencio dándole cuenta de haber sido irrespetado y ordenándole se sancione al autor del irrespeto, y que lo es el señor Jorge E. García, orden extensiva para ‘ser detenido inmediatamente’.

“g) El Gobernador del Departamento

del Meta expide dos resoluciones sancionando al señor Jorge E. García con un mes de arresto, la primera y la segunda reduciendo en 20 días dicha pena privativa de la libertad, invocándose para tal proceder el numeral 18 del art. 127 del C. de Régimen Político y Municipal”.

LO QUE RESULTA DE LA CAUSA

1º. Está acreditado plenamente en el proceso la calidad oficial del acusado en el tiempo en que ocurrieron los hechos determinantes de esta investigación.

2º. Del propio modo es verdad inconcusa que Jorge García Orozco fue privado de su libertad, en la Cárcel Distrital de Villavicencio, del 2 al 20 de noviembre de 1967, en virtud de las resoluciones número 662 y 683 del mismo año, dictadas por el Dr. Ricardo Roa Latorre, en ejercicio de sus funciones como Gobernador del departamento del Meta. La estimación que se hizo, en el auto de vocación a juicio, del proceder del ex-Gobernador, con fundamento en el causal probatorio que autorizó el enjuiciamiento, necesariamente será de nuevo considerada frente al plenario y confrontada con los nuevos elementos de juicio que de éste se desprendan.

3º. Al formular la Corte el cargo por el delito de detención arbitraria al Dr. Roa Latorre, previo el exigido examen de los elementos recogidos en la sumaria, enfocó los aspectos jurídicos de la imputación en las consideraciones que pasan a transcribirse, para mejor entendimiento del fallo:

“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 XI, “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 concurren 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 artículo 127 del C. de R. P. y M. otorga a los Gobernadores facultad de "castigar con multas hasta de doscientos pesos, o con arres-

to 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 Dr. 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 N° 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 Sr. 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 (Constit., 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 lo 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".

PLENARIO

Por razones que aparecen consignadas en los autos, el plenario quedó íntegramente cumplido en la vista pública del juicio celebrada —como ya se expresó— el 26 de septiembre último. En esta oportunidad procesal para el debate, fuera de la lectura de las más importantes piezas del proceso, se oyeron las extensas alegaciones del representante del Ministerio Público y del defensor del procesado, que se agregaron al expediente al final de la audiencia.

En su orden hará la Sala referencia, primero a las tesis o conclusiones finales de las partes, con los fundamentos de hecho que pudieran derivarse de las pruebas cumplidas en el plenario.

ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de hacer una relación de los hechos que dieron lugar a esta investigación y un análisis del recaudo probatorio, expone:

"Reiteradamente ha enseñado la H. Corte, y acorde con ella los tratadistas, que el delito establecido por el art. 295 del C. P. es estructurado por tres factores de esta confección:

"a) Que su autor sea un funcionario o empleado público;

"b) Que se prive a alguien de su libertad y

"c) Que ello no sea autorizado por el mandato legal, sino efecto del mal uso de sus funciones, de un obrar arbitrario.

"Proyectando sobre la conducta del ex-Gobernador Roa Latorre estas tres condiciones de formación del delito tenemos:

"PRIMERO. Su calidad de funcionario público no admite duda alguna, no solo por las funciones inherentes a su cargo, sino también porque así lo atestigua prueba procesal.

"SEGUNDO. Las dos resoluciones dictadas por el enjuiciado causaron la privación de la libertad del señor García Orozco, así en principio él haya sido capturado como presunto responsable de un delito de lesiones personales, pues posterior a esta captura se le impidió gozar de su libertad, no como consecuencia de la susodicha captura, sino como efecto de la sanción de arresto impuesta por el Gobernador, sanción, que como se observa en el proceso, se redujo en el término encarcelatorio, lo cual en nada incide sobre la responsabilidad que conlleva la autoría del acto arbitrario e ilegal del ex-gobernador.

"TERCERO. Como del solo hecho de detenerse a una persona no nace el delito por el cual se llamó a responder a juicio en el

caso sub judice, toda vez que lo confirma o niega es la legalidad o ilegalidad del proceder del funcionario, débese analizar con detenimiento tal naturaleza a la luz del amparo legal invocado por el ex-Gobernador Roa, como también por el art. del C. Penal que fija, no solo lo que hay que tener como probado para aceptar la existencia del punible, sino también su represión.

“El inculpinado invoca para la detención ordenada la facultad que el art. 127 confiere a los Gobernadores, y específicamente la de su numeral 18 que les da atribución para imponer sanciones pecuniarias y privativas de la libertad a quienes los irrespeten “en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas”.

“En dos actos de naturaleza distinta estuvo presente el ex-Gobernador Roa Latorre el 31 de octubre de 1967, en la ciudad de Villavicencio. El primero realizado en horas tempranas de ese día concurrió en su calidad de Gobernador, como también asistieron otros altos personajes de la jerarquía eclesiástica y militar y que era para inaugurar en forma oficial el edificio destinado a actividades bancarias. No se quiere significar que este acontecimiento se catalogue como una función inherente o propia que obligatoriamente tenía que cumplir el Gobernador, mas la naturaleza de él sí induce a aceptar que para solicitar la presencia del Dr. Roa Latorre en ese acto se tuvo en cuenta más su calidad de Gobernador que su propia condición de simple ciudadano, a lo cual se le suma la naturaleza semi-oficial de las entidades Bancarias cuya sede se inauguraba.

El segundo acto que contó con la presencia del Dr. Roa Latorre era eminentemente social, ajeno a toda formalidad oficial, y aunque se efectuaba como parte del programa acordado por las directivas bancarias para la inauguración de su edificio sede, el sitio donde se llevó a cabo, y la actividad en él desarrollada, demuestran su informalidad, y por lo tanto todos quienes en él tomaron parte lo hacían en sus calidades de simples ciudadanos, muy respetables sí, pero estrictamente dentro de un ambiente

social. Al participar en este agasajo el doctor Roa Latorre no lo hizo, no lo podía hacer, en ejercicio de sus funciones privativas a su calidad de Gobernador, sino, se repite, de simple ciudadano, así se le señalara como el primero de ellos, por la alta posición que ocupaba, de su Departamento. Por lo tanto, no acepta este Despacho que se pueda invocar que su presencia en la reunión social, rodeada de licores, con temas que giraban alrededor de diversas materias, como es de usanza en estos actos, pueda decirse que era en ejercicio de funciones propias de Gobernador o por razón de las mismas.

“No se pueden confundir las funciones oficiales, emanadas del ordenamiento constitucional y legal, atribuidas a los Gobernadores Departamentales, con aquellas prerrogativas sociales que por razón de acatamiento a la investidura se les reconoce, tales como invitaciones a eventos de inconfundible sabor social, más para darles cierto aspecto de importancia, que sello de legalidad. Pues bien, cuando no se les guarda el respeto debido, en ejercicio de las primeras, como también cuando cumplen misiones específicamente asignadas por el Presidente de la República por ser los Gobernadores agentes suyos, están facultados para imponer sanción privativa de la libertad a quien se haga acreedor por su proceder ya que es al funcionario a quien se le desacata u ofende, y no a la persona humana. En cambio, de ocurrir lo mismo en actividad social, su acto quebranta principios constitucionales y legales por ser motivado únicamente por el capricho personal del funcionario, a todas luces constitutivos de conducta punible.

“Se debe dejar aclarado que la calidad de funcionario, para el caso sub examine, la calidad de Gobernador le es permanente mientras no haya sido reemplazado oficialmente en sus funciones. Se dice esto para evitar confusiones en cuanto a que se pudiera entender que la calidad de Gobernador o funcionario solo la ostenta cuando está ejerciendo sus funciones privativas. No. Sea en su Despacho oficial, en su residencia particular, en la calle, en cualquier parte, la calidad de funcionario es vigente. Lo

que sí no es cierto, es que en toda parte donde se encuentre, está en ejercicio de sus funciones, o, por razón de ellas.

“Esto se dice para significar que es merecedor del respeto y acato en toda actividad que desarrolla, o, en cualquier sitio donde se encuentre. Pero es necesario diferenciar que sus facultades legales solo le permiten hacer uso de la norma del C. de P. P. y M. cuando actúa dentro de las atribuciones o facultades de Gobernador; mas, si es víctima de ofensa en actividades o campos diferentes, no es él quien puede imponer la sanción, sino que, como cualquier ciudadano, debe recurrir al funcionario competente para que sancione, si es el caso, a quien se haga acreedor con su conducta censurable o ilícita.

“También es cierto que en todo momento el Gobernador posee “capacidad funcional” para imprimirle a sus actos cierta apariencia de legalidad, y por eso, cuando fue agredido en el Club social su orden de arresto para el ciudadano García fue cumplida, porque la resolución dictada daba a entender que tenía personería legal.

“La detención ilegal ordenada por el enjuiciado puede clasificarse como formal, toda vez que, a la falta de competencia en él para ordenarla, se suma la inobservancia de las formalidades prescritas en el art. 310 del C. de R. P. M. En el supuesto caso, o aceptando en vía de discusión que el ex-Gobernador Roa Latorre estaba autorizado por el art. 127 ibidem para imponer la sanción privativa de la libertad que impuso, tal detención, de igual manera, sería ilegal porque se hizo efectiva desconociendo al sancionado las oportunidades de exculpación contempladas para esos casos, proceder que de igual manera acusa arbitrariedad en el funcionario.

“Es suficiente lo expuesto, para solicitarle a la Sala Penal de la H. Corte, respetuosamente, se profiera sentencia condenatoria en contra del doctor Ricardo Roa Latorre como responsable por el delito de detención arbitraria”.

TESIS DE LA DEFENSA

La amplia exposición del defensor del encausado, Dr. Rafael Poveda Alfonso, puede resumirse en tres argumentos cardinales:

1º. Que la privación de la libertad de Jorge García Orozco no fue efecto de la orden dada por el entonces Gobernador Roa Latorre al Inspector Permanente de Policía de Villavicencio (v. fol. 59) ni de las resoluciones 662 y 683 de 1967, sino consecuencia de la orden de captura impartida por este último funcionario a causa de las lesiones personales inferidas a Gutiérrez Cancino. “De manera, Honorables Magistrados— dice el defensor— que la captura del señor García tuvo cumplimiento con motivo de las lesiones personales que infirió al señor Ernesto Gutiérrez Cancino, y esta medida de policía se ajustó cabalmente a la ley. Tiene mucha oportunidad en este momento, suponiendo, en gracia de discusión, que la orden de captura expedida por el gobernador no hubiera sido legal, la siguiente doctrina de la Corte a este propósito: “Aunque la orden de captura no sea legal, si no se produce en realidad la privación de la libertad de la persona cuya captura se ordena y si esta privación de la libertad obedece a motivos distintos de la orden del funcionario, éste no incurre en el delito de detención arbitraria porque falta entonces el nexo de causalidad entre el mandato arbitrario y la injusta detención, nexo que es necesario para configurar el delito conforme al artículo 295 del estatuto represivo” (Subrayo) (Auto de abril 17 de 1951, LXIX, 612).

2º. Que en cuanto a las resoluciones dictadas por el Dr. Roa Latorre como Gobernador, éste “entendió que se trataba de una sanción teórica, puesto que el señor García Orozco debía estar privado de su libertad por razón de las lesiones inferidas al señor Gutiérrez Cancino... Está acreditada la existencia del proceso penal que cursa, por lesiones personales, contra Jorge García Orozco, como los señores magistrados pueden evidenciarlo con la lec-

tura de algunas diligencias que viven en el proceso contra el doctor Roa Latorre... Que no se hubiera dictado auto de detención en el proceso de las lesiones, sería irregular y abiertamente antijurídico. Lo cierto es que el Dr. Roa Latorre, fundadamente, creyó que sí se había dictado, aun cuando debido a la reserva del sumario no tenía oportunidad de confirmarlo. Sobre este punto, como se ve, hay una incógnita. Porque, si en el proceso por lesiones se dictó auto de detención, entonces resultaban teóricos los efectos de la providencia del gobernador. Y si no se dictó auto de detención, evento inexplicable y respecto de lo cual no hay ninguna prueba en este proceso, esta situación constituyó para el Dr. Roa Latorre un error esencial de hecho, verdaderamente típico, que produjo el resultado de que el señor García Orozco habría estado preso por razón de la resolución, cuando el Dr. Roa Latorre partió de la base de que no lo estaría por ese motivo, sino por el delito de lesiones personales que cometió casi en su presencia, y respecto del cual se daban todas las condiciones objetivas y jurídicas para que se pronunciara la detención preventiva”.

3º. Que el Dr. Roa Latorre se encontraba en ejercicio de sus funciones como Gobernador cuando ocurrió el incidente con García Orozco. “La época actual —expresa el defensor— se caracteriza por el hecho de que el Estado interviene en una zona de amplísimo espectro en todo orden de actividades. Campos que estuvieron presididos por la más absoluta libertad del ciudadano, tales los que se refieren a su actividad económica, a su vida de relación y, aun a su vida familiar, se ven ahora influidos en muchos casos determinados por la acción del Estado, cuya presencia, podemos decirlo, llega a todas partes y en todas partes se hace presente. Y esa presencia y esa acción se realizan a través de los funcionarios y agentes del gobierno. A tal punto ha llegado la omnipresencia del Estado que, prácticamente, lo encontramos en los recintos más reservados del hogar, a donde ha llegado en ejercicio de la función eminente de vigilar el desarrollo y

el crecimiento de la población. De establecer el régimen de parentesco y el del patrimonio económico de las gentes, ha pasado la acción estatal a intervenir el régimen biológico de la sociedad misma. Es decir, que en el momento actual podemos afirmar que el Estado ejerce funciones en todos los aspectos del complejo social, de manera que casi no hay momento ni lugar en los cuales no esté presente la acción oficial, por intermedio de sus funcionarios y agentes.

“Así, vemos también cómo el Estado ha creado organismos que participan a la vez del carácter de las entidades privadas y del de las de derecho público, como las llamadas “empresas industriales y comerciales del Estado” y “sociedades de economía mixta”, división de la más reciente que se ha hecho de los establecimientos públicos. El Banco Ganadero y el Banco Cafetero pertenecen a esta nomenclatura en virtud de los Decretos Leyes Nos. 1.050 y 2.420, ambos de 1968.

“Los empleados y funcionarios de estos organismos se sienten vinculados a la administración pública y, en el orden legal, realmente lo están. Y, a su turno, los empleados y funcionarios del Estado se sienten vinculados a aquéllos. El Presidente de la República no solo tiene representantes personales en las Juntas Directivas de ese tipo de organismos sino que tiene la facultad de designar los gerentes de los mismos. Esta facultad está consagrada en el ordinal 5º del artículo 120 de la Constitución Nacional.

“Con base en estas consideraciones puede entenderse cómo el Dr. Roa Latorre sintió, al ser invitado en su calidad de jefe de la administración pública seccional y agente del Presidente de la República en el Departamento del Meta, a los actos de inauguración de los citados Bancos, que estaba cumpliendo actos propios de sus funciones, de las funciones que corresponden a la calidad de primera autoridad administrativa en el Meta en relación con actos que interesaban directamente a dos

empresas que tienen el carácter de establecimientos públicos.

"Don Gabriel López González, gerente del Banco Ganadero en Villavicencio por la época de los hechos —y actual gobernador del Meta— testifica que a los actos de inauguración del edificio de los Bancos mencionados fueron invitados el señor Ministro de Agricultura y otros altos funcionarios del gobierno central.

"En la conciencia de los demás asistentes a los actos aludidos también estaba el concepto de que el Dr. Roa Latorre se había hecho presente en ellos en su calidad de gobernador del departamento del Meta y no como simple particular. Esta circunstancia quedó expresa en los testimonios que obran en el proceso. Yo pienso, en este orden de ideas, que si el Dr. Roa Latorre no hubiera asistido a los actos dentro de los cuales se presentó el desgraciado incidente, su ausencia habría suscitado críticas al Gobernador del Meta, por cuanto las personalidades que asistieron —máxime las que tienen su asiento en la capital de la república— la habrían tomado como una desatención, como un desaire de parte del más alto funcionario del gobierno seccional; más todavía, como un incumplimiento, a sus deberes de gobernador.

"Lo que dejo expresado me inclina a considerar, con justeza, que el concepto de las funciones en casos como el que estamos considerando es un poco más amplio que el resultante de la taxativa relación que hace la ley sobre el particular. Y así se puede comprender cómo el Dr. Roa Latorre creyó de buena fe que sí se encontraba en ejercicio de sus funciones cuando se produjo contra él el atropello, como me lo manifiesta en su carta".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. La consciencia de que el acto es ilícito y dañoso para los demás es condición esencial para la existencia del delito, salvo que se compruebe que ha ocurrido un caso de justificación o excusa.

Si es humano errar, forzoso es admitir que los funcionarios públicos, al interpretar los preceptos legales, pueden incurrir en equivocaciones, en que debe presumirse su buena fe, a menos de prueba en contrario.

Mas, como lo ha dicho la Corte, esa presunción no puede aceptarse sino en presencia de disposiciones o de hechos que den lugar a interpretaciones contradictorias o contrarias, pero no cuando existen normas claras, expresas y terminantes de la ley, pues entonces debe exigirse todo el cuidado y diligencia posibles, para no violar derechos ajenos al aplicarlas.

Tal sucede, se repite ahora, tratándose de los preceptos sobre captura y detención de los sindicados en el procedimiento penal: que por estar determinados en forma precisa los casos en que puede privarse de su libertad a los ciudadano, no puede argüirse error esencial de hecho o de derecho para exentarse de responsabilidad, salvo eventos excepcionales y mediante plena prueba. La intención se conoce por los resultados o manifestaciones exteriores en los ilícitos de finalidad directa o claramente perjudiciales, que tienen "in re ipsa" la demostración del propósito delictivo por el que el acto fue determinado.

Otra cosa acontece en las acciones de finalidad o de contenido equívoco o ambiguo, que se prestan a error, en las cuales es menester probar que el propósito querido por el actor fue doloso (C. S. J., auto de 27 de febrero de 1946).

II. En lo que respecta al primer argumento aducido por la defensa, se redarguye que si bien es cierto que Jorge García Orozco fue aprehendido el 1º de noviembre de 1967 en virtud de la orden de captura librada por el Inspector Permanente de Policía de Villavicencio, es obvio que, de acuerdo con la diligencia de inspección ocular practicada en los documentos de la Cárcel Distrital de la misma ciudad (folio 37), el denunciante estuvo privado de libertad en dicho establecimiento carcelario, desde el 2 al 20 de noviembre de 1967,

por obra de las resoluciones números 662 y 683 del propio año. En efecto, en el acta de la referida diligencia se lee: "Anexa a la boleta de detención aparece la Resolución N° 662 de 1967 de fecha noviembre 2 del mismo año, por la cual el Sr. Gobernador del Departamento del Meta Dr. RICARDO ROA LATORRE sanciona al Sr. JORGE E. GARCIA con la pena de un mes de arresto, contado a partir del momento de su detención... Aparece igualmente la boleta de libertad librada a favor del Sr. JORGE E. GARCIA, de fecha noviembre 20 de 1967, expedida por uno de los Inspectores del Permanente a la cual está adjunto el oficio N° 1.098 de noviembre 19 de 1967, por el cual comunica el Sr. Sixto Forero Quintero, Inspector Permanente de Policía, al Sr. Director de la cárcel Distrito la rebaja de la sanción de que fue objeto el Sr. JORGE E. GARCIA".

Y, a la verdad, la rebaja de la sanción impuesta a Jorge García Orozco fue hecha mediante la resolución número 683 de 1967, cuya parte resolutive es del siguiente tenor: "1°. Modificar la Resolución N° 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. GARCIA".

De donde se colige de modo irrefragable que García Orozco estuvo privado de su libertad, en la cárcel distrital de Villavicencio, del 2 al 20 de noviembre de 1967, en virtud de dos resoluciones dictadas por el Dr. Ricardo Roa Latorre como Gobernador del Departamento del Meta. De suerte que este argumento de la defensa no puede prosperar y debe rechazarse.

III. Por lo que hace al segundo argumento planteado por la defensa, vale decir, que el procesado incurrió en un error esencial de hecho, "verdaderamente típico, que produjo el resultado de que el señor García Orozco habría estado preso por razón de la resolución, cuando el Dr. Roa Latorre partió de la base de que no lo estaría por ese motivo, sino por el delito de lesiones personales que cometió casi en su presencia", tal argumento se refuta fácil

y victoriosamente teniendo en cuenta la existencia de la segunda resolución, la número 683, de 16 de noviembre de 1967, mediante la cual se rebajó la pena impuesta a García Orozco a veinte días de arresto. Basta leer los considerandos de dicha resolución y percatarse de que ella fue dictada a petición del apoderado del sancionado y a solicitud de la Asamblea Departamental del Meta, para concluir, sin aporías ni sombras de incertidumbre, que el encausado tenía perfecto y cabal conocimiento de que el denunciante estaba privado de su libertad a la sazón por obra de la resolución número 662 y que no se trataba de una "sanción teórica" que aduce el defensor, sino de una real y efectiva, que se estaba cumpliendo de modo cierto, público y notorio.

La Sala, por tanto, no acoge la tesis de la defensa acerca del error esencial de hecho, porque está clara y rotundamente desvirtuada en los autos.

IV. El último argumento planteado por la defensa consiste en que Roa Latorre, al ocurrir el incidente con García Orozco, se encontraba o creía encontrarse en ejercicio de sus funciones de Gobernador y, por consiguiente, al imponerle la sanción al denunciante procedió conforme a las normas reguladoras de su actividad oficial o, por lo menos, de buena fe. Aduce el defensor que el encausado, al ser invitado, en su calidad de jefe de la administración pública seccional y agente del Presidente de la República en el Departamento del Meta, a los actos de inauguración de los edificios de los Bancos Ganadero y Cafetero y al hacerse presente en ellos, pensó que estaba cumpliendo una actividad propia de sus funciones oficiales, funciones que corresponden a la calidad de primera autoridad administrativa en el Meta en relación con actos que interesaban directamente a dos empresas que tienen el carácter de establecimiento público.

Aun cuando se admitiera que el acusado procedió de buena fe, porque pensó que cuando fue irrespetado por el denunciante se encontraba en ejercicio de sus funcio-

nes como Gobernador, la detención de García Orozco —como apunta el Agente del Ministerio Público— sería ilegal, “porque se hizo efectiva desconociendo al sancionado las oportunidades de exculpación contempladas para estos casos, proceder que de igual manera acusa arbitrariedad en el funcionario”.

En efecto, precisamente el artículo 310 del C. de R. P. y M., invocado y citado en la resolución 683 de 1967 mediante la cual se le rebajó la sanción a García Orozco, establece el procedimiento para imponer una pena correccional. A la verdad, la disposición contenida en tal artículo estatuye que para ello “es necesario probar primero la falta, bien con una certificación escrita del secretario, o con declaraciones de dos o más testigos presenciales. Obtenida esa prueba, el empleado dicta su resolución y la manda notificar al penado. Si éste reclamare en los dos días siguientes a la notificación, el empleado examina y resuelve la reclamación. Esa decisión es inapelable, pero el empleado que abuse de su poder, a pretexto de ejercer la facultad referida, será castigado con arreglo a la ley penal. Dictada o notificada la resolución definitiva, o transcurrido el término que hay para reclamar, sin que haya solicitud alguna, se procederá a la ejecución de la pena”.

En el caso *sub judice*, García Orozco fue privado de su libertad en la Cárcel Distrital de Villavicencio el 2 de noviembre de 1967, vale decir, el mismo día en que fue dictada la resolución 662, que, por otra parte, ni siquiera se le notificó. Trátase, por consiguiente, de una detención por lo menos formalmente arbitraria o ilegal, con violación del artículo 23 de la Carta Fundamental y del 310 del C. de R. P. y M.

Fluye lógicamente de lo expuesto que debe dictarse sentencia condenatoria por haberse reunido los presupuestos exigidos por el artículo 203 del C. de P. P., estando plenamente comprobado en sus elementos objetivo y subjetivo el delito previsto en el art. 295 del Código Penal y que apareja pena de prisión de seis meses a dos años.

El procesado Dr. Ricardo Roa Latorre es persona de antecedentes limpios y honorables; no registra acción alguna delictuosa o policiva anterior; es, por lo demás, un profesional (abogado) de conducta irreprochable, según testimonios de la más alta significación intelectual, social, etc.

Teniendo en cuenta los diversos criterios para la individualización de la pena señalados en el art. 36 del estatuto repressor, se aplicará al responsable el mínimo de la sanción antes indicada, y se suspenderá la ejecución de la sentencia, conforme a las previsiones del art. 80 del mismo estatuto, por estar satisfechas sus exigencias, como lo reconoció la Sala en auto de 7 de abril del año en curso.

En mérito de todas las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oídas las alegaciones de las partes y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

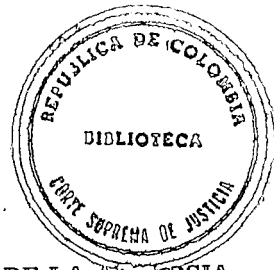
Primero. Condénase al Dr. Ricardo Roa Latorre, ex-Gobernador del Departamento del Meta y de la filiación que consta en autos, por el delito de detención arbitraria, a la pena principal de seis (6) meses de prisión y a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

Segundo. Suspéndese condicionalmente la ejecución de esta sentencia por un período de prueba de dos años, contados a partir de la notificación de esta providencia, previa caución de quinientos pesos (\$ 500.00) que deberá prestar el sentenciado, para garantizar que observará buena conducta durante ese término.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.



LA EMBRIAGUEZ COMO CAUSA EXCLUYENTE DE LA ALEVOSIA

La alevosía requiere que el sujeto activo actúe de modo consciente, con miras a poner a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad y para que la embriaguez la excluya, no basta con comprobar este hecho, sino que es indispensable demostrar la obnubilación del sujeto que ha ingerido el licor o sustancias estupefacientes. El Ministerio Público es parte en el proceso penal, aún cuando con caracteres especiales y el art. 3º del Decreto 1358 de 1964, así lo reconoce al ordenar correr traslado por cinco días a las partes para presentar sus alegaciones y la ausencia de concepto sobre el mérito del sumario, no genera nulidad de carácter constitucional. — Cuando corresponde al funcionario decretar la práctica de exámenes psiquiátricos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre veintiséis de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto).

(Aprobado: Acta N° 42 de octubre 23 de 1970).

VISTOS:

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, fechada a cuatro de abril del año en curso, y en que se confirmó la del Juzgado Tercero Superior del mismo Distrito Judicial, del veintinueve de agosto del año pasado, modificándola en el sentido de revocar la condena a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, interpuso, en tiempo oportuno, el procesado CELSO DE JESUS VELASQUEZ, por medio de apoderado, el recurso extraordinario de casación, cuyo trámite se ha agotado, por lo cual se procede a resolverlo.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

Los hechos están resumidos de manera clara y sintética en los siguientes apartes del concepto de la Procuraduría:

“Alrededor de las doce de la noche del 20 de mayo de 1967, para amanecer el veintiuno (21), se presentó al bar o cantina “Copa Mundo” en zona Urbana —Calle 34

N° 64-01 de la ciudad de Cali, Celso de Jesús Velásquez, quien después de tomar algunas bebidas alcohólicas en compañía de otro contertulio o parroquiano y de una empleada del establecimiento, se dirigió a la mesa que ocupaba Manuel José Orozco, con quien previo el cruce de algunas palabras injuriosas, se trabó en golpes, habiéndolo abofeteado; en este momento intervino Pedro Pablo Gómez Mosquera para separarlos y evitar que prosiguiera el incidente, para lo cual logró que saliera Velásquez, acompañándolo algún trecho fuera del establecimiento y habiendo regresado seguidamente y después se retiró Orozco; transcurrido un corto término, se presentó nuevamente Velásquez, quien portaba un arma y entró dando un puntapié a la puerta y se dirigió a Gómez para preguntarle dónde se encontraba Orozco, le informó que ya se había retirado y en vista de esto y después de un insulto, disparó contra Gómez el arma que portaba, ocasionándole una herida en el mentón a consecuencia de lo cual falleció poco después lográndose la captura de Velásquez en el mismo lugar de los hechos”.

Con motivo de los hechos que se dejan narrados, se inició la investigación correspondiente que culminó en auto de proceder, dictado el veinticinco de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho y al cual pertenecen los siguientes apartes.

“El sindicato puede falsear la verdad de los hechos voluntaria o involuntariamente

para colocarse dentro de la ley. En el caso que nos ocupa partamos de la base de que Celso de Jesús Velásquez fue insincero en el relato de los hechos no en forma deliberada. La explicación de su insinceridad involuntaria nos la daría el estado de embriaguez en que se hallaba cuando los hechos acaecieron, embriaguez que él niega pero que aparece afirmada no solo por el informe policivo de folio 6, sino por la misma deposición de su primo hermano Emiro Velásquez B. (fs. 66). Si se hallaba en estado de embriaguez ésta pudo influir en forma determinante para que el sindicado no nos diera una versión real de cuanto ocurrió a su alrededor cuando era presa del licor ingerido aquella noche".

.....
.....
"Consecuentes con lo anterior, obligados estamos a aceptar que en la culminación de la tragedia que dio al traste con la vida de Pedro Pablo Gómez Mosquera mediante la actividad psico-física de Celso de Jesús Velásquez Velásquez, no existió el forcejeo aducido por el sindicado, ni actuó en situación de legítima defensa de su vida, ni fue cierto el accidente por él planteado, sino que fue la concreción de una clara intención homicida desarrollada con alevosía".

Durante la audiencia pública, que se llevó a cabo en los días 31 de julio, 8, 11, 12, 13 y 14 de agosto del año pasado, el Fiscal del Juzgado sostuvo que el hecho imputado a Velásquez Velásquez se había ejecutado en las circunstancias del ordinal 5º del art. 363 del Código Penal por cuanto el procesado había obrado con alevosía "elemento que se presenta, dijo, al mirar a Gómez desprevenido introduciendo un cheque en la cartera instante en el cual se acerca Celso y sin mediar discusión valdiera le dice "te voy a matar gran hijo de puta" y le dispara" "... Esta circunstancia de indefensión e inferioridad en que se encontraba Gómez fue la que aprovechó Celso para dispararle, después de mostrar el propósito de armarse y regresar dándole patadas a la puerta del establecimiento". El defensor no se refirió a este aspecto de la cuestión, limitándose a plantear la du-

da sobre si su representado había dado muerte a Gómez Mosquera de modo intencional o en una lucha sostenida con éste.

Los jueces de conciencia contestaron con un "SI" escueto a un cuestionario del siguiente tenor:

"El procesado Celso de Jesús Velásquez Velásquez, hijo de Ernêsto Velásquez y María Resfa Velásquez, natural de Tuluá, de 29 años de edad, soltero, panadero de profesión, alfabeto, es responsable, si o no, de haber dado muerte, intencionalmente, a Pedro Pablo Gómez Mosquera a quien en forma alevosa y con proyectil de arma de fuego ocasionó una herida cuyo orificio de entrada en el lado izquierdo del mentón, habiéndose dirigido el proyectil hacia atrás, atravezando (sic) la faringe y seccionando la médula espinal cervical; en hechos que tuvieron por escenario el interior del grill "Copa Mundo", de la calle 34 Nr. 8A-01 de esta ciudad, en las primeras horas de la madrugada del 21 de mayo de 1967?".

El Juez del conocimiento hizo sobre el particular la siguiente consideración:

"Si Celso de Jesús Velásquez Velásquez dio muerte a Pedro Pablo Gómez Mosquera cuando éste se encontraba inerme, con ánimo conciliatorio, siendo víctima de un ataque inusitado de parte del procesado, el homicidio a él imputado y definido en el art. 362 del Código Penal, sufre la agravación del numeral 5º del art. 363 del mismo Código, por la alevosía con que actuó Velásquez Velásquez".

En la sentencia que se revisa, el Tribunal Superior de Cali, se refirió a la modalidad aludida, sin hacer ningún reparo a la calificación, limitándose a objetar la condena que el inferior había hecho a la sanción accesoria de pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro, parte en que modificó la providencia apelada, para revocar esta condenación.

Mas como quiera que en la misma fecha de la sentencia del Juzgado, el defensor de Velásquez presentó un memorial en que

solicitaba la nulidad de lo actuado por no haber conceptuado el Fiscal del Juzgado, sobre el mérito del sumario después del cierre de la investigación y antes de la calificación del fondo del mismo, el Tribunal se refirió a ese alegato para desechar la petición en él contenida por considerar que no es obligatorio el traslado al Agente del Ministerio Público y, por lo tanto, su omisión no es causa de invalidez del proceso.

DEMANDA DE CASACION:

Formulada en tiempo oportuno y formalmente ajustada a las prescripciones legales, la demanda de casación hace a la sentencia del Tribunal los cargos que se mencionan en seguida, con el concepto que sobre cada uno de ellos emitió el Procurador Delegado en lo Penal y la respuesta de la Corte, forma que adopta la Sala para mayor claridad.

PRIMER CARGO. Está formulado dentro del marco de la causal primera de casación, que presenta como principal, advirtiendo que alega también, como subsidiaria, la causal cuarta.

Lo hace consistir en que se cometió un error de hecho, que aparece de modo manifiesto en los autos, al considerarse, tanto por los jueces de derecho como por el jurado, que se cometió el delito sub-judice con alevosía y aceptar al mismo tiempo que el procesado se hallaba en estado de embriaguez, siendo así que las dos situaciones son incompatibles.

La Procuraduría, que examinó este cargo después del Cuarto, por considerar que, de justificarse este último, no había para qué entrar al examen de los demás, considera, en primer término, que no es dable alegar la causal primera de casación en juicios donde interviene el jurado porque, según reiterada jurisprudencia de la Corte, los jueces de conciencia tienen libertad para apreciar las pruebas del proceso, la que se limitaría si se aceptara tal forma de impugnación. Además, para los casos en que el veredicto no se ajuste a las prue-

bas, la ley ha establecido la declaratoria de contraevidencia que solo corresponde hacer a los jueces de instancia, no a la Corte.

La Sala considera que, pese a las instancias del apoderado en el sentido de que se modifique la doctrina que menciona el Procurador, no es del caso hacerlo porque, de entrar la Corte a examinar los motivos que el jurado haya tenido para pronunciarse en determinada forma frente al haz probatorio del proceso y a los alegatos de las partes, estaría, prácticamente, acabando con esta institución, al destruir su independencia, celosamente preservada por nuestra ley como una conquista histórica y se estaría convirtiendo en un tribunal de instancia, sustrayéndose a su verdadera misión que es, primordialmente, la de examinar la aplicación del derecho a los casos juzgados.

Por otra parte, como lo observa el Procurador, la ley ha dado a los jueces los instrumentos necesarios para modificar situaciones como la que plantea el apoderado, bien sea declarando la contraevidencia del veredicto y convocando a una nueva audiencia, bien interpretando la respuesta del "juri" para acomodarla a derecho.

Pero es que, además, no hay prueba en los autos de que el procesado se encontrase en un estado de embriaguez tan avanzado que no le permitiera obrar con alevosía.

Porque no basta demostrar que el agente se encuentra embriagado para descartar, por eso solo, la alevosía, como pretende el recurrente.

Es verdad que la agravante mencionada requiere que el sujeto activo del delito actúe de un modo consciente con miras a poner a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, es decir, que haya maniobras deliberadas para producir la primera situación o conciencia de la segunda para aprovecharla.

Pero no se puede afirmar "a priori" que la embriaguez, en todo caso, perturbe de tal modo la conciencia que impida esa de-

liberación. Porque aquella admite grados en muchos de los cuales la ingestión de alcohol o de otras sustancias espirituosas o estupefacientes, no ha alcanzado a obnubilar la conciencia en grado suficiente para no permitir al individuo darse cuenta de lo que hace.

Ya de tiempo atrás se ha admitido por la jurisprudencia italiana la compatibilidad entre la premeditación con la semienfermedad de la mente y la embriaguez.

Y no está muy lejos de esto la alevosía que si bien no requiere una deliberación tan prolongada como en la premeditación, sí exige que el agente haya decidido, de antemano, matar y, además, hacerlo poniendo a la víctima en condiciones de inferioridad o indefensión o que, encontrándola en ellas, resuelva, también con alguna antelación, aprovecharse para cometer el homicidio como menos riesgo para sí y mayor peligro para su víctima.

En consecuencia, para poder alegar que la embriaguez excluye la alevosía, se necesitan pruebas sobre el grado de aquella, que demuestren la imposibilidad psíquica en que se encontraba el agente de tener conciencia de sus actos.

De todos modos, se trata de una situación de hecho, sujeta a la apreciación del jurado y como éste ya se pronunció sobre el particular, sin que, por lo motivos expuestos, se pueda decir que erró gravemente en su apreciación de los mismos, hay que estarse a lo ya expresado sobre las facultades del tribunal de conciencia.

No prospera, por lo tanto, el cargo.

SEGUNDO CARGO. Con base en la causal segunda propone el demandante este cargo que hace consistir en que, al elaborar el cuestionario para el jurado, el Juez no lo redactó conforme a los elementos de un homicidio agravado, apartándose, especialmente, del numeral 5º del art. 363 del Código Penal, pues en lugar de decir que el homicidio había sido ejecutado con alevosía, consignó en la pregunta que la

muerte había sido causada "en forma alevosa" expresión que el demandante considera no equivale a la que trae la disposición citada, por lo cual estima que la respuesta del "juri" se refería a un homicidio simplemente voluntario, esto es, sin agravantes por lo que, al condenarse por asesinato, la sentencia no está en consonancia con el veredicto del jurado.

Sobre este particular manifiesta la Procuraduría que el cargo repite uno formulado bajo la causal 4ª y que a lo dicho allí, que se mencionará más adelante, se remite.

Para la Corte no hay la menor duda de que la expresión "en forma alevosa" que aparece en el cuestionario equivale exactamente a la circunstancia de indefensión que denomina "alevosía" el numeral 5º del art. 363 del Código Penal.

La forma adverbial usada por el juez al redactar el cuestionario sirve para denominar una circunstancia de tiempo, modo, lugar, etc. de la acción representada por el verbo al cual modifica, oficio que corresponde a los adverbios, según la gramática.

De manera que cuando los jurados contestaron con un "SI" rotundo a la pregunta, afirmaron, al mismo tiempo, que el hecho se había verificado con alevosía, esto es, poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad.

Tampoco puede, en consecuencia, prosperar este cargo.

TERCER CARGO. Con base en la causal cuarta de casación y bajo el común denominador de violación del artículo 26 de la Carta, por no haberse observado en este proceso las formas propias del juicio, formula el demandante a la sentencia recurrida tres reparos, que serán examinados separadamente.

Primero. Haber quebrantado la disposición constitucional mencionada por no haberse corrido traslado al Agente del Ministerio Público, una vez cerrada la fase investigativa del proceso, para que alega-

ra de conclusión sobre el mérito del sumario, tal como lo dispone el art. 421 del C. de P. Penal, disposición que el recurrente considera no derogada por el artículo 3º del Decreto 1.358 de 1964.

En apoyo de su tesis, transcribe "in extenso" la opinión de un respetable Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, según la cual por no haber oposición entre las dos normas mencionadas, no pueden considerarse que el art. 421 del Código de Procedimiento Penal haya sido derogado por el 3º del Decreto 1.358 de 1964 ya que, dice en síntesis, el hecho de reducir los términos del traslado y de hacerlo común a las partes, no exime al Agente del Ministerio Público de conceptuar en los procesos a que se refiere la norma primeramente citada, obligación que surge de los deberes y atribuciones del Fiscal, sin que pueda considerarse que el Decreto quiso exonerarlo de su cumplimiento sino solo darle a las partes la oportunidad de alegar antes de que se calificara el mérito del sumario.

Agrega el mencionado concepto que el traslado a que se viene haciendo referencia es un trámite de procedibilidad sin el cual no puede entrarse a calificar el sumario y que al hacerlo a pesar de que el Ministerio Público no haya emitido su opinión, se incurre en invalidez del auto calificadorio.

En apoyo de esa tesis expone que el término "necesario" usado por el art. 428 del mismo ordenamiento, indica que es de la esencia misma del procedimiento oír al Ministerio Público cuando la ley lo exige, como sucede en el art. 421 ibidem ya que no hacerlo significaría vulnerar los derechos de la parte que, de acuerdo con el art. 143 de la Constitución y el 92 del Código citado, representa a la sociedad para los fines consignados en esas normas.

El recurrente hace suyas las opiniones del articulista, agregando a ellas la consideración de que el alegato del Ministerio Público en la oportunidad que se viene mencionando, sirve para que el procesado

no sea tomado de sorpresa como sucedería si, al llegar a la audiencia pública, no se conociera la opinión del representante de la sociedad, vulnerándose, en esta forma, el derecho de defensa de que trata, en forma expresa, la Ley 74 de 1968, aprobatoria de los pactos internacionales que tutelan la defensa de los derechos humanos y que consagra la Carta, en su artículo 26, al exigir que se observe la totalidad de las formas propias de cada juicio.

El Procurador replica que de la comparación de los textos legales citados se llega a la conclusión de que el artículo 3º del Decreto 1.358 de 1964, modificó de modo sustancial el 421 del C. de P. Penal al disponer un traslado común para las partes, lo que eliminó el especial que, de acuerdo con la norma citada en último término, se hacía al Agente del Ministerio Público.

Eso no obsta, advierte el Procurador, a que el Ministerio Público intervenga conceptuando sobre el mérito del sumario, obligación que tiene como representante de los intereses sociales. Pero eso no quiere decir, agrega, que si no la cumple se incurra en nulidad. Lo que pasa es que queda sujeto a sanciones de carácter disciplinario.

La defensa de los intereses del procesado, dice a continuación, no se menoscaba si el Agente del Ministerio Público no conceptúa, pues ella se garantiza con la obligación que tiene el Estado de formular, por medio del auto de proceder, los cargos que tenga contra aquél, que no pueden ser variados posteriormente lo que garantiza la fijeza de la acusación y permite que, dentro del marco inmodificable así trazado, se lleve a cabo esa defensa.

La Sala comparte estas opiniones porque, a su juicio, la obligación legal que tenía el Agente del Ministerio Público de conceptuar sobre el mérito del sumario y que se hacía perentoria al señalarle un término especial para ello, ha desaparecido al establecer el artículo 3º del Decreto 1.358 uno común, de cinco días para que las partes presenten sus alegatos.

No se remite a duda, en concepto de la Corte, que cuando esta disposición habla de partes, está comprendiendo también al Ministerio Público. El carácter de parte del representante de la sociedad, lejos de ser desconocido o recortado por el Decreto en mención, ha sido enfatizado, al igualarlo, en este paso del proceso, a las demás que obran dentro del mismo, disponiendo que todas aleguen en un mismo término y en perfecta igualdad de circunstancias.

Mucho se ha discutido sobre el papel del Ministerio Público frente a las ramas del poder público, en general, y dentro del proceso penal, especialmente. Bien vale la pena tratar en forma breve este punto, sobre el cual ya la Corte se ha pronunciado, en oportunidades anteriores, al manifestar que se trata de una parte aun cuando con caracteres especiales, doctrina cuyo contenido se reitera una vez más y se adiciona con las siguientes consideraciones.

Varias posiciones se han asignado a este funcionario, constituyéndolo, unas veces, en órgano autónomo de la soberanía del Estado, adscribiéndolo otras, en forma incondicional, y según la tendencia francesa, al ejecutivo, colocándolo, las más, entre los miembros de la rama jurisdiccional y dándole, no pocas, una posición intermedia entre la rama administrativa y la judicial.

Es claro que si se sigue la concepción organicista sobre la naturaleza del Ministerio Público, no se le podrá atribuir, en forma alguna, el papel de parte, ya que, de acuerdo con esa tesis, vendría a ser igual a los otros órganos del poder, ejerciendo, a la par que ellos, la soberanía que corresponde a la nación.

Tampoco tendría ese carácter de parte si se le considera, como hace Chiovenda, un representante del poder administrativo cerca a la autoridad judicial, caso en el cual su carácter de funcionario público es incuestionable y su posición en el proceso, la que corresponde a quien interviene en él a nombre del Estado.

Tampoco le correspondería el papel de parte si se le considera, no ya un funcionario de la rama ejecutiva sino de la administración de justicia, así se haga la diferencia, que consignan Clariá Olmedo, entre órgano judicial, que sería el Ministerio Público y órgano jurisdiccional, que vendrían a ser los jueces, porque, de todos modos sería innegable su carácter oficial y su función representativa del Estado.

En cambio cuando se le otorga una posición intermedia, no solo entre las distintas ramas y órganos del poder público sino entre éste y los particulares, se puede explicar su especial naturaleza que tiene manifestaciones correspondientes al primero y a los segundos, lo que ha llevado a los autores a calificarlo de distintas maneras, tendientes todas a mostrar su esencia mixta. Es así como la Corte de acuerdo con Manzini, lo llama "parte Pública", la Relación al Proyecto Preliminar de Código de Procedimiento Penal Italiana de 1913, lo denomina "parte sui generis" y Carnelutti "parte instrumental".

Todas estas denominaciones insisten, como puede verse, en la denominación de "parte". Esto significa que su posición en el proceso más se acerca a la parte que al funcionario. Sin que desaparezca aquella calidad porque el interés del Ministerio Público no sea el particular de una persona sino el general de la sociedad, ni porque tenga que ser (al contrario de las demás partes) imparcial, ni porque sea nombrado como lo son los funcionarios públicos, cuyo carácter tiene desde el punto de vista administrativo. Por eso Carnelutti, para mostrar como, pese a las semejanzas del Ministerio Público con el Juez, sigue siendo parte dice que "es un juez que se hace parte. Por eso en vez de ser una parte que sube, es un juez que baja".

En consecuencia no resulta extraño, ni contradictorio con la naturaleza de la función que el Ministerio Público desempeña, que se la equipare a las demás partes y se le dé, en ciertas oportunidades procesales, el mismo tratamiento que a éstas, como sucede con el art. 3º del Decreto 1.358 de 1964.

De ahí que la Corte considere, como deja atrás dicho, que el artículo 421 del C. de P. Penal, que concedía un tratamiento especial al Ministerio Público, disponiendo un traslado exclusivo para él, lo que pudiera obedecer a que se acentuaba su carácter orgánico o funcional, ha sido derogado por el 3º del Decreto 1.358 que lo acerca más a las partes.

De otro lado, la redacción de la norma últimamente citada se aparta de aquellas que, como los arts. 24, 93, 192, 396, 412, 574, 673, etc. imponen obligaciones al Ministerio Público, entre ellas la de conceptuar en muchos de esos casos. Pero en el art. 3º del Decreto 1.358 no se le impone expresamente esa obligación y ella solo es deducible de las funciones que otras normas legales le señalan, particularmente la de representar y defender los intereses de la sociedad.

De todo lo cual puede deducirse que el no haberse corrido traslado del sumario, en el presente proceso, al Fiscal del Juzgado, y no haber éste conceptuado sobre el mérito del mismo, no vicia de nulidad la actuación.

No prospera, por lo tanto, el cargo.

Segundo. También en el marco de la causal 4ª de casación y con base en el artículo 26 de la Carta, formula el recurrente el reparo de que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad por cuanto dejó de practicarse la prueba de que trata el art. 374 del C. de P. Penal, esto es el examen psiquiátrico del procesado a quien aquél supone víctima de una intoxicación crónica producida por el alcohol, calificando de patológica la embriaguez en que se encontraba al momento de los hechos y tomando pie para estas aseveraciones en el frecuente consumo que hacía de bebidas alcohólicas, así como en las incoherencias de que dió muestras cuando fue detenido.

Sobre este particular advierte la Procuraduría, en primer término, que la alegación del recurrente implicaría un examen

de la prueba para deducir un hecho no reconocido por el procesado y distinto de los tomados en cuenta por el fallador, por lo cual su planteamiento no debió hacerse por esta causal sino por la primera. Pero, añade, se ha sostenido, en reiterada jurisprudencia, que esta causal no puede alegarse en juicios en que ha intervenido el jurado.

En segundo lugar anota el Procurador que la grave anomalía psíquica por intoxicación alcohólica no ha sido alegada en la actuación ni del examen de las pruebas se puede concluir que existía, ya que estas solo demuestran que el procesado consumía con frecuencia bebidas alcohólicas y que, estando embriagado, regresó al lugar de los hechos y al no encontrar a la persona a quien buscaba, discutió con el dueño del establecimiento y luego lo agredió. Pero de estas pruebas no se deriva que existiera la anomalía psíquica mencionada, ni ella resulta de los antecedentes del procesado, según aparecen de sus diversas exposiciones. Pide, por lo tanto, que se rechace este cargo.

La Sala considera, también, que el cargo no tiene asidero legal en los autos. En efecto, la aplicación del art. 374 del C. de P. Penal, depende, como esa disposición lo dice, de la observación que el juez haga del procesado, es decir, de un juicio subjetivo basado, claro está, en datos externos, que bien pueden ser las pruebas del proceso.

Pero en el presente no obra ningún elemento de prueba que permita deducir la grave anomalía psíquica de que se viene hablando, ni antecedente que dé base a pensar que el procesado obró en un caso de embriaguez patológica.

La frecuente ingestión de bebidas alcohólicas no es, por sí sola, prueba suficiente de la intoxicación crónica que, por otra parte, es un estado en el cual las modificaciones de la psiquis no se presentan solamente cuando el sujeto está ingiriendo al-

cohol sino en períodos de receso de esta actividad en los cuales es, si se quiere, más evidente el deterioro moral de la personalidad, lo que, por ninguna parte aparece en el caso de autos respecto al procesado Velásquez Velásquez.

Siendo esto así, no tenía por qué ordenar el juez el examen psiquiátrico de éste y la falta de esa prueba no constituye violación del artículo 26 de la Carta.

Menos puede considerarse violado por omisión de lo dispuesto en el art. 375 del mismo ordenamiento al que se refiere el recurrente al final de este cargo y respecto del cual no intentó siquiera una demostración lo que releva a la Sala de entrar en su examen.

No prospera, por lo tanto, el cargo.

Tercero. Como los dos anteriores, se apoya también en la causal 4ª de casación y en el artículo 26 de la Carta, que considera violado por no haberse usado el término "alevosía" que emplea el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal sino la expresión "en forma alevosa" que, según el recurrente, no equivale a aquél por lo que no cree que al jurado se le haya preguntado por la circunstancia constitutiva de asesinato consagrado por la disposición que se acaba de citar. O sea, según la demanda, que el cuestionario no es claro, preciso, sin lagunas, como debe ser y se ha faltado a las formas propias del juicio, incurriéndose, por tanto, en nulidad constitucional.

El Ministerio Público considera que no hay ninguna diferencia entre las dos ex-

presiones citadas y que, por lo tanto, el cuestionario fue bien redactado. Agrega que tampoco se lesionó el derecho de defensa del procesado porque la situación que se plantea ahora fue suficientemente examinada durante la audiencia pública en la que, por el Fiscal, se afirmó la existencia de la mencionada característica de asesinato fuera de que también los jurados tuvieron oportunidad de examinar el proceso, lo que quiere decir que estaban suficientemente ilustrados al respecto.

Para la Corte tampoco hay duda en cuanto a la identidad de las dos expresiones mencionadas y así lo dijo al referirse al cargo formulado por el recurrente bajo la causal primera, por lo cual se remite a lo allí manifestado sobre el particular.

En tal virtud, no prospera este cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, dictada el cuatro de abril del año en curso contra CELSO DE JESUS VELASQUEZ VELASQUEZ.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.



LIBERTAD PROVISIONAL

Si al calificar el mérito del sumario apareciere que el procesado en caso de condenación, sería acreedor a la condena condicional o al perdón judicial, por reunirse los presupuestos exigidos por el artículo 80 del C. P., ha de concedérsele el beneficio de la libertad provisional, en la misma providencia calificatoria del mérito del sumario.

Corte Suprema de Justicia — Sala Penal.—
Bogotá, octubre veintiséis de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente, Humberto Barrera Domínguez).

(Acta N° 42 de 1970).

VISTOS:

Consulta el Tribunal Superior de Ibagué —SALA PENAL— la providencia de diecisiete de junio del corriente año, por la cual **SOBRESEE TEMPORALMENTE** en favor del ex-Juez 2° Penal Municipal de Cunday, **HERNANDO MORENO RAMIREZ**, a quien se le sindicó del delito de peculado.

El Procurador 1° Delegado en lo Penal pide que se revoque el auto aludido y en su lugar se llama a juicio al acusado.

De otra parte, el ex-Juez 2° Penal Municipal de Cunday, **MORENO RAMIREZ**, solicita que se sobresea definitivamente en su favor, pues asevera que es inocente en los hechos que se averiguan.

LO OCURRIDO Y FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA CONSULTADA

El Ministerio Público hace la siguiente síntesis de los hechos:

“El señor Liborio Rivera, como Secretario del Juzgado 2° Penal Municipal de Cunday y con ocasión de la entrega de la oficina al juez que reemplazó a Hernando Moreno Ramírez en la expresada fecha (29

de enero de 1969), informó al nuevo funcionario que, elaborado el inventario requerido para tal efecto, había advertido la falta de ‘una pistola nueva, N° 592759, con un proveedor, desconociendo el suscrito Secretario las demás características’, correspondiente al proceso que se adelanta por la muerte de Eliseo Castro Casas, iniciado en la oficina y luego remitido al Juzgado Superior (reparto) de El Espinal, y ‘un revólver calibre 32 largo, niquelado, viejo, sin que se conozcan las demás características’, arma correspondiente al sumario seguido contra Luis Velásquez, en curso en el Juzgado 4° Superior de Bogotá, armas que se encontraban guardadas, la primera, en el escritorio del Auxiliar José Héctor Triana y la segunda en el escritorio del mismo denunciante”.

Luego de un examen de los elementos de juicio traídos al informativo, la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué estima conveniente ampliar la averiguación y, a este efecto, anota que es menester recibir indagatoria al secretario del Juzgado 2° Penal Municipal de Cunday, declaración jurada al señor Héctor Triana y establecer el lapso de tiempo servido por Liborio Rivera Tapias en dicho cargo.

Por tal motivo, considera el juzgador a quo que, si bien “aparece seriamente comprometido el ex-Juez Moreno Ramírez” en los hechos investigados, “también hay que aceptar que se presentan dudas en cuanto al momento de la sustracción” de la pistola “Browings”, distinguida con el número 592759, en noviembre de 1968 cuando aquél desempeñaba las funciones de juez.

CONSIDERA LA CORTE

Comparte la Sala la conclusión a que llega el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal luego del exhaustivo examen que hace de las pruebas traídas al proceso, pues ciertamente se tienen las condiciones que indica el artículo 429 del C. de Procedimiento Penal para llamar a juicio al acusado.

En efecto:

1).- CUERPO DEL DELITO.

Señala el artículo 3º del Decreto 1.858 de 1951 que, "el funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, que se apropie en provecho suyo o de un tercero, o en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros bienes que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar, incurrirá en prisión de dos a seis años cuando el valor de lo apropiado o indebidamente usado no pase de tres mil pesos, o en presidio de cuatro a quince años cuando fuere mayor".

De los elementos de juicio que obran en el sumario aparece:

a) Que Hernando Moreno Ramírez desempeñó el cargo de Juez 2º Penal Municipal de Cunday, desde el 1º de agosto de 1968 hasta el 28 de enero de 1969.

b) Que al recibir el Despacho del juez Liborio Rivera Tapias no se relacionaron en el inventario armas de ninguna clase. Pero está comprobado que al Juzgado 2º Penal Municipal de Cunday fué enviada, por la Oficina de Laboratorio Forense de Bogotá la pistola de que se ha hecho mención, el 27 de septiembre de 1967.

c) Que, de acuerdo con el inventario elaborado para hacer entrega del Despacho el juez acusado al nuevo funcionario, doctor Jorge Enrique García Rojas, la aludida pistola no aparece relacionada.

d) Que tampoco figura en los inventarios del referido juzgado el "revólver cali-

bre 32 largo, niquelado, viejo" de que dá cuenta el denunciante Liborio Rivera Tapias.

e) Que Eugenio Urrea, en el mes de octubre de 1968, le compró al juez MORENO RAMIREZ la pistola antes citada, la que luego aquél vendió al señor Luis Rubio.

Al respecto, dicen Urrea y Rubio:

"Ese negocio lo hicimos dentro del Juzgado, en el Despacho del doctor Hernando Moreno; él me la ofreció aquí abajo del Palacio, en la calle; subimos al Despacho de él y me la mostró; él la tenía en el escritorio; ninguno presencié el negocio, estábamos los dos solos; en la Secretaría había personal, pero ellos no se dieron cuenta; creo, pues, que no se hayan dado cuenta; me parece que estaba el Secretario, don Liborio Rivera y este muchacho Céspedes; no recuerdo si el empleado Triana estaba. No me hizo ningún certificado de venta; no me dió ningún papel... la compré por dos mil quinientos pesos...; como a los quince días de haberla comprado se la vendí a Luis Rubio por la misma plata..." (declaración de Eugenio Urrea, fs. 3 v. y 4 de las copias).

"Esa pistola la compré al señor Eugenio Urrea García...; esa pistola me salió a mí por la suma de dos mil quinientos pesos...; hicimos negocio porque Eugenio me dijo que la había comprado al doctor Hernando Moreno...; yo la tengo guardada en mi casa y si me dan permiso, voy y la traigo en un momento..." (Declaración de Luis Rubio).

El funcionario de instrucción deja testimonio de que habiendo acudido el declarante Rubio a su residencia y de regreso al Despacho, presentó "una pistola marca 'Browings', N° 597259, calibre de 9 mm., pabonada, cachas de pasta negra".

f) El sindicato MORENO RAMIREZ manifiesta en la indagatoria lo que pasa a transcribirse:

"... he tenido con el señor Urrea el ne-

gocio de venta de una pistola marca 'Browings', pabonada, de 9 mm., negocio que se efectuó en esta población (Cunday), creo que en noviembre pasado (1968). Dicha pistola la adquirí en Ibagué, en el mes de septiembre del mismo año pasado, cuando tuve que hacer un viaje a esa ciudad en compañía, o mejor, en la camioneta del señor Enrique Aponte. Entrándonos al Café Molino de Ibagué, aproximadamente a las tres de la tarde, se nos acercó un individuo, quien nos ofreció la pistola en venta. A mí me gustó la pistola y le di dos mil pesos por ella".

Con las pruebas antes relacionadas se tiene plenamente comprobado el cuerpo del delito de peculado, según la transcripción del precepto que trae el artículo 3º del Decreto 1.858 de 1951.

2).- RESPONSABILIDAD.

Encuentra igualmente la Corte la prueba mínima de responsabilidad que el artículo 429 del C. de Procedimiento Penal requiere para que sea llamado a juicio el acusado, pues constituye un grave indicio el hecho de que el juez MORENO RAMIREZ diera en venta al citado señor Urrea, en el propio Juzgado, la pistola ya reseñada, y la oportunidad que tenía para la comisión del ilícito, pues a su disposición y cuidado se encontraba la referida pistola.

A este respecto, la Corte prohija y comparte las siguientes razones del Ministerio Público:

"La identidad del arma quedó establecida sin lugar a duda, mediante su número y demás características, de acuerdo con los datos del proceso por homicidio al cual pertenecía y su examen, al recuperarse de manos de quien la poseía en este momento; como debía encontrarse en poder de las autoridades encargadas de la investigación de los hechos, o de otra autoridad a la cual aquellas hubieran ordenado remitirla, debe concluirse que la sustracción de dicho objeto ha quedado suficientemente establecida.

"En cuanto a la responsabilidad del juez

Moreno Ramírez, debe anotarse que el arma fué localizada en poder de Luis Rubio, quien la adquirió de Eugenio Urrea y éste a su vez, por compra al funcionario mencionado, quien en ese momento tenía tal calidad; estas negociaciones del arma quedan también comprobadas, sin lugar a dudas, con las pruebas obtenidas, sin que se haya propuesto discusión alguna, pues el sindicado ha admitido ser el vendedor del arma a Urrea, como resulta de la prueba examinada.

"Frente a esta situación que representa un vehemente indicio en su contra, el ex-funcionario explica que adquirió el arma por compra a persona desconocida en la ciudad de Ibagué y en presencia de Enrique Aponte, quien lo acompañaba en ese momento. Esta explicación no resulta satisfactoria, en razón de los hechos comprobados en la investigación, por cuanto no parece admisible que el arma, debidamente identificada, como queda dicho, desaparecida del juzgado y que el funcionario vendió, fuera la misma que se le ofreció por un desconocido, en la ciudad de Ibagué, a donde viajó ocasionalmente, lo cual implicaría demasiadas coincidencias. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que del vendedor no se dió sino una descripción demasiado general, que en forma alguna sirve para su identificación y que negociándose un arma, omitió determinadas reglamentaciones y permisos que el adquirente como funcionario no podía ignorar; no exigió documento alguno, lo cual era necesario por tratarse de una persona no conocida, a quien después no podría señalar o identificar.

"Lo anterior permite concluir que si el arma existía en el Juzgado y se acreditó que el juez dispuso de la misma mediante su venta, sin resultar admisible la explicación que presentó para justificar su tenencia y posesión por las razones expuestas, existe en su contra un gravísimo indicio, suficiente para justificar su llamamiento a juicio por la correspondiente infracción.

"

"Por lo demás, para eliminar el indicio contra el funcionario surgido de estas pruebas, sería necesario demostrar la sustracción antes de su posesión y ejercicio del cargo, lo cual no ha ocurrido.

"En cuanto a la actuación del Secretario Rivera, si bien puede anotársele omisiones, como sería, en primer término, la de prescindir de la remisión de las armas de que trata la investigación con sus correspondientes expedientes, y cuando no se advierte razón especial para conservarlas en el Juzgado, sin localizarse el original, ni la copia del oficio remisorio de uno de tales expedientes, esto no basta a hacer desaparecer los indicios existentes contra el juez, antes analizados, y en cuanto a la desaparición de las armas, de la cual no dió noticias sino cuando fué reemplazado Rivera en enero de 1969 y mediando un incidente o altercado personal con el Juez Moreno, con solicitud de éste —según parece— para su remoción del cargo, sí debe ser materia de investigación, pero no hace tampoco desaparecer la prueba que compromete al funcionario, aunque funda la decisión de ordenar la investigación contra el ex-Secretario.

"En cuanto a las otras pruebas ordenadas por el Tribunal, como también solicitar los antecedentes del acusado, pueden practicarse dentro del término probatorio de la causa".

3).- Respecto de la conducta del ex-Secretario del Juzgado 2º Penal Municipal de Cunday, Liborio Rivera Tapias y como lo solicita el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, corresponde disponer que se le reciba indagatoria, para lo cual se tomará por el Tribunal Superior de Ibagué copia de lo pertinente.

Asimismo, corresponde que en el término del juicio se practiquen, a más de las pruebas que soliciten las partes, las siguientes diligencias:

a) Declaración de Héctor Triana, para los fines que señala el juzgador a quo en la providencia consultada.

b) Avalúo de la pistola de que se ha hecho referencia en este proveído.

4).- Como la supuesta pérdida de un revólver "calibre 32 largo, niquelado, viejo, sin que se conozcan las demás características", perteneciente, según se dice, a un proceso penal seguido contra Luis Velásquez y que cursa en el Juzgado 4º Superior de Bogotá, no está suficientemente establecida y mucho menos quién o quiénes puedan resultar responsables en ese supuesto hecho, es el caso de sobreseer temporalmente en favor del acusado MORENO RAMIREZ y disponer que, mediante copia de lo necesario de este proceso, se reabra la investigación sobre el particular.

5).- El sindicado, en el extenso alegato que obra a los fs. 31 a 47 del cuaderno de la Corte, afirma su inocencia en los hechos averiguados. Anota que jamás tuvo conocimiento de la existencia, en el Juzgado 2º Penal Municipal de Cunday, de la pistola cuya apropiación se le atribuye, ni de arma otra alguna. Asevera que aquélla la compró en Ibagué, como explica en la indagatoria y trae en respaldo de su dicho lo que declara Enrique Aponte Giraldo, quien, según el acusado, presencié la compra que, a un desconocido, hizo de aquella pistola.

No obstante y como lo ha examinado el Ministerio Público, no resulta creíble el testimonio de Aponte Giraldo, ni aceptable la explicación dada por el acusado MORENO RAMIREZ, frente a la extraña coincidencia de que comprara, precisamente, aquella pistola que, según se estableció en el informativo, hacía parte de los elementos del Juzgado.

6).- El sindicado está gozando del beneficio de excarcelación, de acuerdo con lo previsto en el ordinal 7º del artículo 17 de la Ley 16 de 1969.

Corresponde mantener dicho beneficio de la excarcelación por las siguientes razones:

a) Hasta el momento no se ha fijado la cuantía del delito de peculado de que

se acusa a MORENO RAMIREZ. Ante esta situación debe entenderse, por ahora, en cuantía no superior a tres mil pesos, pues esta situación de duda favorece al sindicado.

b) Se tienen los presupuestos de que trata el artículo 80 del C. Penal, según el estado actual de la averiguación, para que proceda, en caso de un fallo condenatorio, el beneficio de la condena condicional.

c) El ordinal 3º del citado artículo 17 de la Ley 16 de 1969 señala que, "cuando llegada la oportunidad de calificar el sumario aparezca que son aplicables conforme a la ley la condena condicional o el perdón judicial...", puede concederse la libertad mediante caución.

Y según el informativo, la conducta anterior del ex-Juez MORENO RAMIREZ ha sido buena; no aparece prueba alguna de que haya sido condenado por delitos; es casado, padre de tres niños, cursó estudios de Derecho y está pendiente de su grado. Ha desempeñado el cargo de juez en varias poblaciones del Departamento del Tolima.

Se reúnen, pues, las condiciones para que se dicte auto de proceder contra el señor HERNANDO MORENO RAMIREZ por el delito de PECULADO de que se ocupa la norma transcrita en esta providencia y el Capítulo I del Título III del Libro Segundo del Código Penal.

En consecuencia, es el caso de revocar la providencia consultada, a fin de disponer lo que acaba de indicarse y también para que se reabra la investigación respecto de la supuesta sustracción de un revólver, ya mencionado antes. Asimismo y mediante la copia pertinente, como se dejó dicho, debe averiguarse la posible responsabilidad del ex-Secretario del Juzgado 2º Penal Municipal de Cunday, señor LIBORIO RIVERA TAPIAS, con motivo del delito de peculado que tuvo como objeto la pistola "Browings", N° 597259, varias veces mencionada.

De otra parte y en cuanto al cargo hecho al señor HERNANDO MORENO RAMIREZ respecto de la supuesta sustracción de un revólver "calibre 32 largo, niquelado, viejo", perteneciente a un proceso seguido contra Luis Velásquez y que cursa en el Juzgado 4º Superior de Bogotá, es el caso de sobreseer temporalmente en su favor.

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, REVOCA la providencia del Tribunal Superior de Ibagué, de que se hizo mérito y en su lugar RESUELVE:

Primero. Mediante el trámite correspondiente al juicio sin jurado, LLAMASE a responder al señor HERNANDO MORENO RAMIREZ, mayor de edad, casado, abogado de profesión, hijo de Pedro Moreno y de Esther Ramírez, natural de Santa Isabel (Tolima), identificado con la C. de C. N° 318747 de Madrid (Cundinamarca), vecino de Bogotá el 28 de junio de 1969, con residencia en la casa N° 76A34 de la calle 40C.Sur, por el delito de PECULADO, de que trata el Capítulo I, del Título III del Libro 2º del Código Penal, según hechos ocurridos en el mes de octubre de 1968, en la ciudad de Cunday (Tolima), cuando el acusado desempeñaba las funciones de Juez 2º Penal Municipal de dicha población.

Segundo. SOBRESEER temporalmente en favor del nombrado señor HERNANDO MORENO RAMIREZ en cuanto al cargo de haberse apropiado un revólver, reseñado en la parte motiva de esta providencia, cuando cumplía las citadas funciones de Juez 2º Penal Municipal de Cunday (Tolima) y se ORDENA que se reabra la investigación al respecto, mediante copias de este proceso.

Tercero. TOMESE copia de lo pertinente de este negocio para que se averigüe la posible responsabilidad en que haya incurrido el señor LIBORIO RIVERA TAPIAS, ex-Secretario del Juzgado 2º Penal Muni-

pal de Cunday, por razón del delito de peculado porque se llama a juicio al señor HERNANDO MORENO RAMIREZ, copia que producirá y enviará el Tribunal Superior de Ibagué al funcionario competente.

Cuarto. Dése cumplimiento al primer inciso del artículo 433 del C. de Procedimiento Penal y HAGASELE saber al enjuiciado HERNANDO MORENO RAMIREZ el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo represente en el juicio, y póngasele en conocimiento que si no lo nombrare, la Corte se lo designará de oficio.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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

Evencio Posada, Srio.



NULIDAD CONSTITUCIONAL

No porque el sindicado haya confesado el delito, el defensor queda relevado de cumplir sus obligaciones de hacer valer las situaciones favorables al procesado, de restringir el alcance de las desfavorables, de contribuir al examen de la prueba y a la correcta aplicación de la norma, siendo errónea la tesis de que ante la confesión del imputado, al defensor sólo le corresponde pedir la aplicación del mínimo de la pena, pudiendo asumir una actitud pasiva, pues esta conducta genera una nulidad supralegal, por ausencia de defensa.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre veintiséis de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez).

(Aprobado: Acta N° 42 de 23 de octubre de 1970).

VISTOS:

En sentencia del 21 de noviembre de 1969, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta condenó a LUIS FERNANDO GOMEZ a la pena principal de dos años cuatro meses de presidio, y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de robo, aplicando el artículo 2° de la Ley 4ª de 1943 con las circunstancias de agravación señaladas en los numerales 2° y 4° del artículo 398 del Código Penal.

El fallo referido modificó el que había dictado el Juez Penal Municipal de El Zulia, el 16 de julio de 1969, mediante el cual señaló en dos años la pena principal y suspendió su aplicación, conforme el artículo 80 del estatuto represor, previas las medidas del artículo 55 ibidem.

La sentencia de segunda instancia ha sido recurrida en casación por el Fiscal Primero del Tribunal, recurso debidamente concedido y que se ha tramitado en esta Corporación.

Por auto del 7 de marzo del año en curso, fué separado del conocimiento el doc-

tor Alvaro Luna Gómez, Magistrado de esta Sala, por haber suscrito el fallo condenatorio como miembro del Tribunal de Cúcuta y posteriormente reemplazado por el doctor Simón Montero Torres en calidad de Conjuez, quien recibió posesión del cargo el 6 de abril de 1970.

El recurso se declaró admisible por auto del 16 del último mes citado y se dispuso correr traslado al Fiscal de Cúcuta para formular la demanda, acto cumplido oportunamente por éste.

El 22 de julio se ordenó oír a la Procuraduría (artículo 180 del C. de P. P.), para los efectos del artículo 3° del Decreto 1.154 de 1954.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal acoge la demanda "y se abstiene de ampliarla, por no considerarlo necesario", ya que de las demostraciones del funcionario recurrente aparecen nítidos los fundamentos para la prosperidad del recurso.

El 31 de agosto de 1970 se declaró ajustado el libelo a los requisitos del artículo 63 del Decreto 528 de 1964 y se ordenó oír a la parte no recurrente, que no hizo uso de su derecho, habiéndose agotado así el trámite en esta Corporación. En consecuencia, se pasa a decidir lo pertinente.

- I -

HECHOS PROCESALES

Refieren los autos que en las horas de la noche del sábado 29 de junio de 1968, el Comandante del puesto de policía de El

Zulia, Departamento del Norte de Santander, sorprendió a un sujeto cuando transitaba por la avenida 3ª con la calle 6ª llevando en el hombro un maletín de lona que contenía varias piezas de una máquina de trabajo de la hacienda 'El Triunfo', perteneciente a Azis E. Abrajim. Al preguntarle qué llevaba, el sujeto cuyo nombre es Luis Fernando Gómez, manifestó que "unos corotos", comprados a Luis Espejo, pero al abrir la maleta el sargento comprobó que eran repuestos de maquinaria agrícola. Hechas las averiguaciones complementarias, el propio Gómez confesó que los había sustraído de la hacienda 'El Triunfo', donde trabajaba, porque con ello se proponía pagarse o completarse el bajo salario que devengaba.

Ante el Juez Penal Municipal y su secretario ratificó esta confesión, que también hizo en la audiencia pública.

Se comprobó que efectivamente faltaban en los depósitos de la hacienda 'El Triunfo' los repuestos con que fué sorprendido Luis Fernando Gómez, según surge de los testimonios del denunciante José Ramón Peñaranda y de los testigos Jesús María Peñaranda y Aristóbulo Mora, y que los materiales sustraídos ascendieron a la suma de siete mil cuatrocientos sesenta pesos (folio 19 del C. principal).

El Juzgado Penal Municipal de Zulia dictó auto de proceder el 3 de septiembre de 1968, por el delito de hurto, pero el Tribunal de Cúcuta, el 31 de octubre del mismo año, reformó la providencia que había sido apelada para concretar el llamamiento a juicio por el delito de robo, ya que, según la confesión del procesado, hubo de apoderarse de los repuestos arrancándolos de una motobomba marca 'Lister' y de un tractor marca 'Super', utilizando alicates y llaves.

Es de observarse que el procesado Luis Fernando Gómez fué trasladado al anexo psiquiátrico de la Penitenciaría Central de Bogotá (La Picota), porque, según la sección médica de la Cárcel Nacional de Cúcuta, presentaba síntomas de una psicosis

maníaco-depresiva (folio 80). Debido a ese hecho la audiencia tuvo que aplazarse dos veces, hasta que, requerida por el Juez de El Zulia la División de Penas y Medidas de Seguridad del Ministerio de Justicia, el procesado fué conducido nuevamente a Cúcuta, previo el informe médico de la Penitenciaría de La Picota, según el cual el sujeto no presentaba síntomas (folio 106 del C. principal).

En estas condiciones, se celebró la audiencia el 16 de julio de 1969, sin que a ella hubiera concurrido el defensor y sin que se hubieran obtenido datos precisos de carácter médico sobre la enfermedad mental del procesado, ni sobre el tiempo en que la sufrió, ni respecto del tratamiento a que estuvo sometido en el Anexo psiquiátrico de La Picota.

- II -

LA DEMANDA DE CASACION

El recurrente invoca como única causal cuarta de casación descrita en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, "cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad". Y es nulo el juicio, sostiene, porque el procesado careció en absoluto del derecho de defensa, tal como lo había planteado el Tribunal en el concepto sobre los fundamentos del fallo de primera instancia.

Demuestra la causal invocada diciendo, con la Corte Suprema, que el derecho de defensa no es una concesión graciosa del Estado, sino un instituto que deriva de la Constitución Nacional a través de las cuatro garantías que consagra el artículo 26, como son: preexistencia de la ley que rige el juzgamiento; legalidad de la jurisdicción; observancia de la plenitud de las formas propias del juicio; y aplicación de la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior al hecho imputado. Desarrollando esta enunciación, el recurrente transcribe apartes del fallo proferido por esta Corporación el 9 de marzo de 1970, en el cual se detallaron las actividades que corresponden al defensor para cumplir fiel-

mente su encargo. Recuerda también que 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" y agrega:

"De manera, que aún contra la voluntad del acusado, debe estar asistido por un defensor, ya que de lo contrario el juicio es irregular por inobservancia de una de sus formas. Es que en el fondo el derecho de defensa no está consagrado únicamente para proteger los intereses particulares sino los de la sociedad y por tal motivo no puede renunciarse".

La omisión de la defensa encomendada técnicamente al abogado, o su menoscabo, "quebranta las formas propias del juicio, según se dijo anteriormente, dando origen a una nulidad suprallegal", que es la del artículo 26 de la Constitución.

Concretando el cargo, después de la disertación teórica, el demandante dice textualmente:

"En el presente caso el defensor, según se comprueba con solo examinar el expediente, no cumplió en forma alguna el trascendental deber de ejercitar la defensa de su patrocinado, acusado Luis Fernando Gómez, ya que se limitó a tomar posesión el 7 de septiembre de 1968, y a notificarse ese mismo día, del auto de proceder; y, posteriormente, a notificarse personalmente del auto que concedió el recurso de apelación interpuesto por el procesado contra el llamamiento a juicio y del que abrió el juicio a prueba. Las demás providencias le fueron notificadas por estado o por edicto.

"Entonces es inevitable concluir que el defensor permaneció, en la práctica, ausente del proceso, porque no sustentó la apelación que el acusado interpuso contra el auto de proceder, que fué desfavorable para sus intereses, porque el Tribunal lo reformó para hacerle un cargo más grave; no interpuso el recurso de reposición con-

tra el auto del Tribunal, a pesar de estar en presencia de un posible error en cuanto a la denominación jurídica de la infracción, como posteriormente se dirá; no solicitó pruebas; no asistió a la audiencia pública; no interpuso el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, ni alegó en la segunda.

"Así las cosas, ante el hecho indiscutible de que el defensor no le prestó ninguna asistencia jurídica al procesado, no se puede afirmar que éste hubiera sido oído y vencido regularmente".

Refrenda estos puntos de vista con la transcripción parcial del fallo dictado por esta Sala el 11 de abril de 1969, en el cual dijo:

"La defensa en el proceso penal no se realiza por el mero hecho de oír notificaciones de las resoluciones judiciales, actitud esa pasiva e insubstancial por sí sola para la suerte del inculcado. La representación judicial precisa de una actuación dinámica, de una verdadera asistencia jurídica del procesado, que se manifiesta en la solicitud de pruebas desgravatorias, en la intervención para controlar su autenticidad y legalidad, en la crítica del caudal probatorio, en la interposición de recursos y en alegaciones dirigidas a oponerse con medios jurídicamente admisibles a las molestias procesales penales y a las resoluciones injustificadas sobre el fondo, a los efectos legales y desfavorables al inculcado".

El Fiscal recurrente revisa el concepto del Tribunal, que, al apartarse o pretender interpretar la jurisprudencia de la Corte, expresó:

"En el caso de autos, la labor del defensor se reducía a solicitar la imposición de la pena mínima, ya que el reo había confesado con descripción de pormenores su autoría del ilícito, y ésta, se hallaba confirmada por el resto de las pruebas".

El demandante critica esta opinión, pues el defensor tiene el deber de presentar todo lo que legítimamente tienda a mejorar la situación procesal del imputado, y agrega que aún aceptando en gracia de discu-

sión lo que afirma el Tribunal, "existen argumentos poderosos para sostener que el delito cometido por Luis Fernando Gómez no es robo sino hurto, ya que las alteraciones de las cosas se verificaron de una manera no destructiva, semejante a la que hubiera empleado el propietario para sacarlas". Si se aceptara la tesis del fallo recurrido "se llegaría al extremo de desconocer en la práctica el derecho de defensa del reo confeso, doctrina que predominó en la Edad Media, basándose en principios generales del Derecho Romano para los asuntos civiles", tesis duramente criticada por famosos maestros del Derecho Penal.

Finalmente ataca la afirmación hecha en el fallo de que el defensor no pudo asistir justificadamente a la audiencia, afirmación que carece de respaldo en los autos.

Concluye diciendo que es deber del Ministerio Público pedir la nulidad de los juicios afectados por tan graves irregularidades y que, en consecuencia, demanda a la Corte que case la sentencia acusada y declare la nulidad del juicio a partir de la fecha en que quedó ejecutoriado el auto de proceder, a fin de que se reponga el procedimiento.

- III -

CONSIDERA LA CORTE

Tiene razón el funcionario recurrente en los ataques que hace al fallo. Y le asiste razón tanto en lo que concierne a las consideraciones previas sobre el derecho de defensa, como en la comprobación de que en este proceso se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional porque el acusado no disfrutó de las garantías consignadas en dicha norma.

La tesis del juzgador de segunda instancia, según la cual el defensor tiene que limitarse a pedir se aplique la pena mínima cuando el procesado ha confesado el delito, no sólo carece de fundamento sino que reduce el derecho de defensa al justificar las omisiones del profesional encargado de llevarla a cabo. En efecto, la decisión de confesar el hecho verdadero de que se es culpable, lo mismo que las autoacusaciones

de falsas conductas criminosas, son movimientos fuera de lo común, extraordinarios, que por lo tanto deben verificarse teniendo en cuenta la objetividad procesal y las condiciones propias y circunstanciales del agente. Por eso, la ciencia probatoria sostiene que la confesión es, de una parte, elemento esclarecedor de las situaciones indicadas en ella, y, de otra, síntoma de la personalidad del imputado. Esta doble cualidad debe ser indagada y probada plenamente antes de admitirla con todas las consecuencias que tiene la **presunción de veracidad** prevista en el artículo 255 del estatuto de procedimiento, pues la falla de la primera o de la segunda, o de ambas, malogra el juicio que pretende fundarse en ese medio probatorio.

De ahí el que no sólo se exija, como hasta ahora lo ha hecho la jurisprudencia, aplicando puntualmente el texto legal y la doctrina del convencimiento libre, que la confesión debe corresponderse con el cuerpo del delito y que sea libre, espontánea, judicial, directa, expresa, verosímil, circunstanciada, inequívoca y afirmativa, sino que derive de una fuente normal y no patológica, es decir, extraña a los delirios que multiplican sus tensiones en el "universo mórbido de la culpa"; y, además, que no esté asistida por tantos otros factores que a veces impelen a acusarse sin tener responsabilidad real, por ejemplo, el afán de notoriedad que induce a vincularse a procesos famosos; la urgencia de encubrir infracciones más graves; el afecto hacia el verdadero autor; la solidaridad de partido, gremio, clase o secta; la buena fé determinante de error respecto de un delito no cometido; el temor por las pesquisas; la debilidad ante amenazas y sugerencias, o la necesidad de evadir la miseria aún recurriendo al severo hospedaje de la prisión.

Estas son situaciones que deben ser examinadas a fin de descubrir cómo y por qué una persona se inclina ante medios tan poco naturales como son los que la llevan a admitir y aún explicar su actividad punible. Y el defensor es el que primeramente debe auscultar las circunstancias enumeradas a título de ejemplo, pues la confesión

no vale por sí sola sino en cuanto induce a reconstruir otras series de hechos y a conocer sus propios hontanares, de donde pueden obtenerse calificaciones más leves, aún en el plano de la ilicitud.

Aún para solicitar la aplicación de la pena mínima es forzoso hacer ver los antecedentes del que confiesa, las modalidades ejecutivas del hecho, las condiciones personales, remotas y presentes, tarea que corresponde al defensor con más adecuación que al Juez y al Ministerio Público. Si ni siquiera cumple con estas exigencias elementales, no puede decirse que satisfaga los compromisos que la ley le impone y que instituyen para los profesionales del derecho una verdadera función social. De manera que no solo asiste al apoderado o defensor un encargo particular del interesado para que lo represente en el proceso y haga valer las situaciones favorables, restringiendo también el alcance de las desfavorables, sino que debe contribuir al examen de la prueba y a la correcta aplicación de la norma, labores que se desenvuelven en el ámbito de la función social. Lo cual quiere decir que al lado del reo no solo está el profesional calificado para cooperar en su defensa, sino un funcionario en quien se reflejan inquietudes y formas colectivas de cooperación.

El examen del expediente acredita de manera inequívoca la acusación hecha en la demanda. Está demostrado que el defensor designado por el juez, ya que el procesado no lo hizo, apenas tomó posesión del cargo (folio 55 del C. principal); se notificó personalmente del auto de proceder dictado por el Juez Municipal de El Zulia (folio 56), sin recurrirlo, y del auto que concedió la apelación interpuesta por el procesado, sin refrendarla (folio 57); no alegó en el Tribunal, ni se enteró de la providencia que reformó la de primera instancia, pues aquella se notificó por estado (folio 71); no se dió cuenta de los memoriales presentados por el procesado y no pudo por eso calificar su conveniencia o inconveniencia; apenas se enteró del auto que abrió el juicio a prueba, mas no del motivo expuesto por la sección médica de la Penitenciaría de Cúcuta para trasladar al procesado a la Capital de la República,

a pesar de que constan en numerosos documentos de folios 76 a 83 y luego a folios 86 y s.s.; no se notificó de los autos que citaban a la audiencia, ni concurrió a ésta, ni alegó después. En síntesis, desamparó por completo a su defendido, según lo puntualiza acertadamente el Fiscal en su demanda. Como remate de todas estas desatenciones, no se dió cuenta del fallo condenatorio y tuvo que ser el Ministerio Público quien lo recurriera en casación.

En consecuencia, prospera la causal cuarta invocada contra el fallo, pues de lo expuesto se deduce que Luis Fernando Gómez fué condenado sin la asistencia jurídica fundamental que exige el artículo 26 de la Carta, garantía expresamente denominada **derecho de defensa** en la Ley 74 de 1968, aprobatoria de los pactos internacionales suscritos por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1962.

Como el defensor dejó de cumplir con los más elementales deberes propios de su encargo, debe ser investigada disciplinariamente su conducta por el Tribunal respectivo, y así lo ordenará esta Corporación.

DECISION

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA el fallo recurrido y ordena reponer el procedimiento a partir de la notificación, inclusive, del auto de proceder dictado por el funcionario de primera instancia; y,

2º. Ordena que se compulse copia de la actuación con el fin de que se investigue disciplinariamente las faltas a la ética profesional en que pudo incurrir el abogado Carlos Arturo Díaz Ramírez por desatender sus obligaciones de defensor del procesado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez; Simón Montero Torres, Conjuez; Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

VEREDICTO Y SENTENCIA

En los juicios en que interviene el Jurado, la misión del Juez de derecho se reduce, esencialmente, a interpretar y desarrollar el veredicto, seleccionando y aplicando las normas penales represoras a los hechos previamente reconocidos por el Juri, cuando estos no repugnan con la evidencia procesal, no pudiendo por tanto el Tribunal desvirtuar el veredicto, desintegrándolo para aceptar una forma imperfecta de homicidio y rechazar una circunstancia de agravación, reconocida en el auto de proceder y por el Jurado y dictar la correspondiente sentencia, sin hacer la declaración previa de la contraevidencia y convocar a nuevo jurado, pues el hacerlo implica transgresión de la norma del art. 15 del Decreto 1358 de 1964, aplicación indebida del art. 362 del C. P. y falta de aplicación del art. 363 de la misma obra.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintinueve de octubre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobado: Acta N° 42 de 23 de Octubre de 1970).

VISTOS:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Tercero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta contra el fallo de treinta de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, mediante el cual la Corporación nombrada, reformando en lo sustancial el de primer grado, condenó a LUIS ANIBAL FLOREZ VILLAMIZAR a la pena principal de ocho (8) años de presidio, como autor responsable del delito de homicidio voluntario, en grado de frustración, del cual fue víctima el doctor Víctor Ortega Rueda.

ANTECEDENTES

a) El Fiscal recurrente presenta en la demanda el siguiente objetivo resumen de los hechos debatidos en el juicio.

“En las horas de la mañana del quince de octubre de mil novecientos sesenta y siete varias personas, que iban de paseo,

se reunieron en la finca denominada ‘Las Lajas’, comprensión municipal de Santiago, Norte de Santander, y perteneciente al doctor VICTOR ORTEGA RUEDA. Pasado medio día, cuando los integrantes del paseo se encontraban bailando e ingiriendo licor, el trabajador de la hacienda Luis Aníbal Flórez Villamizar, quien había sido despedido el día anterior por su patrón, tras de desafiar a éste, hizo al aire varios disparos de revólver. Ante la actitud amenazante de Flórez Villamizar el doctor Ortega Rueda decidió trasladarse en su camioneta a la cabecera del municipio, para pedir auxilio a las autoridades. Cuando el vehículo iba en marcha y pasaba frente a la escalerilla de la casa de campo lo alcanzó Flórez Villamizar, para disparar por primera vez su revólver contra el doctor Ortega Rueda, sin lograr dar en el blanco. El doctor Ortega Rueda para eludir el ataque aceleró la camioneta, mas cuando comenzaba a cruzar un estrecho puente colgante se vió obligado a frenar el automotor, por haberse interpuesto en el camino el mencionado sujeto. Ese momento fue aprovechado por Flórez para disparar de nuevo y a corta distancia, por la ventanilla izquierda de la camioneta, contra el doctor Víctor Ortega Rueda. Este segundo disparo, que sí hizo impacto sobre la víctima, penetró por la región molar izquierda, atravesó la cara y salió por el conducto auditivo externo del lado derecho, para causarle una perturbación funcional de carácter permanente”.

b) La investigación fue iniciada el mismo día 15 de octubre de 1967 por el Juez Promiscuo Municipal de Santiago, quien en auto calendario el 20 de dicho mes decretó la detención preventiva de Flórez Villamizar; continuó su curso en manos del Fiscal Veinticinco de Instrucción Criminal, comisionado para tal efecto por el Procurador General de la Nación, y pasó luego al repartimiento de los Jueces Superiores de Cúcuta.

c) Mediante providencia del 30 de marzo de 1968 el Juez Segundo Superior de la ciudad nombrada, a quien había correspondido el asunto, calificó el mérito del sumario llamando a responder en juicio a Luis Aníbal Flórez Villamizar por el delito de homicidio imperfecto, cometido en las circunstancias de agravación previstas en el numeral 5º del art. 363 del Código Penal (fls. 178 a 193).

d) Con oportunidad de la audiencia pública el Juez de la causa sometió a la consideración del Jurado de Conciencia el siguiente cuestionario:

"El acusado LUIS ANIBAL FLOREZ VILLAMIZAR (ausente), es responsable SI o NO, conforme se analiza en el auto de proceder, de haberle causado al Doctor VICTOR ORTEGA RUEDA la herida que le fue reconocida a éste por el señor Médico Legista, ilícito perpetrado en las horas de la tarde del día quince de octubre de mil novecientos sesenta y siete, en la finca denominada 'La Laja' de propiedad del ofendido, jurisdicción municipal de Santiago, del Distrito Judicial de Cúcuta, y al ocasionarle esta lesión tuvo la intención de matar, no habiéndose producido la muerte, no obstante haber utilizado el agente los medios necesarios a su alcance para lograrla y con alevosía? (fl. 225).

"SI", fue la respuesta unánime del tribunal popular.

e) Fundándose en el citado veredicto, el Juzgado del conocimiento condenó a Luis Aníbal Flórez Villamizar a la pena principal de diez y seis años de presidio, "como

autor responsable del delito de homicidio imperfecto en la modalidad de frustrado, con la circunstancia de agravación que contempla el numeral 5º del art. 363 del C. P., en la persona del doctor Víctor Ortega Rueda...", fallo que el Tribunal ad-quem reformó en los términos apuntados en la parte inicial y motiva de esta sentencia. (fls. 232 a 262, Cd. 1º, y 8 a 23 del Cd. 2º). Salvó su voto, con respecto a tal decisión, el Magistrado Hernando Camargo Belén.

DEMANDA DE CASACION

Después de resumir los hechos y la actuación procesal, en la demanda se aduce contra el fallo recurrido, como causal única, la que el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 consagra en su ordinal 2º: No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o estar en desacuerdo con el veredicto del jurado", motivo de impugnación que el demandante sustenta con las siguientes razones:

"En los juicios en que interviene el jurado, la sentencia tiene que dictarse de acuerdo con la calificación que aquél diere a los hechos sobre los cuales haya versado el debate (Artículo 15 del Decreto 1.358 de 1964).

"No corresponde, por tanto, al juez de derecho entrar a calificar los hechos, pues su misión es la de aplicar las sanciones del caso, según la determinación tomada por los jueces populares y teniendo en cuenta las circunstancias de mayor y menor peligrosidad que concurren (Artículo 499 del Código de Procedimiento Penal).

"En tal sentido ha sido uniforme y reiterada la jurisprudencia de esa H. Corte Suprema de Justicia. Así, por ejemplo, en sentencia de casación de fecha nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, dijo:

"Si el veredicto del jurado es la base inmediata de la sentencia y si el Tribunal popular es quien en definitiva califica los hechos y determina la responsabilidad, el

juez de derecho en la sentencia debe ceñirse a los términos del veredicto, o si encuentra que éste es contrario a la evidencia de los hechos, así debe declararlo, pero en ningún caso puede completar o suplir el pensamiento del jurí para interpretar sus respuestas en sentido contrario a lo que ellos expresaron, porque desnaturalizaría la esencia del juicio en que interviene el jurado. Una interpretación caprichosa o distinta a aquella que contiene el veredicto, por más fuertes que sean los argumentos para llegar a esa conclusión, no le es permitido al Juez de derecho, por ser contraria a la ley y no estar autorizada por la misma".

"Posteriormente, en fallo de casación de cuatro de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco, manifestó:

"Al sentenciador no le es permitido sustituir al jurado ni complementar el pensamiento de éste cuando voluntaria o involuntariamente deja de reconocer determinadas situaciones que exoneran o modifican la responsabilidad del agente. De lo contrario, en esta clase de juicios, el fallo se pronunciaría de acuerdo con el criterio legalista del juez, y no en armonía con el veredicto, como lo manda el art. 480 del C. de P. P."

"En el caso sub-judice se dictó auto de proceder contra Luis Aníbal Flórez Villamizar por el delito de homicidio frustrado, con las características de asesinato, en la persona del doctor Víctor Ortega Rueda, y al preguntársele al jurado de conciencia sobre la responsabilidad de dicho procesado, respondió con un simple y preciso "SI".

Como es obvio, ese breve veredicto se refiere a todas las cuestiones sometidas a la consideración del jurí y, por lo mismo, se impone concluir que aceptó la responsabilidad del reo no simplemente por un homicidio frustrado, sino con la circunstancia modificadora de la 'alevosía', puesto que tal causal de asesinato quedó comprendida dentro del respectivo cuestionario.

"Sin embargo, el ad-quem, asumiendo fa-

cultades que la ley no le confiere y desconociendo no sólo la voluntad del jurí, sino también la esencia misma de tal institución, modificó ese veredicto, pues, tras de considerar que las pruebas recaudadas no acreditan la inferioridad o indefensión de la víctima y que ilegal e injurídicamente se incluyó en el cuestionario la agravante de 'alevosía', llegó a la arbitraria y caprichosa conclusión de que la categoría y simple respuesta afirmativa del jurado puede dividirse, para desecharla respecto a la mencionada circunstancia específica y, a la vez, acogerla en cuanto al homicidio frustrado, y así calificar el hecho punible, con manifiesto quebranto del veredicto, como de simple propósito.

"Mediante el fallo recurrido, por consiguiente, directamente se violaron los artículos 362 y 363 del Código Penal, el primero por aplicación indebida, y el otro por falta de aplicación.

"Además, como es obvio, se infringió el artículo 15 del Decreto 1.358 de 1964, por haberse dictado la sentencia de segunda instancia en desacuerdo con el veredicto".

Termina el libelo solicitando a la Corte que invalide el fallo de segundo grado y dicte el que deba reemplazarlo.

En escrito visible a folios 12 y siguientes del cuaderno que contiene el trámite de casación la Procuraduría Segunda Delegada expresa que está de acuerdo con los planteamientos generales formulados por el Fiscal recurrente en la demanda, pero que, sin embargo, hace uso de la facultad contenida en el artículo 3º del Decreto 1.154 de 1954 para ampliarla en los términos que a continuación se reproducen:

"1º. Es incuestionable que el auto de proceder dictado por el Juzgado Segundo Superior de Cúcuta el 30 de marzo de 1968 (fl. 178 a 193), imputó a Flórez Villamizar un homicidio frustrado cometido en las circunstancias de agravación previstas en el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal.

"2º. El cuestionario puesto a la consideración de los jurados de conciencia (fl. 225) contiene la misma imputación, pero en él se concretó el motivo de agravación del homicidio como 'alevosía'.

"3º. La respuesta a los jueces de hecho fué: "SI". No agregaron circunstancia alguna ni suprimieron la allí prevista, como hubieran podido hacer en uso de la facultad contenida en el artículo 29 de la Ley 4ª de 1943.

"4º. El Juzgado Segundo Superior de Cúcuta, en acuerdo con el citado veredicto, condenó a Luis Aníbal Flórez Villamizar a la pena principal de diez y seis años de presidio como autor del ilícito contemplado en el cuestionario con la agravante de la alevosía allí prevista.

"5º. En las circunstancias expuestas, el Tribunal Superior de Cúcuta al revisar por consulta la sentencia de primera instancia sólo tenía dos alternativas: confirmarla, con las modificaciones a que había lugar por cuanto en ella se incluyeron circunstancias agravantes de la responsabilidad no probadas o revocarla, previa declaratoria de contraevidencia de la decisión del jurado de conciencia.

"A pesar de que gran parte de la argumentación contenida en la parte motiva del fallo recurrido se refiere al desconocimiento del veredicto en cuanto a la circunstancia de agravación del ilícito materia del juzgamiento, el Tribunal optó por aceptarlo en cuanto al homicidio frustrado y rechazarlo en lo relativo a la alevosía. Esta determinación sería procedente si el jurado hubiere explicado la respuesta pero como ésta se concretó a un "Sí" (art. 29 de la Ley 4ª de 1943), no cabía otra alternativa que aceptarla plenamente o declararla contraria a la realidad procesal.

"En consecuencia, teniendo en cuenta que el veredicto pronunciado en este asunto es indivisible y no fue declarado contrario a la evidencia procesal, la sentencia de segundo grado debía dictarse de acuerdo con él, conforme lo dispone el artículo

15 del Decreto 1.358 de 1964, pero como el fallo recurrido se apartó de esta norma legal, solicito de la H. Corte Suprema de Justicia casarlo y proferir la sentencia que debe reemplazarlo, por estar plenamente justificado el motivo previsto en la causal segunda del artículo 56 del Decreto 528 de 1964".

LA CORTE CONSIDERA:

1. En realidad, de manera uniforme y reiterada ha expresado la Corte que en los juicios realizados con intervención del Jurado, corresponde a éste de manera privativa calificar los hechos y determinar la responsabilidad, razón por la cual el presupuesto inmediato e insustituible de la sentencia es el veredicto, proferido por el Tribunal popular para absolver el cuestionario que el Juez de la causa sometió a su consideración como síntesis de los cargos formulados en el auto de proceder.

2. De lo anterior se desprende la lógica consecuencia de que en los juicios por Jurado, tal como los regula nuestra ley positiva, la misión del Juez de derecho se reduce, especialmente, a interpretar y desarrollar el veredicto, seleccionando y aplicando las normas penales represoras de los hechos previamente reconocidos por los Jueces de conciencia. Tal función no es, sin embargo, imperativa. Cuando los juzgadores de instancia estiman que la decisión del Juri repugna a la evidencia de los hechos procesales, así lo declararán, ordenando que se convoque a nuevo Jurado, a fin de que otras conciencias verifiquen una última apreciación de los factores probatorios adversos y favorables al acusado (Arts. 537 y 554 del C. de P. P.).

3. Como lo sostiene la acusación, es inquestionable que en el auto de proceder se imputó a Luis Aníbal Flórez Villamizar un homicidio frustrado, cometido en las circunstancias de agravación previstas en el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal. Con efecto, en la parte considerativa del llamamiento a juicio se precisó el siguiente concepto:

"La forma y modo como se perpetró el reato dan fundamento suficiente para considerar modificada la responsabilidad por la concurrencia de la circunstancia específica de agravación contemplada en el ordinal 5º del artículo 363 del C. P., 'con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad', y así debe interpretarse la circunstancia de que el agente atacó a su víctima en momentos en que ésta iba conduciendo su vehículo en sitio estrecho y peligroso, y por consiguiente estaba impedida para ejecutar cualquier movimiento defensivo, teniendo en cuenta además de que iba completamente inermes, como resulta de autos".

4. La misma imputación se halla contenida en el cuestionario sometido a la consideración de los jurados de conciencia, pero concretando la circunstancia modificadora como "alevosía", según pudo observarse en la reproducción textual de aquél. Los jueces de hecho, también se ha visto, respondieron con un terminante "SI". Como lo anota la Procuraduría al ampliar la demanda, no agregaron circunstancia alguna ni suprimieron la allí prevista, para lo cual estaban facultados por el artículo 29 de la Ley 4ª de 1943. Entendió lógica y acertadamente el juzgador de primer grado que esa simple y categórica respuesta implicaba una afirmación indivisible respecto de todas las preguntas contenidas en el cuestionario, incluyendo, desde luego, la que de manera expresa se refería a la circunstancia calificante que trocaba el homicidio en asesinato. Y estimando que el veredicto no contrariaba la evidencia procesal, fundó en él la sentencia condenatoria ya conocida.

5. Hasta ese momento existe en el proceso una acusada armonía entre el auto de proceder, el cuestionario propuesto a los jueces de conciencia, el veredicto y el fallo de primera instancia, pero esa armonía se rompe cuando el Tribunal, en vez de hacer uso de la atribución que le confiere el artículo 554 del Código de Procedimiento Penal, declarando que el veredicto fue "contrario a la evidencia de los hechos consignados en el expediente" y or-

denando que el Juez de la causa convocara a nuevo Jurado, si a tal convicción llegaba tras el examen del acervo probatorio, resolvió desintegrarlo para aceptar la forma imperfecta del homicidio y rechazar la alevosía, contrariando así la norma contenida en el artículo 15 del Decreto 1.358 de 1964, conforme al cual "en los procesos con intervención del jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con la calificación que aquel diere a los hechos sobre los cuales haya versado el debate", y quebrantando además los artículos 362 y 363 del Código Penal, como lo demuestra el Ministerio Público, el primero por aplicación indebida, y el otro por falta de aplicación.

6. Ha demostrado, pues, el demandante que la respuesta del tribunal popular corresponde a una determinada situación jurídica, vale decir, a la de un homicidio calificado, y que el sentenciador de segunda instancia acogió otra sustancialmente diversa, con desacato del veredicto. Prospera, en consecuencia, la causal segunda invocada. Y procede, por tanto, aplicar la regla contenida en el ordinal 1º del artículo 58 del Decreto 528 de 1964, casando el fallo recurrido y dictando el que deba reemplazarlo.

Como bien lo anota el fallo recurrido, no aparecen acreditadas en el proceso ninguna de las circunstancias previstas en los artículos 37 y 38 del Código Penal. En consecuencia, siguiendo el criterio señalado por los artículos 36 y 39 ibidem, la sanción habrá de individualizarse del siguiente modo: al mínimo de quince años señalados en el artículo 363 del estatuto represivo, se aumentarán dos años, dada la personalidad del infractor, cuya peligrosidad, aunque no extrema, se revela en la desproporcionada reacción frente al despido de que fue objeto y a los episodios por él protagonizados el día de los hechos, antes de atacar directamente al doctor Ortega Rueda. De tal cantidad se deducirán cuatro años, de acuerdo con el precepto contenido en el artículo 17 de la misma obra, quedando así una sanción definitiva de trece años de presidio. Y se conservará la condena en abstracto al pago de perjuicios

morales y materiales provenientes de la infracción, por no haberse determinado legalmente en el proceso.

FALLO:

Fundada en las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA la sentencia de treinta de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, y en su lugar,

RESUELVE:

1º) Condenar a LUIS ANIBAL FLOREZ VILLAMIZAR, hijo de Teodomiro Flórez y Alicia Villamizar, natural de Mutiscua, de veintinueve años de edad, soltero, portador de la Libreta Militar N° 041435, expedida en Tunja, a la pena principal de trece (13) años de presidio, que debe cumplir en el establecimiento carcelario que señale el Gobierno Nacional, como responsable del delito de homicidio (asesinato), en grado de frustración, del cual fue víctima el doctor Víctor Ortega Rueda, hecho ocurrido en las horas de la tarde del día quince (15) de octubre de mil novecientos sesenta y siete (1967), en la finca denominada "La Laja", ubicada en jurisdicción municipal de Santiago, Departamento del Norte de Santander.

2º) Condenar a LUIS ANIBAL FLOREZ

VILLAMIZAR a las siguientes penas accesorias: a)- Interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; b)- pérdida de la patria potestad; c)- publicación especial de la presente sentencia, y d)- pérdida del arma con la cual cometió el delito, en beneficio del Estado (Arts. 12, Ley 16 de 1969 y 59 del C. P.).

3º) Condenar en abstracto a LUIS ANIBAL FLOREZ VILLAMIZAR a pagar al doctor Víctor Ortega Rueda, o a quien sus derechos represente, el valor de los perjuicios civiles causados con su delito, cuya estimación se hará mediante los trámites señalados por el artículo 553 del Código Judicial.

4º) Ordénase la captura del sentenciado Flórez Villamizar. En consecuencia, se librarán las órdenes del caso a las autoridades correspondientes.

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

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

J. Evencio Posada V., Secretario.



COMPETENCIA

La Justicia Penal Militar, aún cuando el país se halle en estado de normalidad jurídica, conoce de los delitos comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles al servicio de las fuerzas armadas, en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior, conforme a lo dispuesto en el ord. 2º del art. 308 del Código de Justicia Penal Militar.

Corte Suprema de Justicia — Sala Penal.—
Bogotá, octubre treinta de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente, Humberto Barrera Domínguez).

(Acta N° 43 de 70).

VISTOS:

Entra la Corte a resolver la colisión de competencia negativa planteada entre el Tribunal Superior Militar y el Tribunal Superior de Cartagena, en cuanto al conocimiento del proceso que se sigue contra ANGEL MARIA RUANO, Sargento 2º de Infantería de Marina, quien está acusado del delito de estupro.

Se trata de hechos ocurridos en Cartagena, en el mes de abril de 1966 y respecto de los cuales el juzgador castrense de primera instancia dispuso la cesación del procedimiento, por inexistencia de infracción punible.

Anota el Tribunal Superior Militar, al ocuparse de la consulta del proveído de que se hizo referencia, que en la fecha en que el asunto llegó a esa Entidad el país no se encontraba en estado de sitio, ni en ninguna de las circunstancias de que trata el ordinal 2º del artículo 308 del C. de Justicia Penal Militar y que, por tanto, carece de competencia para revisar el auto del Comando del Batallón de Infantería de Marina N° 1º, con sede en Cartagena, fechado el 28 de junio de 1968.

Se apoya el juzgador castrense de segun-

da instancia en doctrina de la Corte, según la cual y para eventualidades semejantes, “restablecido el orden público desaparece una de las condiciones indispensables para que la justicia penal militar conozca de los delitos comunes ‘cometidos por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas’, recobrando, de inmediato, su imperio las normas generales sobre competencia”.

De otra parte, el Tribunal Superior de Cartagena admite que para la fecha del proveído del Tribunal Superior Militar, diecisiete de julio del corriente año, ciertamente el país no pasaba por ninguna de las situaciones de que trata el ordinal 2º del artículo 308 del C. de Justicia Penal Militar. Pero observa que el día diecinueve del mismo mes y de acuerdo con el Decreto 1.128 de esa fecha, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, situación que aún persiste y la cual conlleva que del proceso aludido deba conocer el Tribunal Superior Militar.

CONSIDERA LA CORTE

No obstante que la Corte, en proveídos anteriores, ha señalado como condición para que de los delitos comunes que cometan los militares en servicio activo o los civiles al servicio de las Fuerzas Armadas conozca la justicia penal militar, el que, al momento del juzgamiento el país se encuentra en alguna de las circunstancias que menciona el referido ordinal 2º del art. 308 del C. de Justicia Penal Militar; y en fecha más reciente indicó que era necesario que

el hecho se hubiera cometido estando la República en alguna de esas circunstancias y además, que también el juzgamiento deba cumplirse encontrándose la nación en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior, es el caso de rectificar tales doctrinas, por las siguientes razones:

1ª. De las voces del precepto mencionado se desprende que la competencia de la jurisdicción penal castrense se predica de la época del delito que se impute a un militar en servicio activo o a un civil al servicio de las Fuerzas Armadas.

Reza, en efecto, la norma que se examina:

"Art. 308: La jurisdicción penal militar conoce:

"

"2º. De los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior".

Vale decir, que se alude a los delitos cometidos en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior, si de ellos se acusa a militares en servicio activo o a civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas. Y nó a infracciones punibles cuyo juzgamiento tenga que cumplirse en época en que la nación pase por alguna de tales eventualidades.

2ª. La norma que se ocupa de la competencia en tales casos y que se dejó transcrita no deja de cumplir sus efectos por el hecho de que cese la conmoción interior, o el estado de guerra o la turbación del orden público. Si en el referido ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar se dispone que de los delitos comunes cometidos por las personas que allí se indican en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior, conozca la jurisdicción castrense, la circunstancia de que cesen aquellas situa-

ciones no tiene el alcance modificador del precepto legal que señala dicha competencia.

3ª. Y nó dándose esa posibilidad modificadora de la competencia, ya determinada por el hecho de haberse cometido el delito común en época de guerra, conmoción interior o turbación del orden público por militares en servicio activo o particulares al servicio de las Fuerzas Armadas, es obvio que el conocimiento de la justicia penal militar, en esos casos, persiste aun cuando se tenga la cesación de tales circunstancias especiales.

Cosa distinta sucede cuando, en razón de las facultades que otorga al Gobierno el artículo 121 de la Carta, se dispone suspender la competencia de la jurisdicción penal ordinaria respecto de determinados delitos comunes cometidos por particulares para atribuir su conocimiento a la justicia penal militar, como ha ocurrido con los delitos de extorsión y secuestro, pues una vez levantado el estado de sitio dejan de regir esas disposiciones extraordinarias, y, entonces, las reglas de competencia suspendidas readquieren su vigencia y los negocios respectivos han pasado de la justicia penal militar a la jurisdicción penal ordinaria.

Encuentra la Corte, según lo anotado, que lo único que determina la competencia de la Justicia Penal Militar para conocer de los delitos comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, es la circunstancia de que el hecho se cometa cuando el país se encuentre en estado de guerra, turbación del orden público o conmoción interior. Y esa competencia se mantiene así dejen de tenerse tales circunstancias.

Ahora bien:

Los hechos que se averiguan tuvieron ocurrencia cuando el país se encontraba en estado de sitio. En consecuencia, el conocimiento del delito común de estupro atri-

buído al militar Angel María Ruano corresponde a la jurisdicción castrense.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —SALA PENAL—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias de que se hizo mérito en el sentido de DECLARAR que el conocimiento del proceso seguido contra el Sargento 2º de Infantería de Marina, ANGEL MARIA RUANO, por el delito de estupro, corresponde

al Tribunal Superior Militar, a donde se enviará el expediente.

Remítase copia de este proveído al Tribunal Superior de Cartagena.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

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

Evencio Posada, Srio.

DELITOS CONTRA LA ASISTENCIA FAMILIAR

La Ley 83 de 1946 "orgánica de la defensa del niño" creó una serie de normas descriptivas de tipos criminosos, encaminadas a garantizar el mantenimiento del grupo familiar, su preservación moral y desarrollo económico —arts. 78 y 79—, que fueron derogados implícitamente por el 40 de la Ley 75 de 1968, erróneamente denominada "de la paternidad responsable", que amplió las calidades del sujeto activo y del sujeto pasivo de la infracción, así como la causa de la represión por abandono físico, moral y cultural, respecto de las personas a quienes se debe asistencia moral o alimentaria.

Corte Superma de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre tres de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez).

(Aprobado: Acta N° 43 de 30 de octubre de 1970).

VISTOS:

En providencia del 11 de mayo de 1970, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Penal, con el salvamento de voto de uno de los Magistrados que la integran, declaró que los hechos atribuidos a MANUEL HENAO VIVARES, Juez Primero Civil de Menores de la misma ciudad de Medellín, no constituyen delito, y, en consecuencia, dispuso cesar todo procedimiento en su contra.

La decisión fué apelada por el Fiscal Séptimo del Tribunal y en esta segunda instancia se pide se confirme la providencia. tancia se han agotado ya los trámites de rigor para resolver, como procede a hacerse en seguida.

Fijado el asunto en lista, por auto del 3 de agosto del año en curso, en cumplimiento del artículo 35 del Decreto 1.358 de 1964, sólo se produjo el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

ANTECEDENTES

En escrito del 22 de julio de 1969, dirigi-

do al Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, Obdulio Agudelo Suárez denunció al Juez de Menores doctor Manuel Henao Vivares por estos dos hechos:

1°. Haberlo condenado a pagar una cuota alimentaria de ochocientos pesos mensuales en favor de la cónyuge del denunciante, Alicia Soto de Agudelo, quien inició la acción correspondiente, y de los hijos habidos en el matrimonio; y

2°. Haber dado aplicación a los artículos 78 y 79 de la Ley 83 de 1946, y, en tales circunstancias, condenarlo a un año de prisión, pena ésta que el denunciante considera excesiva, ya que no era reincidente y que no existía otra razón para aplicarle el máximo fijado en la primera de las disposiciones citadas.

Agrega el denunciante que para poder salir de la cárcel, en donde no alcanzó a estar detenido más allá de cuatro semanas, tuvo que enanejar a menoscabo unas parcelas de su propiedad, a fin de cancelar las cuotas atrasadas.

Considera, finalmente, que el funcionario denunciado cometió un abuso de autoridad, pues al aplicarle el máximo de la pena de que trata el artículo 78 de la Ley 83 de 1946, excedió abusivamente la capacidad que la ley le otorga para dosificar las medidas represoras imponibles.

Se acreditó la calidad de funcionario pú-

blico del denunciado con las copias del acuerdo de nombramiento y del acta de posesión (folios 27, 28 y 30).

A folios 17 y s.s. del cuaderno principal aparecen las copias del juicio adelantado en el Juzgado Civil de Menores, a cargo de Manuel Henao Vivares, por María Elisa o Alicia Soto Bustamante, contra su cónyuge Obdulio Agudelo Suárez, y de esa actuación resulta que en definitiva la condena dictada el 18 de julio de 1968 fué por la suma de doscientos pesos semanales y anticipados "para la congrua alimentación de sus siete hijos legítimos, suma que depositará en este Despacho por conducto del Banco Popular". El punto segundo del fallo dice: "Adviértase al sentenciado que el incumplimiento a lo anterior le acarreará las sanciones del artículo 78 de la precitada ley, que establece multa o prisión de un mes a un año".

En vista de que el obligado no pagó la cuota asignada por el juez, el mismo despacho dispuso conminarlo "para que en el improrrogable término de ocho días, a partir de la notificación del presente auto, se ponga a paz y salvo en las cuotas alimenticias que adeuda, o presente descargos que sean admisibles por el despacho, so pena de reducirlo a prisión, tal como dispone el artículo 78 de la Ley 83 de 1946. Este requerimiento se le hace de conformidad con el artículo 79 de la citada ley". El auto está fechado el 17 de febrero de 1969, es decir siete meses después de dictada la sentencia en el juicio de alimentos.

Por auto del 8 de marzo de 1969, el Juzgado no admitió los descargos del demandado y dispuso: "Condénase al señor Obdulio Agudelo Suárez por violación del artículo 78 de la Ley 83 de 1946, a un año de prisión que pagará en la Cárcel del Distrito Judicial de La Ladera, con raciones a cargo de la Nación, toda vez que requerido según el artículo 79 ibidem, no se puso a paz y salvo con las cuotas alimenticias que adeuda para los siete hijos legítimos y menores".

Efectivamente, el 17 de marzo fué cap-

turado Agudelo Suárez y remitido a la Cárcel de La Ladera, de donde se le liberó el 15 de abril siguiente por haber cancelado parte de la deuda declarada en favor de su cónyuge y de sus hijos.

En el escrito de denuncia, Agudelo Suárez acepta que fué condenado a pagar ochocientos pesos mensuales para atender al mantenimiento de su familia, pero que dejó acumular varios meses sin satisfacer esa obligación, lo que dió origen a la providencia contra la cual se querella.

El Tribunal, en la providencia que se revisa, estima que el juez acusado no violó la ley sino que, por el contrario, procedió de acuerdo con ella, ya que estaba autorizado tanto para decretar los alimentos como para imponer sanciones por la falta de pago. Agrega que el demandado tenía bienes para responder, como efectivamente respondió, cuando se le redujo a prisión. Finalmente, subraya que el juez de Menores, como todo funcionario judicial, tiene arbitrio relativo para dosificar la pena, en la forma en que lo hizo el juez denunciado: "Es tanta la autonomía de que dispone el Juez de Menores para tomar sus determinaciones, que ellas no están sujetas al control jurisdiccional de la segunda instancia". En consecuencia, declara que no hubo abuso de autoridad, ni detención arbitraria.

En su salvamento de voto, el Magistrado Gustavo Gómez Velásquez, alega que el comportamiento del juez no contiene la juridicidad admitida por la Sala, pues los artículos que invoca de la Ley 83 de 1946 fueron sustituidos por la Ley 75 de 1968, que atribuyó el conocimiento del asunto a los Jueces Municipales, ley "categórica y de inmediata aplicación". Por lo mismo, el juez denunciado no tenía jurisdicción para resolver como lo hizo, pues en la fecha del fallo condenatorio por alimentos, más aún, en la de la providencia que hizo efectiva la pena, ya regía la Ley 75 de 1968. De este mismo parecer es el Fiscal Séptimo del Tribunal de Medellín, quien recurrió la decisión.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal estima que "el primer aspecto de la acusación carece de importancia jurídica, porque no se trata de determinar si el juez inculpado se excedió o nó en la aplicación de la sanción prevista en el artículo 78 de la Ley 83 de 1946, por haber impuesto a Obdulio Agudelo Suárez, padre sentenciado a servir una pensión alimenticia, el máximo de la pena privativa de la libertad establecida en el citado precepto, como si se tratara de la revisión en segunda instancia del juicio tramitado en el Juzgado Civil de Menores de Medellín, sino de dilucidar si tenía o no competencia para proferir la providencia fechada el 8 de marzo de 1969".

En cuanto a la segunda imputación, estima el Procurador que existe diferencia entre las descripciones de la Ley 83 de 1946 y el artículo 40 de la Ley 75 de 1968 así: "Es indudable que las dos infracciones tienen como origen, próximo en una y remoto en la otra, el incumplimiento de una obligación civil; pero mientras la primera exige el agotamiento del juicio especial previsto en la Ley 83 de 1946 y su culminación con la sentencia a que se refiere el artículo 78, el decreto reglamentario de la Ley 75 en su artículo 17, expresamente dispone 'que no es menester la previa demanda de alimentos'".

Luégo agrega que las normas de la Ley 83 están vigentes porque no han sido derogadas expresamente y porque las infracciones que prevén son de naturaleza distinta a la del delito contemplado en la Ley 75 de 1968, que incorpora dicha infracción al Título 14, Capítulo V del Código Penal, bajo el nombre de "delitos contra la asistencia familiar". Si ésto es así, el funcionario acusado procedió conforme a derecho. Pero, si se admite que el artículo 40 de la citada Ley 75 derogó el 78 de la Ley 83 de 1946, "se carece en absoluto de prueba demostrativa del dolo respecto del ilícito imputado al doctor Henao Viveres, cual es el de haberse excedido en el ejercicio de las funciones propias de su cargo".

CONSIDERA LA CORTE

Nada dijo la Ley 75 de 1968 sobre las disposiciones penales y de procedimiento contenidas en los artículos 78 y 79 de la Ley 83 de 1946, "orgánica de la defensa del niño", a pesar de que aquel estatuto, erróneamente denominado "de la paternidad responsable", construyó una serie de normas no sólo sobre el derecho de la persona para conocer a su progenitor, sino sobre otras materias, entre las cuales conviene ahora destacar las descriptivas de tipos criminosos que garantizan el mantenimiento del grupo familiar, su preservación moral y su desarrollo económico. Corresponde al juzgador, por vía de jurisprudencia, hacer precisiones respecto de la subsistencia o insubsistencia de los anteriores preceptos, y habrá de cumplirse esta labor de manera inequívoca para que en lo futuro se eviten los conflictos por concurrencia normativa en asunto de tanta monta como es la aplicación de sanciones a quienes dejan de prestar asistencia en favor de los señalados por la ley para recibirla.

1 - La Ley 83 de 1946

Este cuerpo instituyó la defensa de los menores de dieciocho años, no sólo del niño, como pregona su título, contra el abandono físico y moral, contra el peligro de criminalidad y la criminalidad misma, y fué así como integró sobre nuevos fundamentos la patria potestad para establecerlo en favor del hijo y no exclusivamente del padre, con todas las obligaciones derivadas de tan saludable mudanza. Fué así como puso nuevas bases a la guarda de los menores y trazó regulaciones especiales para el suministro de alimentos, investigación de la paternidad ("Todo niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres", artículo 85), creación de consejos tutelares, prohibiciones de trabajos y otras actividades perjudiciales, pero, sobre, todo, apartamiento del menor del sistema y de la jurisdicción represora comunes. A partir de su vigencia, el 1º de enero de 1947, el menor quedó fuera de las leyes penales y entró a gozar del régimen excepcional acon-

sejado por las ciencias psicobiológicas y sociales como el mejor para preservarlo, reeducarlo y situarlo en aptitud de laboriosidad y convivencia. Fue éste uno de los momentos más afortunados del desenvolvimiento jurídico colombiano, aunque los mandatos fueran incumplidos por falta de organismos bien dotados, por el poco número de funcionarios, su inexperiencia pedagógica y la rigidez conceptual, fruto de ideologías desentendidas de las profundas causaciones humanas.

El artículo 79 imprimió dinamismo a las acciones ya fatigadas del Código Civil e imperiosamente dispuso: "Todo niño tiene derecho, por ministerio de la ley, a disfrutar de las condiciones necesarias para alcanzar su desarrollo corporal, su educación moral e intelectual y su bienestar social. En consecuencia, los padres están obligados al sostenimiento de sus hijos. En caso de incumplimiento de estas obligaciones serán compelidos de acuerdo con las disposiciones de esta ley".

Y las disposiciones consagradas en ella permitieron sancionar penalmente las que antes se consideraban simples omisiones civiles, de este modo: "El padre sentenciado a servir una pensión alimenticia y que pudiendo no la cumpla durante tres meses, será condenado a pagar una multa de diez pesos a trescientos pesos, o a sufrir prisión de un mes a un año" (Artículo 78). El artículo 79 fijó el procedimiento para la efectividad de la anterior previsión, cuyas exigencias pueden separarse así para el examen:

a) Preexistencia del fallo impositivo, dictado por el Juez de Menores, que también podía señalar las mesadas provisionalmente, o por el Juez Civil, competente para decidir en definitiva (artículos 47 y 83);

b) Capacidad económica para cumplir las obligaciones declaradas en la sentencia. Como contrapartida, el obligado insolvente no es sujeto de atribuciones penales;

c) Término de tres meses para satisfa-

cer el compromiso, al cabo de los cuales nace la mora, que califica el Juez de Menores para aplicar cualquiera de las dos sanciones, a su arbitrio: la pecuniaria o la privativa de la libertad.

Pero las condiciones principales del precepto se refieren al sujeto activo, que no puede ser sino el padre legítimo o natural; al sujeto pasivo, que sólo es el hijo por conducto de su representante legal, ordinariamente la madre; y a la naturaleza del abandono, material únicamente, ya que se circunscribe al no pago de las pensiones alimenticias. El artículo 78 no reza con otra clase de vínculos para concretar la imputación punible, ni con otra clase de desatenciones como formas de acción, al estilo de las descritas en sus artículos 42 y 43 con el nombre de "abandono moral", concepto que expresamente acoge la Ley 75 de 1968, como se verá adelante.

La ley reconoció con más firmeza que el Código Civil el derecho de los descendientes a la instrucción, al perfeccionamiento moral y al bienestar, pero sólo alzó las amenazas penales sobre el padre que, pudiéndolo, no entregara los medios necesarios para el desarrollo corporal, mediante el pago de las cuotas alimenticias. Esta restricción en cuanto a la naturaleza de las obligaciones, unida a la exigencia del fallo civil, bien pronto evidenciaron la inoperancia práctica de las garantías represoras en favor del niño y del adolescente. Precisamente debido a ello, trataron de superarse las previsiones de la Ley 83 a través de sucesivos proyectos fracasados en el Congreso, hasta que se impuso la Ley 75 de 1968 con motivaciones más radicales, bajo el poderoso estímulo del Ejecutivo y, particularmente, con el clamor ciudadano para combatir la progresiva irresponsabilidad que pervierte la vida de familia, destruye la organización de ésta y oscurece sus fines creando preocupaciones masivas de incalculable efecto político-social.

2 - La Ley 75 de 1968

Sobrepasando los límites de la Ley 83 de 1946, la nueva formulación no se refie-

re exclusivamente a los menores para instituir medidas de tutela, sino a todos los parientes necesitados, en los distintos órdenes que establecen las normas civiles; y no obliga exclusivamente a los padres, sino a todos los que, de acuerdo con el parentesco, deben prestarles asistencia física y moral; no circunscribe sus proyecciones a la esfera judicial, sino que las descarga abiertamente sobre la estructura social por medio de un organismo encargado del bienestar de la familia, con funciones que van desde la coordinación de algunos establecimientos oficiales hasta la fundación de centros planificadores de nuevas relaciones parentales. En otros términos, la Ley 75 se dictó buscando corregir la crisis económica y moral de la familia, y no sólo las situaciones de abandono real o potencial del niño y el adolescente. Es, por eso mismo, un estatuto de significación política, que lleva la acción del Estado hasta puntos que no previó la Ley 83 de 1946.

La amplitud de los nuevos ordenamientos en cuanto concierne a filiación, investigación de la paternidad, efectos del estado civil, de la guarda y adopción, así como del funcionalismo del Instituto de Bienestar Familiar, se corresponde exactamente con la amplitud de las disposiciones penales, que también sobrepasan en mucho las establecidas en los artículos 78 y 79 de la Ley 83 de 1946. El texto constitutivo de la ilicitud, dice:

“Artículo 40.- Quien se sustraiga, sin justa causa, a las obligaciones legales de asistencia moral o alimentaria debidas a sus ascendientes, descendientes, hermanos e hijos adoptivos, o al cónyuge, aún el divorciado sin su culpa o que no haya incurrido en adulterio, estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de arresto y multa de mil pesos a cincuenta mil pesos.

“Parágrafo.- La acción penal sólo recaerá sobre el pariente inmediatamente obligado, cuando no se trate de ascendencia o descendencia legítima”.

La parte complementaria de este artículo, así como los siguientes, consagran des-

cripciones y formas de procedimiento cuya transcripción no es necesaria para la dilucidación que ahora realiza la Corte.

La generalidad de la norma es manifiesta en cuanto a la condición del sujeto activo, en cuanto al sujeto pasivo, en cuanto al bien objeto de tutela y en cuanto a la naturaleza misma de la acción. Examinando estas nociones en el orden lógico y jurídico, se tiene:

Primero: El bien objeto de tutela.- Aunque el ilícito se haya incluido en el Título 14 del Código Penal, la descripción típica surgió como parte de la defensa de la familia, y no sólo como parte de la defensa de uno de sus miembros. Y ejerce la misión tutelar, no a nombre de este u otro individuo, sino del grupo que el Estado, como regulador de los conflictos sociales, defiende con esmero. Expresamente se dejó constancia de esta inspiración en la exposición de motivos con que el Gobierno presentó el proyecto, en las discusiones de los comités operativos previos, en las ponencias y deliberaciones del Congreso y en la presentación de la ley, una vez sancionada. La guarda se extiende al **derecho de familia**, que cada vez se vincula más a las instituciones políticas estatales, por contraste con el **derecho patrimonial**, cuyo eje de gravitación es el derecho privado. El derecho de familia regula la organización de esta célula, base irremplazable de la organización colectiva, cualquiera que fuere el sistema bajo el cual viven los pueblos, y de allí el que su desenvolvimiento interese a todos los grupos y clases, por encima de las clásicas prerrogativas individuales y el que sea imperativo, intransferible e irrenunciable; contrariamente a las regulaciones patrimoniales del Código Civil, que sí autorizan su negociación a cualquier título y que se extinguen en los casos y bajo las condiciones previstas en él. Cualquiera que sea la ubicación de las normas contentivas del derecho de familia, su significado es inequívoco como ingrediente de un interés nacional que prevalece inclusive sobre el que induce a preservar con una pena la economía, la pulcritud de la administración o la legitimidad de la moneda. La Ley

74 de 1968, que aprobó los Pactos Internacionales sobre derechos sociales suscritos por las Naciones Unidas en Nueva York, incorporó este principio trascendental: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

Segundo: La calidad del agente.- El artículo 40 de la Ley 75 de 1968 no admite la culpabilidad exclusiva del padre por obligaciones judicialmente declaradas en favor del hijo menor, como lo hace la Ley 83 de 1946, pues la universaliza sobre los ascendientes (padres, naturales o legítimos, en armonía con los artículos 411 del Código Civil, y numeral sexto y 25 de la Ley 45 de 1936; abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, en línea legítima; padres adoptantes, según el numeral octavo del citado artículo del Código Civil y la Ley 140 de 1960); descendientes (hijos, nietos, bisnietos, tataranietos; los hijos naturales y su posteridad legítima, de acuerdo con el numeral quinto del texto civil citado y el artículo 25 de la Ley 45 de 1936); hermanos legítimos (numeral noveno, artículo 411 C. C.); hijos adoptivos y cónyuges.

Tercero: Calidad de la persona afectada por la inasistencia.- Los que pueden sufrir el efecto de la conducta ilícita son los mismos sujetos antes mencionados, a saber: ascendientes, descendientes, hermanos legítimos en exclusiva relación con sus hermanos, los hijos adoptivos en relación con los padres adoptantes y, recíprocamente, el marido y la mujer, comprendiendo por igual aún al cónyuge divorciado sin su culpa, o sea, al cónyuge inocente a que se refiere el artículo 164 del Código Civil. El adúltero no es acreedor de asistencia.

Cuarto.- Naturaleza de la acción.- No exige la ley el fallo previo de alimentos proferido por el Juez de Menores o el Juez Civil, ni la sola capacidad económica para cumplir, ni el término de tres meses para computar la mora, como lo hace el artículo 78 de la Ley 83 de 1946, según lo visto. La acción es de más amplios contornos y de naturaleza más sustancial, porque:

a) No se parcializa en la asistencia ma-

terial, concretada en los alimentos, sino que se extiende también a la voluntaria falta de otras prestaciones también materiales (vivienda, vestido, gastos médicos, quirúrgicos y hospitalarios, alfabetización y aprendizaje de medios de trabajo), y, especialmente, a la carencia de amparo moral; y hay inasistencia por este aspecto cuando las personas obligadas a prestarla no acuden en situaciones de angustia, ni proveen a la cultura, ni cuidan la prole, según el párrafo tercero del artículo 40 de la Ley 75 de 1968; pero también ocurre el abandono moral en los casos que enumeran los artículos 42 y 43 de la Ley 83 de 1946, o sea: cuando el padre o guardador incitan a actos perjudiciales para la moralidad del menor (ahora de dieciséis años), o éste permanece en vagancia o mendicidad, o frecuenta gente viciosa o de mal vivir, o habita lugares destinados al vicio, o se mantiene en la calle o en parajes públicos por razón de sus menesteres laborales; o cuando recibe malos ejemplos;

b) Las obligaciones violadas deben emanar de la ley, aunque no se haya dictado sentencia que puntualice su observancia. El artículo 411 del Código Civil señala a los destinatarios del deber de asistencia, pero para estos efectos es preciso excluir a quienes menciona el numeral décimo de este precepto. En otros términos, se consuma la infracción cuando el obligado omite el cumplimiento de las obligaciones provenientes del parentesco en los grados y condiciones determinados en la norma civil, esto es, cuando se ha sustraído a los deberes que le corresponden en los aspectos materiales y morales enunciados;

c) La sustracción del deber de asistencia no sólo se justifica en el caso de incapacidad económica a que se refiere la Ley 83 de 1946, sino cuando existe cualquier otra situación de las comprendidas en el concepto de "causa justa". Hay causa justa, pues, cuando por mandato legal se extingue la obligación (artículos 414, 422 y 424 del Código Civil, o cuando otra persona está inmediatamente obligada, o cuando el favorecido adquiere solvencia, entre otros casos.

Tercero.- Insubsistencia de los artículos 78 y 79 de la Ley 83 de 1946.

Si, como queda expresado, las disposiciones penales de la Ley 75 de 1968, refrendan una doctrina jurídica más amplia y profunda que la protectora de los intereses meramente individuales, como es el derecho de familia; si el artículo 40 de ese estatuto amplió las calidades de sujeto activo y sujeto pasivo de la infracción; si amplió igualmente la causa de la represión para comprender en ella el abandono físico y el abandono cultural y moral; si exceptúa de atribución punible al agente que omite el cumplimiento de sus deberes familiares cuando concurriere justa causa; y si la misma ley contiene previsiones complementarias para hacerla más operante, sin que la sanción perjudique el desarrollo de las relaciones parentales, o que las afecte en proporción inferior, es claro que se presenta un caso de insubsistencia de las normas penales anteriores incluidas en la Ley 83 de 1946, porque aquélla ha regulado íntegramente la materia represora para las situaciones a que ambos cuerpos legislativos se contraen; caso previsto en el artículo 3º de la Ley 153 de 1887. En consecuencia, los artículos 78 y 79 de la Ley 83 de 1946, quedaron subsumidos en la previsión posterior, y sería injurídico reconocerles vigencia parcial en las condiciones del artículo 72 del Código Civil.

La insubsistencia de las disposiciones citadas de la Ley 83 de 1946, fué concretamente aliviada en la ponencia para primer debate en la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes. Hablando de las medidas penales, dijo el autor:

“Como se dejó dicho atrás, en la legislación actual existen disposiciones sobre esta materia (artículo 78 de la Ley 86 de 1943 y artículo 27 del Decreto 1.699 de 1964). La primera de ellas consagraba el sistema indirecto, o sea el que exige tener en cuenta el principio de la prejudicialidad de la acción civil consagrada en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal. Del mismo texto se desprende este he-

cho: ‘El padre **sentenciado** a servir una pensión alimenticia...’. De manera que se determinaba un doble procedimiento: previamente una condena civil, y con base en ésta una acción penal para sancionar al incumplidor. El segundo sistema lo elimina como quiera que se castiga únicamente a quien deja sin asistencia económica, con referencia más bien a obligaciones derivadas de normas naturales o morales” (Anales del Congreso, 21 de noviembre de 1968).

El **segundo sistema**, destinado a eliminar el establecido en los artículos 78 de la Ley 83 de 1946 y 27 del Decreto 1.699 de 1964, es el del proyecto a que se refiere el ponente, proyecto que se convirtió en la Ley 75 de 1968. Ninguna persona rectificó esta apreciación, que, como es fácil entenderlo, fué una de las bases más firmes para el análisis parlamentario.

Cuarto.- La situación del funcionario acusado.-

Si del nuevo estatuto se desprende la insubsistencia de los artículos 78 y 79 de la Ley 83 de 1946, es obvio concluir, por el aspecto enteramente objetivo del problema, que el juez acusado aplicó una norma sustituida y no tenía competencia para dar ese paso, toda vez que de los procesos que se abran de conformidad con el artículo 40 de la Ley 75 de 1968, conocen los jueces municipales, de conformidad con los artículos 47 de la misma Ley y 17 del Decreto 398 de 1969, reglamentario de aquélla. Por lo mismo, de atenerse a la pura objetividad de los hechos, habría que decidir en la forma en que lo planteó el Ministerio Público en el Tribunal Superior de Medellín y en el de que trata el salvamento de voto, contrariando la resolución que se revisa.

Pero de autos aparece ostensiblemente el comportamiento del funcionario inculpa-do, quien, con argumentos no del todo desestimables, explicó por qué dió aplicación a la Ley 83 de 1946, estatuto que consideró vigente en sus disposiciones represoras y que convenía a un caso clamoroso de administración de justicia frente a un infrac-

tor renuente de sus compromisos familiares. Todo el juicio de alimentos demuestra la buena fe del juez denunciado y el agotamiento de fórmulas para que Obdulio Agudelo Suárez cumpliera los deberes declarados a su cargo.

Tan delicado era resolver el punto de derecho, que se han presentado sobre el mismo apreciaciones contrarias: de un lado, la mayoría de la Sala Penal del Tribunal de Medellín, estima que los artículos 78 y 79 de la Ley 83 están vigentes; de otro, el Magistrado que salvó el voto hace pronunciamientos distintos; y, finalmente la Procuraduría da razones concordantes con las del Tribunal. Tratábase de una apreciación propicia para el error, y no hay duda de que éste concurrió en la decisión del juez de menores acusado. El proceso no destaca una actividad delictiva, sino la más completa buena fe como observa la Procuraduría, corroborada por la forma ordenada y abierta con que se llevó a cabo el juicio de alimentos, se hicieron los requerimientos al demandado y se le aplicó la norma de acuerdo con el sistema adoptado por el juez desde el comienzo de la acción. No existe ningún dato sobre el aspecto moral de las infracciones denunciadas y de allí el que deba acogerse el último planteamiento de la Procuraduría para confirmar la providencia recurrida, toda vez que se da el caso de inculpabilidad descrito en el numeral 2º del artículo 23 del Código Penal, o sea el error esencial de derecho, no proveniente de negligencia y acompañado de buena fe. Sobre esta base se habrá de confirmar el auto recurrido.

Finalmente, hay que tener en cuenta que

la acusación se fundó no en la incompetencia de jurisdicción, sino en el hecho de haber aplicado a Agudelo Suárez el máximo de la pena señalada en el artículo 78 de la Ley 83 de 1946. Es éste un derecho que asiste a los funcionarios judiciales y que el juez sindicado explica satisfactoriamente. Sobre el particular, el Tribunal afirma:

“El considerar que la pena impuesta en el caso de estudio, fué exclusiva, es simplemente una valoración subjetiva, fundada en la muy personal apreciación de que, aunque se haya violado la ley, todo el peso y su rigor no debe caer sobre sujeto pasivo, sino que especiales motivos deben ser considerados por el funcionario para que proceda a la exención de responsabilidad, a la justificación del hecho, o a aceptar atenuantes en la conducta”.

DECISION

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia de que se ha hecho mérito en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

José Evencio Posada V., Secretario.

COMPETENCIA

Se ratifica la doctrina de la Corte de 30 de octubre de 1970, en el sentido de que la Justicia Castrense conoce de los delitos previstos en el Código Penal ordinario, cometidos en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior por militares en servicio activo o por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, aunque la normalidad sea restablecida mientras se adelanta el proceso correspondiente.

Corte Suprema de Justicia — Sala Penal.—
Bogotá, D. E., noviembre cuatro de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta N° 44).

VISTOS:

Procede la Corte a dirimir de plano la colisión negativa de competencias planteada entre el Tribunal Superior Militar y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales con respecto al conocimiento —en segunda instancia— de este proceso, en el que se sindicó al Sargento del ejército en uso de buen retiro GONZALO ERAZO DORADO por el delito de concusión, cometido en el mes de septiembre de 1961, en Chinchiná (Caldas), cuando desempeñaba las funciones de Adjunto 5° Comandante de la Circunscripción Militar del Distrito N° 32.

Los hechos que se imputan a Erazo Dorado son los de haber exigido indebidamente dineros a los particulares Jorge Eliécer López y Luis Alfonso Ocampo, para fines relacionados con libretas militares.

La investigación fue iniciada el 20 de octubre de 1961, por el Juzgado 23 de Instrucción Penal Militar, comisionado al efecto por el Comando del Batallón de Infantería N° 11 "Ayacucho".

Por Resolución N° 008 de 14 de febrero de 1966 el Comandante del Ejército orde-

nó convocar en la Guarnición de Bogotá, un Consejo de Guerra Verbal "para que por los trámites propios de esta clase de juicios, juzgue al ex-Adjunto 5° al servicio de las Fuerzas Militares, Gonzalo Erazo Dorado, de anotaciones civiles conocidas en el expediente, por el delito de concusión de que trata el Capítulo II, Título 3° del Libro Segundo del Código Penal común" (fl. 48).

El 15 de los mismos mes y año se reunió el Consejo de Guerra Verbal, con el expresado fin, y por unanimidad declaró responsable al acusado del delito a él atribuido.

Con fundamento en el veredicto, la Presidencia del Consejo de Guerra dictó, con fecha 18 de febrero de 1966, sentencia condenatoria, en la que impuso al procesado Erazo Dorado la pena principal de treinta y seis meses de prisión y las sanciones accesorias de rigor (fls. 69 a 75).

El proceso fue remitido oportunamente en consulta al Tribunal Superior Militar (fl. 78), Corporación que ordenó el trámite propio de la segunda instancia mediante auto de 26 de marzo de 1966 (fl. 79).

Los traslados a las partes se cumplieron con grande e inexplicable demora, y cuando el negocio estaba para recibir el fallo de segundo grado, el Tribunal Militar resolvió, por auto de 17 de julio de 1970, "abstenerse de conocer de este proceso y ordenar su remisión al Honorable Tribunal Superior de Manizales", provocándole colisión de competencia negativa, fundamentando la decisión en las siguientes consideraciones:

"Los hechos que se investigaron tuvieron su ocurrencia en el municipio de Chinchiná y de ellos conoció la Justicia Penal Militar por considerar que era competente toda vez que el sindicado era un particular al servicio de las Fuerzas Militares.

"En relación con este tema de la competencia la Justicia Castrense conoció de algunos delitos por el hecho de encontrarse el país en estado de sitio, pero esta tesis ha variado y la H. Corte Suprema de Justicia en repetidas oportunidades ha enseñado que al regresar el país a la normalidad institucional pierde inmediatamente el poder de juzgar esos delitos y entonces la dicha competencia se radica en cabeza de los jueces ordinarios.

"Es de advertir que el delito de concusión de que trata este proceso no está contemplado en el Código de Justicia Penal Militar sino en el Código Penal común y por lo tanto al tenor del Numeral 1º del Artículo 308 del Estatuto Penal Castrense esta jurisdicción carece de la debida competencia para ocuparse de él" (fls. 86 y 87).

El Tribunal Superior de Manizales contestó en auto de 17 de septiembre último, negándose a conocer del asunto, por considerar que el competente es el Tribunal Superior Militar, y disponiendo el envío del proceso a la Corte para la solución del conflicto surgido. Expone como razón jurídica de su renuencia la de que el Departamento de Caldas, lugar donde se cometió el delito, se hallaba en estado de sitio a la época de los hechos (septiembre de 1961) por virtud de los Decretos números 03518 de 1949 y 01 de 1959, y como el procesado era en ese entonces un civil al servicio de las Fuerzas Armadas, su juzgamiento concierne a la justicia castrense, con arreglo a lo previsto en el ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar.

Se considera:

I - El artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar establece una excepción a la norma general de que de los delitos contemplados en el Código Penal común,

cometidos aún por militares, conoce la justicia penal ordinaria, cuando prescribe:

"La jurisdicción penal militar conoce:

"1º

"2º De los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior".

II - Sobre el alcance de la disposición citada la Corporación no ha elaborado una doctrina jurisprudencial uniforme. En orden cronológico y en relación con el ordinal 2º del artículo 308 del C. de J. P. M., esta Sala ha expuesto, en providencias que no es preciso señalar, estos criterios:

a) - Que la justicia penal militar conoce de los delitos de ley penal común cometidos en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior, por militares en servicio activo o por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas. Vale decir, que la competencia de los tribunales castrenses se determina por la calidad del agente de la infracción (militar en servicio activo o civil al servicio de las Fuerzas Armadas) y por la circunstancia de hallarse el país en alguna de las situaciones de anormalidad contempladas en la norma al momento de la comisión del ilícito.

b) - Que "es presupuesto del fuero allí consagrado el que el país se encuentre en una de las hipótesis de anormalidad institucional señaladas en la disposición al tiempo del ejercicio de la jurisdicción. En otras palabras, la justicia castrense conoce sólo "en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior" de delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas. O sea que el fuero en tal caso se determina al momento del juzgamiento y por la circunstancia de hallarse el país bajo el régimen excepcional de la legalidad marcial, y no atendiendo a que el hecho delictuoso se hubiera realizado en época de anormalidad". Y,

c) - Que para que la jurisdicción penal militar pueda conocer de infracciones penales ordinarias o comunes se requieren dos exigencias o condiciones, aparte la referente a la calidad del sujeto activo; que el hecho delictuoso se cometa en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior, y que la situación de anormalidad subsista en el curso del juzgamiento del procesado.

III - Las frecuentes alteraciones del orden público y los numerosos decretos que a partir del 9 de noviembre de 1949 ha dictado el Gobierno, declarándolo turbado, unas veces, y restableciéndolo, en otras tantas, han suscitado numerosos conflictos entre la jurisdicción penal ordinaria y la militar, respecto a delitos cometidos por militares en servicio o por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas en época lejana y aún no juzgados, conflictos que no tienen fácil solución con la más reciente interpretación que la Corte hizo del ordinal 2º del artículo 308 del C. de J. P. M. Por esa razón y animada del deseo de acertar en la precisión del alcance de dicha norma, la Sala acudió a la Academia Colombiana de la Lengua en solicitud de su opinión acerca de la verdadera interpretación gramatical de aquel precepto, la respetable entidad, por conducto de la Comisión de Lexicografía, con ponencia del Académico Mario Alario Di Filippo, dió el concepto que pasa a transcribirse:

"El verbo es —dice la Real Academia Española de la Lengua— la palabra que por su propia naturaleza exige y admite más complementos que ninguna otra parte de la oración. Las palabras que pueden desempeñar el oficio de complemento del verbo, son:

"a) Un adjetivo, como predicado de complemento o usado como adverbio, o substantivado.

"b) Un adverbio o modo adverbial.

"c) Un nombre o pronombre, con preposición o sin ella.

"d) Otro verbo en infinitivo o en gerundio, con preposición o sin ella.

"e) Una oración entera.

"La relación sintáctica de los complementos, que los gramáticos llaman también **relación objetiva**, sirve para complementar el verbo (predicado verbal) o para determinarlo o precisarlo. A este propósito, se considera objeto en sentido lato todo lo que se pone, por decirlo así, frente al predicado (**obiectum est**) con el mencionado fin de completarlo o precisarlo. Las relaciones objetivas que guarda el objeto con el predicado se nos aparecen como causales, especiales, temporales, o modales. El objeto completa la noción del predicado cuando éste lo exige para su total comprensión; y lo determina cuando, no siendo absolutamente necesario, sirve para denotar el lugar, el tiempo, la causa, el modo, el instrumento, etc. Se denomina tradicionalmente **objetos y complementos directos o indirectos** a los que completan el verbo, pero no a los que determinan, a los cuales sólo aplicamos la denominación de **complementos circunstanciales**.

"Llámase, pues, **complemento circunstancial** al vocablo, modo adverbial o frase que determina o modifica la significación del verbo, denotando una circunstancia de lugar, tiempo, modo, materia, contenido, etc.

"En cuanto a la colocación de los complementos verbales, es preciso decir que en la sintaxis regular ellos deben colocarse después del verbo, en este orden: primero el directo, luego el indirecto y después el circunstancial. Pero nuestra lengua, sin tener la facilidad hiperbática de la latina, donde el carácter de los complementos se halla indicado por las desinencias casuales, no sigue rigurosamente tal orden, ni se sujeta a las trabas sintácticas de otros idiomas. En castellano, sin más norma que la perspicuidad de la expresión y la evitación de anfibologías, hay libertad casi absoluta, en la sintaxis figurada, para la colocación de los complementos. Tal libertad se ejerce, pues, en el sentido de que el complemento verbal puede preceder o se-

guir al verbo que modifica de manera más o menos inmediata, de suerte que no se interponga entre ellos otro verbo que destruya o enerve su relación sintáctica u objetiva, engendrando oscuridad o ambigüedad en el sentido. Por ejemplo, lo mismo da decir "ayer la ví" que "la ví ayer". Mas hay casos en que se juntan dos verbos, uno como complemento de otro, y entonces debe evitarse toda anfibología, colocando el complemento junto al verbo que modifica y apartándolo del otro. Es fácil apreciar la diferencia entre "hoy quedó en venir" y "quedó en venir hoy". En el primer caso, que también puede construirse "quedó hoy en venir", expresamos que el día del compromiso es hoy, aunque el cumplimiento puede ser mañana o cualquier otro día; y en el segundo decimos que el día del cumplimiento es hoy, aunque el compromiso pudo contraerse ayer u otro día anterior. Lo propio acontece con "mañana te diré si me caso" y "te diré si me caso mañana". Otros ejemplos pueden proponerse, así: "Desde la calle ví a Pedro que enamoraba a Rosa" y "Ví a Pedro que enamoraba a Rosa desde la calle". En el primer caso, el complemento circunstancial de lugar "desde la calle" determina la significación de la inflexión verbal "ví", mientras que en el segundo, determina la significación de la inflexión verbal "enamoraba".

"El artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar dice: "La Jurisdicción Penal Militar conoce: 1º; 2º De los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior..."

"Se puede sustituir el participio cometidos por una oración de relativo y entonces el citado artículo 308 quedaría así: "La Jurisdicción Penal militar conoce de los delitos que se cometan por militares..."; donde el que representa a un sujeto paciente, que corresponde a la significación transitiva del verbo cometer. "En tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior" son comple-

mentos circunstanciales que determinan la significación del predicado verbal "se cometan" (cometidos), denotando una circunstancia de tiempo. Se patentiza así la relación sintáctica u objetiva de carácter temporal que guarda el verbo "se cometan" y los dichos complementos, que es imposible gramaticalmente que determinen la inflexión verbal *comoce*, porque, como se ha dicho, en la sintaxis figurada hay libertad casi absoluta para la colocación de los complementos verbales, pero no hasta el extremo de que pueda destruirse o enervarse la relación sintáctica entre éstos y el verbo que modifican con la interposición de otros verbos que oscurezcan el sentido de la oración.

"En conclusión, conforme al artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar la Jurisdicción Penal Militar conoce de los delitos establecidos en las leyes penales comunes y cometidos en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior, por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas".

IV - La Sala acoge el razonado estudio de los académicos de la Lengua, y recoge en consecuencia la interpretación diferente que, por el aspecto gramatical, había dado al ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, entre otros autos, en los de 14 de febrero y 22 de agosto de 1969 y 11 de septiembre de 1970. De conformidad con aquel concepto de autoridad, que la Corte adopta sin ninguna reserva, compete a la justicia castrense el conocimiento de los delitos previstos en el Código Penal ordinario y en las leyes que lo adicionan cometidos en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior por militares en servicio activo o por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, aunque la normalidad sea restablecida mientras se adelanta el proceso correspondiente.

Aquella exégesis de la norma es también, dicho sea, la que mejor se aviene con la institución jurídica de los fueros, que por regla general actúan en razón de circuns-

tancias concurrentes al momento de la comisión de la infracción y determinan de modo inequívoco e invariable la competencia para el juzgamiento, no obstante que con posterioridad a la fecha de ejecución del delito se pierda la calidad oficial del agente o desaparezca el factor especial determinante del fuero.

V - Está demostrado que Gonzalo Erazo Dorado era, cuando cometió el delito de concusión que se le imputa en este proceso, un civil al servicio de las Fuerzas Armadas, como Adjunto de la Circunscripción Militar del Distrito N° 32, y que a la época de los hechos (septiembre de 1961) el Departamento de Caldas, en cuya jurisdicción territorial se consumó la infracción, se hallaba en estado de sitio, por virtud de los decretos números 3.518 de 1949 y 01 de 1959. Por tales motivos, el conocimiento del proceso concierne a la justicia castrense, a tenor de lo preceptuado en el ordinal 2° del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar.

DECISION:

En mérito de 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 aquí planteada, en el sentido de declarar que el competente para conocer de este proceso, en segunda instancia, es el Tribunal Superior Militar, al que será remitido, dando previo aviso de lo resuelto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Copiése, notifíquese y cúmplase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

DEL DELITO DE INTERVENCION EN POLITICA DE LOS FUNCIONARIOS O EMPLEADOS PUBLICOS

El artículo 180 del Código Penal describe una infracción general, cuyo sujeto puede estar en la carrera judicial, administrativa o militar, o ser un funcionario de libre nombramiento y remoción, y los artículos 178 de la Constitución y 6º del Plebiscito no dejaron sin vigencia el artículo 180 del C. P., pues estas son normas que definen una causal específica de mala conducta respecto de funcionarios de carrera oficial-judicial o administrativa, cuyo efecto es o puede ser la pérdida del empleo del empleo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, seis de noviembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta N° 45).

VISTOS:

Con oficio N° 10578 de 3 de julio de 1969, el Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa, doctor Santiago Iriarte Rocha, envió a esta Sala de la Corte la información recogida por su despacho sobre supuesta intervención en política del doctor Lucio Pabón Núñez cuando éste desempeñaba el cargo de Embajador de Colombia en la Argentina, manifestando que al retirarse el mencionado profesional del servicio oficial se extinguió la acción administrativa disciplinaria que pudiera corresponderle, pero que era posible que dicho ciudadano hubiera infringido el artículo 180 del Código Penal, pues “por medio de exposiciones recibidas a los doctores Carlos Obando Velasco, Mario Laserna y Augusto Ramírez Ocampo, miembros del Directorio Nacional Conservador, se estableció que el doctor Lucio Pabón Núñez concurrió el día 19 de febrero pasado a la reunión del Directorio en la que, entre otras cosas, se eligió como Presidente al doctor Evaristo Sourdís” (fls. 15 y 16).

Fundada en ese antecedente la Corte, en

ejercicio de la competencia que le dan la Constitución y la ley para juzgar a los Agentes Diplomáticos de la Nación por delitos relacionados con el cargo, ordenó en auto de 21 del mismo mes abrir investigación penal, en orden a establecer si el doctor Lucio Pabón Núñez había incurrido en alguna infracción, y decretó la práctica de pruebas tendientes al descubrimiento de la verdad (fls. 17 y 18).

Perfeccionada la instrucción, se declaró ésta cerrada por auto de 4 de septiembre último, y en la misma providencia se dispuso que el proceso permaneciera en la Secretaría por cinco días, para que las partes presentaran sus alegatos, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 3º del Decreto 1358 de 1964 (fl. 330).

El Procurador Primero Delegado en lo Penal emitió oportunamente su concepto, en el que pide que se dicte un sobreseimiento temporal y se reabra la investigación, a fin de que se practiquen algunas pruebas. Solicita que previo el sobreseimiento provisional, se reciba declaración juramentada acerca de los hechos materia del proceso a los doctores Carlos Obando y J. Emilio Valderrama; se oiga nuevamente en declaración al doctor Antonio Moreno Rocha y a la señorita Ana Lilia Bojacá Espinosa; se llame a declarar al Jefe del Departamento de Fotografía de El Tiempo y al Jefe del Departamento de fotograbados de El Espectador, sobre las fotografías que aparecen en los ejemplares de esos periódicos a los folios 320 y 325; se practiquen

careos entre el doctor Antonio Moreno Rocha y los doctores Augusto Ramírez Ocampo y Carlos Obando y, finalmente, que se realicen careos entre el doctor Mario Laserna, de una parte, y doña Bertha Hernández de Ospina Pérez y el doctor Domingo Sarasty, de la otra (fls. 387 a 409).

El apoderado judicial del doctor Pabón Núñez, doctor Esteban Bendeck Olivella, en escrito presentado igualmente en tiempo, demanda para su representado un sobreseimiento de carácter definitivo, alegando que éste no ha cometido ningún delito. Sustenta la pretensión, argumentando:

1º. Que el artículo 70 del Acto Legislativo número 1 de 1945, correspondiente al artículo 178 de la actual versión de la Constitución, dejó sin vigencia el artículo 180 del Código Penal, que contemplaba la infracción que se ha pretendido atribuir al doctor Pabón Núñez; que esta norma penal resulta contraria a la ley suprema, porque ésta solo prohíbe, en el precepto citado, la intervención en política a los empleados del orden judicial y del Ministerio Público; que dicha prohibición se hizo extensiva por el artículo 6º del plesbiscito de 1957 a los empleados y funcionarios públicos de la carrera administrativa; que la ordenación constitucional dejó por fuera de sanción, por intervención en política partidista, a los demás empleados públicos; que el artículo 180 del Código Penal “es inconstitucional, entre otras, por las siguientes razones: porque va más allá en su precepto que el estructurado en la ley de leyes en el artículo 178; y, porque, además, en su sanción, resulta más drástico que la contemplada en el canon constitucional”, que sólo prevé como causal de mala conducta, sancionada con pérdida del empleo la desobediencia a su mandato; que como hay oposición entre el artículo 180 del estatuto represor y el 178 de la Carta, priva éste, conforme al artículo 215 de la misma.

En síntesis, se alega en este primer argumento de la defensa que el hecho que se imputa al doctor Lucio Pabón Núñez no es constitutivo de delito y que el procesa-

miento del inculpado en base al artículo 180 de la ley penal resulta lesivo del principio “Nullum crimen, nulla poena sine lege penale”.

2º. Que el artículo 180 del Código Penal, en el supuesto de que esté vigente, porque se estima contrario a la Constitución Política, no es aplicable a los Embajadores, pues éstos no ejercen jurisdicción y mando de ninguna clase, circunstancia ésta que es requisito subyacente de aquella disposición.

3º. Que de los testimonios de los doctores Mariano Ospina Pérez, Augusto Ramírez Ocampo, Antonio Moreno Rocha, Mario Laserna, Domingo Sarasty y Silvano Alvarado y de la Senadora Bertha Hernández de Ospina Pérez, como también de las declaraciones de los periodistas que fueron llamados a deponer al proceso —pruebas que transcribe en lo pertinente— se infiere que el doctor Lucio Pabón Núñez no asistió, como él lo ha afirmado, a la sesión formal del Directorio Nacional Conservador en la que se eligió como Presidente de la entidad al doctor Evaristo Sourdís, ni a ninguna otra reunión oficial de esa Directiva mientras conservó la investidura de Embajador de Colombia en la Argentina. Vale decir, que está comprobado que no se realizó el hecho que dio lugar a la investigación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera.—El sumario debe recibir ya una calificación jurídica de fondo sobre su mérito, pues la investigación ha sido ampliada varias veces, de oficio y a petición de las partes, y puede estimarse completa, como que todas las personas que de manera directa pudieron tener conocimiento del hecho averiguado han depuesto en el proceso, algunas de ellas por más de una vez, y se han practicado las demás pruebas que se consideraron conducentes.

Acerca de los elementos de juicio que la Procuraduría Delegada echa de menos y para cuyo aporte demanda la reapertura de la instrucción, observa la Sala:

a) Los doctores Carlos Obando y J. Emilio Valderrama, según toda la información recogida, no estuvieron presentes en la reunión del Directorio Nacional Conservador en la que se supone intervino el doctor Lucio Pabón Núñez cuando era Embajador en la Argentina, y si quienes pudieron enterar a aquéllos de lo ocurrido en ese acto rindieron su testimonio en los autos, no se ve objeto en interrogar a los doctores Obando y Valderrama.

b) Los deponentes Antonio Moreno Rocha y Ana Lilia Bojacá fueron suficientemente explícitos en sus declaraciones, y no encuentra la Corte la conveniencia o necesidad de oírlos nuevamente.

c) La fotografía que publican los periódicos El Tiempo y El Espectador (fls. 325 y 320, en orden) es sustancialmente la misma que publica el periódico La República (fl. 182) y acerca de ella existen en el expediente versiones que permiten formar juicio sobre su significación probatoria. Por ello no se considera indispensable llamar a declarar a los Jefes de los Departamentos de Fotografía de El Tiempo y Fotografado de El Espectador.

c) La exposición del doctor Carlos Obando Velasco en la actuación administrativa adelantada por la Procuraduría, según la cual fue enterado de que el doctor Lucio Pabón Núñez asistió al Directorio Nacional Conservador, como miembro de la Corporación, y tomó parte en la reunión de que trata el proceso (fls. 75 a 78), no puede tomarse en cuenta, como elemento probatorio, por haber sido rendida sin las formalidades exigidas para la validez del testimonio, entre ellas el juramento. Por lo demás, el doctor Obando declaró por simples referencias que tuvo y por informaciones de prensa. En consecuencia, no es procedente la confrontación personal o careo de aquél con los doctores Antonio Moreno Rocha y Augusto Ramírez Ocampo.

e) Los careos del doctor Mario Laserna con doña Bertha Hernández de Ospina y el doctor Domingo Sarasty son legalmente impracticables, en razón del fuero que para

declarar tienen los últimamente mencionados por su carácter de congresistas (art. 232 del C. de P. P.). Además, el primero de los nombrados se retractó en cierta forma de su primitiva versión, en la que afirmó la presencia del doctor Pabón Núñez en la acotada reunión del Directorio Nacional Conservador, por lo cual no puede decirse que subsista la contradicción sobre la cual versarían las diligencias de careo, según la petición del Agente del Ministerio Público.

Segunda.- No es acogible la excepción de inconstitucionalidad que, con respecto al artículo 180 del Código Penal, plantea el señor apoderado del inculcado, para que se declare que el hecho a éste atribuido perdió su carácter delictuoso, pues en criterio de la Sala aquella norma no pugna con el artículo 70 del Acto Legislativo N° 1 de 1945 (art. 178 de la C. N.), ni con el artículo 8° del Plebiscito de 1957, ni con ningún otro precepto de la ley suprema, como lo sostiene el representante judicial del doctor Pabón Núñez, por las siguientes razones:

Los derechos políticos comprenden las facultades de elegir y ser elegido, reunirse o congregarse, pertenecer a un partido, ser miembro de sus directivas y actuar en debates y campañas de tipo partidista.

Tales derechos tienen consagración expresa o tácita en la Constitución, como fundamentales de los ciudadanos, pero en ciertos casos la propia Carta los restringe en relación con quienes ejercen determinadas funciones oficiales, en guarda de la independencia de los funcionarios y con miras al buen servicio público. Así acontece con los miembros de los cuerpos armados, a quienes no solo se les impide intervenir en debates políticos, sino que se les priva del derecho del sufragio (art. 168); con los empleados de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público, quienes no pueden ser miembros activos de los partidos políticos, ni intervenir en debates de carácter electoral, a excepción del ejercicio del sufragio (art. 178); con los empleados de carrera administrativa, a quienes se veda igualmente toda intervención en las actividades de los

partidos y en las controversias políticas, sin perjuicio del libre ejercicio del derecho del sufragio (art. 6º del Plebiscito de 1957).

Mediante el recorte por mandato constitucional y en grado que la ley no podría desconocer de los derechos políticos de los agentes de la fuerza pública, de los jueces y Agentes del Ministerio Público y de los empleados administrativos de carrera, la Constitución quiere preservar, como antes se dijo, la autonomía y la imparcialidad de aquéllos en el desempeño de sus cargos.

La garantía de estabilidad reconocida por la Constitución a Magistrados, Jueces y funcionarios encuadrados en el estatuto de la carrera administrativa (arts. 160 de la C. N. y 5º del Plebiscito) constituye un privilegio con relación a los demás empleados públicos y explica el que la propia Carta haya previsto para ellos, aparte la causal general de comisión de delitos, un motivo particular de mala conducta, que ocasiona la pérdida del empleo, consistente en la intervención activa en política partidista (arts. 178 de la C. N. y 6º del Plebiscito), sanción aquella de carácter simplemente disciplinario y que se aplica por vía administrativa.

Las normas constitucionales restrictivas de la prerrogativa de estabilidad reconocida en la Carta a jueces y empleados de la carrera administrativa no se oponen sino que, por el contrario, armonizan con las facultades que el legislador tiene, por mandato de la misma Carta, para definir delitos y precisar los casos de responsabilidad penal de los funcionarios, y mal puede decirse que el artículo 180 del Código Penal, que veda para todos los funcionarios y empleados públicos la intervención activa en debates políticos, erigiendo esa conducta en infracción, roce con los textos de los artículos 178, de la Constitución Nacional y 6º del Plebiscito, disposiciones estas que, se repite, consagran como causal de mala conducta para jueces, Agentes del Ministerio Público y empleados de carrera administrativa la participación en actividades políticas distintas del ejercicio del sufragio. La locución "causal de mala conducta" tiene en los estatutos de carreras oficiales

un significado particular, ajena conceptualmente a las conductas sancionables por la ley penal, cual es el de actuaciones incompatibles con dichas carreras, que se reprimen disciplinariamente dentro de éstas, sin trascender su propio campo, con la pérdida del empleo o suspensión de los privilegios que dichas carreras suponen y garantizan.

El artículo 180 del Código Penal es una norma general, sancionadora de una conducta prohibida a todos los funcionarios, que contempla penas de arresto de un mes a dos años e interdicción para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término para quien realice la acción descrita en su precepto, penas que se imponen por el órgano judicial, mediante el procedimiento común para la represión de los delitos. Los artículos 178 de la Constitución Política y 6º del Plebiscito, en cambio, son normas especiales, relativas a la carrera judicial y a la administrativa, cuya creación ordenó el propio Constituyente, y prevén como causal específica de mal comportamiento en el servicio la intervención en política de quienes pertenezcan a ella, con la consecuencia de exclusión de beneficios de su status, exclusión que se declara por la correspondiente autoridad administrativa disciplinariamente.

La disposición del artículo 180 del estatuto represor encuentra claro apoyo en el artículo 76, ordinal 2º, de la Constitución Nacional, que atribuye al Congreso la función de expedir Códigos en todos los ramos de la legislación, y en el artículo 62 de la misma, que defiere a la ley la determinación de los casos de responsabilidad de los funcionarios y el modo de hacerla efectiva.

No observa, pues, la Corte incompatibilidad alguna entre el artículo 180 de la ley penal, que describe una infracción general, cuyo sujeto puede estar en carrera judicial, administrativa o militar, o ser un funcionario de libre nombramiento y remoción, y los artículos 176 de la Constitución y 6º del Plebiscito, que apenas definen una causal específica de mala conducta respecto de funcionarios de carrera ofi-

cial —judicial o administrativa—, cuyo efecto es o puede ser la pérdida del empleo.

Armonizando los citados textos, el de la ley y los de la Constitución, se tiene:

a.- Si el autor del hecho prohibido de intervención en política es un funcionario de carrera judicial o administrativa, puede ser excluido de la misma, mediante destitución decretada por el respectivo superior, perdiendo así el beneficio de estabilidad que aquella consagra, y procesado, además, por la autoridad jurisdiccional con miras a sufrir las sanciones estrictamente penales señaladas en el artículo 180 del Código Penal.

b.- Si el agente de la infracción es un empleado de libre nombramiento y remoción, solamente correrá las consecuencias penales del caso, conforme a la citada norma del código de la materia.

No existiendo oposición o incompatibilidad del artículo 180 del Código Penal con el 178 de la Constitución Política ni con ningún otro de sus preceptos, no hay lugar a la excepción que consagra el artículo 215 de la Carta, invocada por el señor apoderado Bendeck Olivella.

Tercera.- Tampoco es aceptable la tesis de la defensa de que el artículo 180 del Código Penal no es aplicable a los Embajadores, porque éstos no ejercer jurisdicción y mando, pues dicha norma se refiere claramente al "funcionario o empleado público que forme parte de directorios políticos o intervenga en debates de este carácter", sin diferenciaciones de ninguna naturaleza, sin limitación por la clase de función oficial que cumpla el agente, y donde la ley no distingue no le es permitido al juez hacerlo.

Cuarta.- El sumario de la certeza legal de que el hecho que dio lugar a la presente investigación, o sea la presunta concurrencia del doctor Lucio Pabón Núñez a una reunión formal del Directorio Nacional Conservador, como miembro principal de esta

Corporación, en el mes de febrero de 1969, cuando era Embajador de Colombia en la República Argentina, circunstancia ésta que está plenamente demostrada, no existió en realidad.

Las pruebas producidas en el proceso que permiten inferirlo así, son las siguientes:

a.- Indagatoria del doctor Lucio Pabón Núñez, quien niega haber tomado parte en deliberaciones del directorio de su partido mientras fue Embajador de la Nación en la Argentina y da respecto de los hechos averiguados explicaciones atendibles, que encuentran confirmación en respetables testimonios, concebidas en los términos que se pasa a transcribir:

"En febrero de este año de mil novecientos sesenta y nueve el doctor Mariano Ospina Pérez por medio de un cable me hizo saber que era importante para el país mi presencia en Bogotá. Pedí una licencia no remunerada de diez días, la que me fue concedida por la Resolución Nro. 93 del once de febrero emanada del Ministerio de Relaciones Exteriores. En virtud de esta licencia atendí el llamamiento del doctor Ospina Pérez. Ya en Bogotá, se me dijo que para resolver gravísimos problemas del momento, debía yo ingresar al Directorio Nacional Conservador; me ofrecieron, creo que el diez y nueve de febrero precisamente, hacerme Presidente de tal Directorio; respondí que aunque estaba en uso de licencia y aunque era discutible el que no encontrándome en el país donde tenía la representación del Presidente colombiano como Embajador suyo tuviera yo la investidura de empleado oficial, consideraba que no debía ocupar la posición que se me había otorgado en el Directorio Nacional mientras no se me aceptara la renuncia a la Embajada de Buenos Aires; insinué que en vez de mí le ofrecieran la Presidencia al doctor Evaristo Sourdís y que me esperaran para actuar dentro de la directiva cuando cancelara mi misión en la Argentina, país al que iba a viajar a los pocos días para hacer entrega de mi misión y despedirme de los amigos del Gobierno y de la sociedad de aquella gran nación. Fue así

como volví a Buenos Aires, el doctor Ramírez Ocampo continuó ocupando su puesto en el Directorio Nacional y el doctor Sourdís fue el exaltado como Presidente de tal entidad política" (fls. 52 y ss.).

b.- Declaración del doctor Augusto Ramírez Ocampo, Suplente del doctor Pabón Núñez en el Directorio Nacional Conservador, en la que asevera que no asistió a ninguna reunión de la directiva con el doctor Lucio Pabón Núñez mientras éste fue Embajador en la Argentina, y que la primera vez que sesionó con él en el Directorio fue al finalizar el mes de junio de 1969, cuando regresó definitivamente al país después de hacer dejación de su cargo en Buenos Aires (fls. 30 y ss.).

c.- Certificación jurada de la Senadora doña Bertha Hernández de Ospina Pérez, en la que sostiene que el doctor Lucio Pabón Núñez no concurrió a la reunión del Directorio Nacional Conservador celebrada en febrero de 1969, en la que fue elegido como Presidente el doctor Evaristo Sourdís y a la que ella asistió como miembro de esa directiva. Textualmente dice:

"Que yo recuerde, el doctor LUCIO PABON NUÑEZ no asistió a esa reunión. No estuvo presente. Por lo tanto, lógicamente, mal podría participar en las deliberaciones que tuvimos los miembros del Directorio Nacional Conservador para cambiar la Mesa Directiva" (fls. 328 y 329).

d.- Certificación jurada del ex-Presidente de la República doctor Mariano Ospina Pérez, en la que, en líneas generales, corrobora lo dicho en su indagatoria por el doctor Lucio Pabón Núñez (fls. 326 y 327).

e.- Testimonio del doctor Domingo Sarasty, también miembro del Directorio Nacional Conservador, quien afirma:

"En el mes de febrero se celebraron en esta ciudad algunas reuniones con varios elementos pertenecientes al partido conservador, y otras únicamente con los miembros integrantes de la directiva nacional. Si mal no recuerdo a una de esas reunio-

nes de tipo informal asistió el Dr. Lucio Pabón Núñez, se trataron temas de interés general, y se habló sobre el ingreso del doctor Lucio Pabón Núñez al Directorio Nacional Conservador.

"Indudablemente que el Dr. Pabón Núñez, manifestó que ingresaría al Directorio Nacional Conservador y se reintegraría a la actividad política, cuando se le aceptara la renuncia que había hecho de la Embajada de Colombia en la Argentina y que sólo podría reincorporarse a la actividad política haciendo parte de su directiva, cuando hiciera dejación del cargo, pero que, mientras estos hechos no se cumplieran, no podía tomar parte activa en la política ni reincorporarse al Directorio Nacional en su calidad de miembro principal.

"Posteriormente, hubo una sesión en la cual no estuvo presente el Dr. Lucio Pabón Núñez, porque era una reunión formal de la Dirección Nacional Conservadora, con el objeto de elegir Presidente y Vicepresidente de dicha entidad, para lo cual fueron designados los Drs. Evaristo Sourdís y Domingo Sarasty M., el primero como Presidente del Directorio y el segundo como Vicepresidente.

"No me consta que el Dr. Lucio Pabón Núñez hubiera tenido intervenciones de carácter político" (fl. 124).

f.- Declaración del doctor Silvano Alvarado, quien actuó como Secretario auxiliar del doctor Antonio Moreno Rocha en la reunión del Directorio Nacional Conservador de que se ha hecho mérito. Dice haber visto en ella a doña Bertha de Ospina Pérez y a los doctores Domingo Sarasty, Mario Laserna, Ignacio Gómez Naar y Antonio Moreno Rocha; y agrega:

"Yo no recuerdo haber visto al doctor Lucio Pabón en el recinto donde se estaba llevando a cabo la reunión a que nos estamos refiriendo" (fls. 157 y ss.).

g.- Deposición del doctor Antonio Moreno Rocha, Secretario del Directorio Nacional Conservador, quien, en lo sustancial, manifiesta:

"Sí es cierto que con motivo del regreso al país del ilustre colombiano doctor Lucio Pabón Núñez, eminente jefe político de mi colectividad, miembro principal del Directorio Nacional Conservador, fue invitado por altos dirigentes de mi partido y amigos personales a conversar con él sobre tantos aspectos de la vida nacional, reunión en la cual nosotros, la Directiva Nacional del Conservatismo, no podía tomar ninguna determinación de orden político, porque estaba prácticamente desintegrada la mesa directiva por la no asistencia de muchos de sus miembros principales, entre ellos el doctor Lucio Pabón Núñez. Yo recuerdo muy bien que en esa reunión se insistió mucho para que el doctor Lucio Pabón Núñez asumiera las funciones como miembro de la Directiva Nacional y él fue muy explícito, muy claro, en manifestar que en verdad había presentado renuncia ante el señor Presidente de su cargo de Embajador de Colombia ante la República de la Argentina, no entraba a actuar hasta tanto no hiciera entrega de la Embajada, se despidiera del Gobierno Argentino y regresara con su distinguida familia, lo que así ocurrió pocos días después que hubo de regresar a la Argentina. Es cierto que posteriormente la directiva del conservatismo se reunió, tomó algunas decisiones de fondo, entre ellas la relacionada con la nueva composición de la mesa directiva y a esa reunión asistieron los distinguidos directivos doña Bertha Hernández de Ospina, doctor Domingo Sarasty, doctor Mario Laserna y doctor Juan Ignacio Gómez Naar. Concretándome y ciñéndome más a la pregunta, sí es verdad que en las horas de la mañana de la fecha antes expresada, diez y nueve de febrero del corriente año, hubo una reunión informal de miembros del Directorio Nacional Conservador, y otros políticos y amigos personales del doctor Lucio Pabón Núñez, como he dicho antes, en la cual estuvo presente el doctor Lucio Pabón Núñez, y repito, con el fin de estudiar tantos aspectos de la vida nacional, de una manera general; y que en las horas de la tarde del mismo día, hubo una nueva reunión del Directorio Nacional Conservador, a la cual asistieron las personas que he citado y a esa no concurrió el doctor Pabón Núñez, fue

en ella donde se tomaron entre otras decisiones, la de elegir la nueva mesa directiva, eligiéndose como Presidente de ella al doctor Evaristo Sourdís y como Vicepresidente al doctor Domingo Sarasty" (fls. 114 y 115).

h.- Declaración del doctor Juan Ignacio Gómez Naar, quien informa que asistió a la reunión del Directorio Nacional Conservador en la que se eligió al doctor Sourdís como Presidente del mismo, y dice no recordar la presencia en ella del doctor Lucio Pabón Núñez (fls. 196 a 197).

El doctor Mario Laserna, en su primera declaración rendida bajo juramento y quizá por error, señala al doctor Pabón Núñez como asistente a la reunión de la directiva nacional del conservatismo de que tantas veces se ha hecho referencia (fls. 38 y 39), pero al ser llamado de nuevo a deponer manifestó que no precisaba fechas ni recordaba si el doctor Pabón Núñez concurrió o no a las reuniones de la citada Directiva cuando aquél era Embajador en la Argentina, rectificando en esa forma su primitiva versión.

Quinta.- Teniendo en cuenta la regla de la sana crítica del testimonio, como lo ordena el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, los testigos que exculpan al doctor Lucio Pabón Núñez de la imputación que dio origen a este proceso merecen plena credibilidad, pues no es siquiera concebible que personas de tanta responsabilidad como las anteriormente nombradas se hubieran confabulado, a la sombra del perjurio, para hacerle fraude a la justicia.

Sexta.- Las informaciones de prensa en las que se hizo aparecer al doctor Lucio Pabón Núñez como asistente a la reunión del Directorio Nacional Conservador de que se ha hecho mérito (periódicos *La República* —fl. 142—, *El Espectador* —fl. 320— y *El Tiempo* —fl. 325—), con fundamento en las cuales se inició la averiguación administrativa contra aquél, no fueron comprobadas en este proceso. Respecto de ellas se llamó a declarar a los periodistas Alberto Giraldo, Jorge Enrique Pulido, Darío Ho-

yos, Ana Lilia Bojacá Espinosa y José María Romero Duarte, como también al fotógrafo de La República José del Carmen Robayo. Sus atestaciones pueden sintetizarse del siguiente modo:

Alberto Giraldo manifiesta que él no estuvo en la reunión del Directorio Nacional Conservador ni en la Casa Conservadora, en el mes de febrero de 1969, cuando se eligió como Presidente de aquella entidad al doctor Evaristo Sourdís (fls. 150 y ss.).

Jorge Enrique Pulido, en su primera declaración, afirma que estuvo en la sede del Directorio Conservador cuando se designó al doctor Evaristo Sourdís como Presidente de esa directiva; que fue informado de que allí estaban deliberando; entre otros, doña Bertha Hernández de Ospina, Mario Laserna, Lucio Pabón Núñez, Silvano Alvarado, José Ignacio Gómez Naar y Antonio Moreno Rocha; que al concluir la sesión confirmó que dichas personas estaban dentro de la oficina del Directorio, y vio allí al fotógrafo Robayo de La República, quien tomó fotografías (fls. 167 a 171) mas en careo sostenido con el doctor Pabón Núñez, al ser preguntado si le constaba "por percepción directa la asistencia del doctor Lucio Pabón Núñez a la reunión del Directorio Nacional Conservador en la cual fue elegido, en el mes de febrero de 1969, como Presidente del mismo el doctor Evaristo Sourdís", contestó: "No ví que el Dr. Pabón entrara a esa reunión, pero lo deduje por alguna información recibida allí", y reconoce que no vio entrar ni salir del recinto donde se celebró la sesión del Directorio al doctor Lucio Pabón Núñez, cuestión que supuso por inferencias (fls. 289 y ss.), modificando así sustancialmente su primitiva versión y quitando piso a su inicial acusación.

Darío Hoyos expresa que no recuerda haber estado presente en la casa conservadora cuando tuvo ocurrencia la reunión del Directorio Nacional Conservador de que se ha hecho referencia, y niega haber hecho crónica acerca de ese acontecimiento (fls. 208 y 211).

Ana Lilia Bojacá Espinosa, periodista de El Tiempo, quien cubrió la información para este periódico sobre la sesión de la directiva conservadora, dice en algunos pasajes de su declaración: "Sí asistí como ya lo dije el 17 de febrero alrededor de las seis de la tarde a la casa conservadora, en cuyo segundo piso el Directorio Nacional realizó una sesión a puerta cerrada. Los periodistas no tuvimos acceso a ella y solo esperábamos el final de la misma para conocer los resultados que ya estaban previstos... no lo ví ni llegar ni salir (al doctor Pabón Núñez)... No permitieron la entrada de ningún periodista, inclusive el fotógrafo de El Tiempo no pudo tomar fotografías por eso... PREGUNTADA: Recuerda Ud. qué fotografías de los distintos periódicos asistieron a la reunión del Directorio Nacional Conservador? CONTESTO: Que yo recuerde no había ninguno, máxime cuando el de El Tiempo debió regresarse al periódico inmediatamente porque no le fue permitido entrar al recinto de sesiones... PREGUNTADA: Sírvase decir qué podría Ud. manifestar en relación con la fotografía que se le pone de presente publicada en la página 7ª parte superior derecha del periódico La República, correspondiente al martes 18 de febrero de 1969 y sobre la leyenda que aparece debajo de la misma gráfica (se le puso de presente). CONTESTO: Por las características de la fotografía me parece que ésta corresponde a la residencia del doctor Silvano Alvarado. La razón por la cual me atrevo a hacer esta afirmación es porque conozco esa residencia que tiene un pequeño muro, que divide la sala del comedor y tiene una puerta en el comedor que da hacia un balcón... Realmente veo que la leyenda no corresponde al sitio que estoy señalando, pero como periodista puedo imaginar que el diario La República acudió a alguna fotografía de alguna reunión anterior, debido a que en la casa conservadora no tuvimos acceso ni periodistas ni fotógrafos. En los periódicos pueden suceder casos en que se recurre a cualquier tipo de fotografía que pueda cobrar actualidad para la noticia que se escriba..." (fls. 299 a 307).

José María Romero Duarte, colaborador

de numerosos periódicos, entre ellos La República, La Patria y El Colombiano, propietario de tres radioperiódicos y corresponsal extranjero, afirma que estuvo desde temprano cubriendo las informaciones de la reunión del Directorio Nacional Conservador en la que se eligió presidente al doctor Evaristo Sourdís; que no vio entrar al recinto donde tuvo lugar la deliberación, ni salir de él, al doctor Lucio Pabón Núñez; que la fotografía que publicó La República (fls. 142) no pudo ser tomada en dicha reunión, porque ningún fotógrafo tuvo acceso al local; que está "absolutamente seguro que la fotografía fue tomada en la casa del Dr. Silvano Alvarado", por algunos detalles que señala; que con respecto al comunicado que entregó para la prensa el Secretario del Directorio, doctor Moreno Rocha, él le observó a éste que allí figuraba el nombre del doctor Pabón, a quien no había visto, a lo cual el Secretario le respondió que "no asistió (el doctor Pabón Núñez) pero hay que hacerlo saber a los godos porque quién los aguanta" (fls. 309 a 314).

José del Carmen Robayo, reportero gráfico de La República, reconoce que fue él quien tomó la fotografía que publica ese periódico en la edición de 18 de febrero de 1969; dice que el escenario es un saloncito que queda en el segundo piso de la casa conservadora; que cree que dicha fotografía fue tomada en el mes de febrero, cuando se eligió presidente del Directorio Nacional Conservador al doctor Evaristo Sourdís, aunque no lo recuerda, y manifiesta que entre las personas que figuran en ella distingue a Mario Laserna, Bertha Hernández de Ospina, Lucio Pabón Núñez, Domingo Sarasty y Silvano Alvarado (fls. 185 y 186).

El testimonio del señor Robayo, aisladamente considerado, compromete en cierta forma la responsabilidad del doctor Lucio Pabón Núñez en el hecho que se le atribuye. Mas si se tiene en cuenta que plurales testigos afirman sin vacilación que el doctor Pabón Núñez no concurrió a la tan

mentada reunión del Directorio Nacional Conservador; que varios periodistas aseveran enfáticamente que a ella no se permitió la entrada de fotógrafos y que el lugar que corresponde a la fotografía que publicó el periódico La República no es de la casa conservadora sino de la casa del doctor Silvano Alvarado; que los periódicos acuden de ordinario, para destacar algún acontecimiento de la política, a fotografías de personajes de la misma que conservan en sus archivos aunque no correspondan al sitio y momento de lo que se hace notar en la publicación; que el propio Robayo no asegura que la fotografía de que se trata la tomó precisamente en la reunión del Directorio Nacional Conservador en la que fue elegido presidente el doctor Evaristo Sourdís, se demerita obviamente el valor incriminatorio que pudiera tener tal declaración.

Séptima.—Apreciamos las pruebas en su conjunto y relacionadas unas con otras, se obtiene la convicción de que el doctor Lucio Pabón Núñez no intervino en ninguna reunión formal de la dirección nacional de su partido, como miembro de la entidad, mientras conservó la investidura de Embajador de la Nación ante el Gobierno de la Argentina, y que las conversaciones que sobre política general y la situación del país sostuvo con el ex-Presidente doctor Mariano Ospina Pérez y otros altos dirigentes tuvieron una recta inspiración de servicio público y son ajenas a las conductas que reprime el artículo 180 del Código Penal, por lo cual se dictará en su favor un sobreseimiento de carácter definitivo, dando aplicación a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

RESOLUCION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, sobresee definitivamente en favor del doctor Lucio Pabón Núñez, en relación con el supuesto delito de abuso de autoridad objeto de la

presente investigación y por el cual fue indagatorioado aquél en este proceso.

Cópiese y notifíquese.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario

Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.



VEREDICTO DEL JURADO

Los jueces de conciencia no están sometidos a emplear términos o expresiones legales al contestarlo, pudiendo redactarlo en un lenguaje corriente. La respuesta del Jurado "Sí es responsable en estado de ira e intenso dolor provocada por injusta provocación", ante las dos tesis debatidas, la del sindicato, que obró al confesarle su esposa sus relaciones adulterinas y la de los jueces de derecho sobre la no existencia de las relaciones extramatrimoniales, hay que interpretarla, para acomodar esa respuesta a la provocación a que alude el art. 382 del C.P. y no deducir la causal de atenuación general de que trata el ord. 3º del art. 38 del mismo Código, porque ésto entraña una interpretación del veredicto, en el sentido menos favorable al sindicato.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre nueve de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto).

(Aprobado: Acta N° 45 de noviembre 6 de 1970).

VISTOS:

Contra la sentencia de 5 de marzo del año en curso, pronunciada por el Tribunal Superior de Bucaramanga y por medio de la cual se confirma la de 11 de diciembre de 1968, dictada por el Juzgado Superior de Málaga, interpuso en tiempo oportuno, el procesado PEDRO CABALLERO LOZANO, por medio de apoderado, el recurso extraordinario de casación que le fue concedido habiéndose aceptado por esta Sala, la cual, una vez agotado el trámite procesal, procede a resolverlo, teniendo en cuenta los siguientes

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

El día 14 de marzo de 1966, en las horas de la tarde, iban hacia su casa situada en el Llano de López, corregimiento de Sisota, Municipio de Guaca, Pedro Caballero, su esposa legítima María del Rosario Lozano de Caballero y su hijo Rafael, de once años. Durante el trayecto habían estado bebiendo cerveza en unión de otras personas

y ya al acercarse a su casa, Caballero le pidió a su hijo que se adelantara a lo cual se opuso su mujer diciendo que llegaran todos juntos. El muchacho, sin embargo, se adelantó un poco en tanto su padre según lo repitió en sus intervenciones, le decía a su mujer que ese muchacho se parecía mucho a Isidro Martínez y le pedía le confesara si en realidad era hijo de este último, a lo cual ella, luego de preguntar en qué se parecía al mencionado Isidro y ante la insistencia de su marido, le dijo que no le estaba pidiendo a nadie para mantenerlo y que si era que una mujer, por ser casada, no podía tener un hijo con quien quisiera, al oír lo cual Caballero sacó un cuchillo e hirió, con él, a su esposa varias veces, dándole muerte, luego de lo cual huyó.

Adelantada la investigación, se cerró por auto de 25 de enero de 1967, y fue calificada en providencia que lleva fecha 10 de marzo de ese año.

En ella se dice que el homicidio imputado a Caballero Lozano no encuadra en los preceptos del art. 382 del Código Penal porque no estaba demostrado en los autos que María del Rosario hubiera tenido relaciones sexuales extramatrimoniales como para que Pedro Caballero pudiera colegir que su esposa le era infiel y que por el contrario el caso puede ubicarse en el numeral 1º del art. 363 del mismo ordenamiento.

Se llevó a cabo una primera audiencia pública el 5 de septiembre del año últimamente mencionado y al cuestionario que les fue sometido a los jueces de conciencia, éstos respondieron con un "No es responsable porque obró en estado de ira, por grave e injusta provocación", veredicto que el Juzgado Superior declaró, en providencia de 6 de noviembre del mismo año "contradictorio... y por lo tanto inexistente" y ordenó que se convocara un nuevo jurado.

El Tribunal Superior de Málaga, en auto de 28 de junio de 1968, confirmó la decisión que se acaba de mencionar.

Esta entidad, en providencia de 28 de junio de 1968, confirmó la del inferior y en tal virtud se verificó nueva audiencia pública en los días 13 y 14 de noviembre de 1968.

En esta se sometió a la consideración del jurado el siguiente cuestionario:

"El acusado Pedro Caballero, de las anotaciones civiles y personales, conocidas en el proceso, es responsable "SI" o "NO" de haberle ocasionado la muerte, mediante actuación realizada con el propósito de matar a su legítima esposa María del Rosario Lozano Jaimes, por medio de las heridas producidas con arma corto-punzante (cuchillo) de que da cuenta la diligencia de necropsia, hecho que tuvo ocurrencia la tarde del catorce (14) de marzo de mil novecientos sesenta y seis (1966), en el corregimiento de "Sisota" punto denominado "Llano de López", de la comprensión municipal de Guaca?"

El jurado respondió: "Sí es responsable en estado de ira e intenso dolor provocada por injusta provocación".

Durante la audiencia pública, el Fiscal sostuvo que no había base para los celos que el procesado tenía de su legítima esposa, a los que califica de patológicos y a este propósito analizó las manifestaciones de aquél sobre infidelidades de la occisa, demostrando su falta de fundamento, en particular las palabras que pone en boca

de ella en momentos anteriores a la acción delictuosa y terminó pidiendo una respuesta afirmativa para el cuestionario.

Por su parte el defensor de Caballero, después de extenderse sobre lo que es el honor y de poner de presente la forma celosa como guardan el honor conyugal las mujeres de García Rovira, considera que sí está probado en los autos la infidelidad de María del Rosario Lozano e invocando lo dispuesto por el artículo 382 del Código Penal, norma que, en su concepto, faculta para alegar legítima defensa del honor, pide al jurado que conteste en el sentido de que el procesado no es responsable por haber obrado dentro de esa situación.

En sentencia de 11 de diciembre de 1968, el Juzgado Superior de Málaga partiendo de lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 363 del Código Penal y tomando como base el mínimo de la pena señalada por esa disposición, la rebaja de conformidad con el art. 28 del mismo ordenamiento, a cinco años, y rebaja también doce meses, con fundamento en la Ley 40 de 1968, dejando el total en cuatro años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes.

Consultada esa providencia con el Tribunal Superior de Bucaramanga, por extinción del de Málaga, aquella entidad, en sentencia de 5 de marzo del año en curso, la confirmó, no sin antes criticarla por su falta de estudio de las pruebas, lo que remedía en segunda instancia poniendo de presente que las afirmaciones del procesado en el sentido de que su esposa le había sido infiel, para lo cual dice basarse en las manifestaciones que ésta le hiciera el día de los hechos, momentos antes de la ocurrencia de los mismos, así como en una carta que dice le escribiera Isidro Martínez y en la declaración de una persona que, según Caballero, le dijo haber visto a su esposa durmiendo en Chiquinquirá con el mencionado Martínez, carecen de fundamento y que, por el contrario "hay un gran acervo probatorio contrapuesto radicalmente al adulterio sostenido por Caballero, que lleva necesariamente a pensar cómo el agen-

te no tuvo un motivo serio para dudar de la honradez y fidelidad de su esposa, y que tal crimen fue provocado más bien por alguna inclinación morbosa o patológica del sindicado en quien los celos aún infundados desatan impulsos criminales", luego de lo cual el Tribunal analiza las manifestaciones del procesado para respaldar la aseveración de que carecen de fundamento y concluye afirmando que "siendo ello así, no es posible deducir la gravedad por la sola injusticia de la provocación, y es evidente entonces que el jurado solo se refirió en su veredicto a la causal genérica de atenuación del art. 38, causal 3ª, pero no a la eximente o aminorante del art. 382 *ibidem*".

Ya antes había dicho que el jurado omitió decir que la provocación fue grave y que si bien la Corte ha modificado su doctrina de que no se puede suplir ninguna de las expresiones que se refieren a la injusticia o a la gravedad de la atenuante y lo ha hecho en el sentido de que ello es posible en casos excepcionales, lo cierto es que en el de autos no solo no fue sorprendida la víctima en ilegítimo acceso carnal sino que no hay prueba de éste en el expediente.

De todo lo cual concluye que la pena principal es la señalada en el artículo 363 del Código Penal y que como obra una causa genérica de agravación, que es la 1ª del art. 37 y una genérica de atenuación la 3ª del art. 38, la pena aplicable es el mínimo que contempla la norma primera citada, o sea quince años de presidio, reformando en este sentido la sentencia consultada y también modificando para revocar la condena accesorio a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro.

DEMANDA DE CASACION:

Una sola causal de casación invoca el demandante en el escrito sustentatorio del recurso extraordinario de casación y es la establecida en la parte final del numeral 2º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, o sea estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado".

Para sustentar su acusación contra la sentencia, manifiesta, en síntesis, que no estando los jueces de conciencia en la obligación de emitir su veredicto valiéndose de fórmulas sacramentales, deben los de derecho interpretar su respuesta con sujeción al significado corriente de los términos empleados por aquellos, teniendo como elementos de juicio los hechos expuestos en él por las partes en la audiencia.

Y afirma que, obrando en el proceso la manifestación de la occisa en el sentido de que el hijo a quien tanto ella como su esposo se estaban refiriendo, esto es, el que los acompañaba en el momento del hecho juzgado, no era de este último sino de un tercero, es preciso concluir que fueron las frases pronunciadas por María del Rosario Lozano las que mayor influjo ejercieron en la conciencia del "juri" por constituir una confesión inequívoca de infidelidad, tesis que fue la esgrimida por la defensa en la audiencia pública, como lo había sido a lo largo del proceso y de ahí que haya que deducir que fue el conocimiento de esa infidelidad lo que movió al acusado a dar muerte a su esposa, dentro de las circunstancias que contempla el art. 382 del Código Penal al cual debe referirse la respuesta del jurado para interpretarlo a la luz de esa norma.

Esto fue lo que no hizo el Tribunal que, en la sentencia recurrida y al analizar la disposición que se menciona, dijo que, para aplicarla es necesario que el agente sorprenda a la víctima en ilegítimo acceso carnal, descubrimiento que puede ser directo o por tercera persona, lo cual es erróneo según el recurrente pues, en su concepto, no es el hecho de sorprender a la víctima en el acto carnal ilegítimo lo que determina la provocación sino las mismas relaciones sexuales ilícitas las que pueden llegar a conocimiento del marido ya sea por apreciación directa, por información, por confesión o por inferencia que parta de la conducta misma de la infiel.

Crítica también la interpretación que el Tribunal da a una doctrina de la Corte según la cual el requisito de gravedad o in-

justicia en la provocación, omitidos por el jurado, pueden suplirse por el juez de derecho, lo cual, en concepto del recurrente, no es cierto pues, según él, la gravedad y la injusticia deben ser expresamente reconocidas por el tribunal de conciencia, si no con las palabras que usa la ley, por lo menos con otras que tengan igual significado.

Agrega que son distintas las condiciones de aplicación del artículo 28 y las del 382 pues si el primero exige que la ira o el dolor sean producidos por una provocación grave e injusta, el segundo solo quiere que esas emociones sean fruto de la ofensa consistente en las relaciones sexuales ilícitas, porque el legislador ha considerado que tal ofensa es de por sí injusta y grave lo que hace innecesario que mencione tales expresiones en la norma pues de hacerlo así incurriría en tautología. Por lo que, en síntesis, basta que mencione una de ellas.

Finalmente, se refiere al paso de la sentencia en que el Tribunal afirma que la apreciación de las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad corresponde, en forma privativa, a los jueces de derecho y toma pié en esta aseveración para argumentar que como eso es así, no tienen los jurados por qué referirse a tales circunstancias, de donde resulta que si hacen mención de una de ellas, que es al mismo tiempo elemento del delito, es a este último al que están indicando, no a las primeras, o sea, en otras palabras, que al mencionar los jurados, en el presente caso, la injusticia de la provocación, estaban señalando el art. 382 y no el numeral 3º del 38.

De todo ello deduce que el Tribunal se apartó del veredicto del jurado y que, por tal motivo, debe casarse la sentencia dictándose la que haya de sustituirla.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que se case la sentencia recurrida por considerar probada la causal de casación que invoca el apoderado.

Estima que no es posible a los jueces de derecho dividir la respuesta del jurado que

el debe considerarse como un todo y cuya interpretación, en los casos en que el veredicto se preste a confusión, debe hacerse tomando en consideración los elementos que aquel pudo haber tenido en cuenta para formarse la convicción de los hechos que tradujo en su respuesta. Tales elementos son, en primer término, las tesis que sobre los hechos y el derecho se hayan planteado en la audiencia pública por las partes. En segundo lugar, no siendo esos elementos suficientes, debe mirar el pliego de cargos que se le haya formulado al procesado cuando se le llamó a juicio. Y, en tercer término, se examinarán las pruebas recogidas en el proceso.

Nada de esto hizo el Tribunal en el caso de autos pues en la audiencia pública solo fueron planteadas dos tesis; el Fiscal sostuvo la responsabilidad del procesado con base en que no se había demostrado en el proceso la existencia de relaciones adúlteras por parte de la occisa, y el defensor, por el contrario, consideró que tal cosa si estaba establecida y que en virtud del conocimiento de esas relaciones había actuado el acusado. Pero en ningún caso, dice el Procurador, se expuso la tesis del artículo 28 lo cual obliga a aceptar que no estuvo en el ánimo de los jurados hacer referencia a esta situación en su veredicto, conclusión errada a la que llegó el Juez Superior quien tampoco tuvo en cuenta que para nada se había mencionado esa disposición ni en el auto de proceder ni en el cuestionario sometido a los jueces de conciencia.

Participa de la tesis del apoderado de que la ira y el intenso dolor, mencionado por el jurado en su respuesta, se refieren al artículo 382 del Código Penal porque fue la única norma que se les explicó y agrega que, estando frente a un segundo veredicto que, por disposición legal, es definitivo, no tenía facultad el Tribunal para analizar si las pruebas del proceso le respaldaban o no, ni para interpretar el veredicto en el sentido de que se refiera a la aminorante general contemplada en el numeral 3º del art. 38 del Código Penal y no al art. 382 del mismo ordenamiento.

De todo ello se deduce que la sentencia recurrida se dictó en innegable desacuerdo con el veredicto del jurado y que, por lo tanto, debe invalidarse para proferir, en su lugar, otra que reconozca la aplicación del artículo últimamente mencionado y termina manifestando que todo debate sobre la conducta del enjuiciado y la de su esposa, ha terminado por no ser viable tal controversia sino en las instancias y no en la casación en donde la impugnación se limita a decidir si la sentencia se dictó de acuerdo o en desacuerdo con el veredicto, teniendo presente para el caso de autos que el que se examina se pronunció en una segunda audiencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Dos tesis se han venido planteando en el proceso sobre la motivación de los hechos juzgados: la una, sostenida por el acusado, quien dice que obró al confesarle su esposa sus relaciones adulterinas, de las cuales él ya tenía sospechas. La otra, mantenida por los jueces de derecho, en el sentido de que tales relaciones extramatrimoniales no existieron y que, por consiguiente, al dar muerte a su esposa, obró el procesado sin motivo real.

No hubo una tesis intermedia, ni siquiera en la audiencia pública porque, según el resumen de ella que se deja atrás consignado, el Fiscal sostuvo la responsabilidad, sin atenuantes, del acusado y el defensor volvió a insistir en que los hechos se desarrollaron dentro del marco contemplado por el art. 382 del Código Penal.

En ninguna parte del expediente se menciona la atenuante de responsabilidad prevista en el art. 28 del Código Penal ni se habla de que el procesado hubiera sido presa de la ira por motivo distinto al de la infidelidad (real o supuesta) de su esposa. Ni del examen del caudal probatorio puede deducirse, siquiera remotamente, que tal emoción tuviera un origen diverso al mencionado.

En estas condiciones, es necesario llegar a la conclusión de que la sentencia recurri-

da no solo dió al veredicto la interpretación menos favorable al procesado sino que dió vida a una situación emocional sin asidero en el proceso.

Y si se tiene en cuenta que aunque no se trata de un segundo veredicto sino del primero, ya que el anterior fue considerado como no existente, no habría por qué declararlo contrario a la evidencia de los hechos pues tendría como fundamento el dicho del acusado, cuya credibilidad tenía plena facultad para valorar el jurado, y es necesario buscarle una interpretación acorde no solo con los planteamientos de las partes, sino con las pruebas que obran en el proceso, entre las cuales, resulta necesario mencionar el dicho del propio procesado.

Es tanto más viable esta forma de proceder cuanto que, no estando los jueces de conciencia sometidos, en sus respuestas, a términos o expresiones legales, pudiendo, por lo tanto redactar su veredicto en un lenguaje corriente, no es imprescindible buscar siempre ubicación a sus palabras en las disposiciones de la ley, pues las relativas semejanzas entre aquél y éstas pudieran no obedecer más que a coincidencias y ser distinta la convicción a que, en conciencia hayan llegado.

Ya la Corte, en sentencia de 10 de diciembre de 1965, se pronunció sobre el particular en los siguientes términos:

“El veredicto, que puede ser simplemente afirmativo o negativo de la responsabilidad, o estar complementado con explicaciones que tiendan a modificar o a confirmar lo preguntado, no está sometido a términos legales precisos. De modo que cuando declara, por ejemplo, una circunstancia atenuante de delito con términos equivalentes en su esencia a los empleados por la ley, debe acogerse. Resultaría demasiado sutil y contrario al criterio de lo más favorable en materia penal, establecer entonces entre la frase de que se valgan los jueces de hecho y la consignada en la ley, una diferencia sustancial. Pero el criterio de favorabilidad, en casos oscuros, no ha de in-

clinarse a desconocer los derechos de la sociedad, para proteger a los delincuentes e impedir su debida sanción.

“De ahí que, cuando el concepto del jurado se aparte de la realidad procesal ‘es claramente contrario a la evidencia de los hechos’, el Juez de derecho, que es el llamado a interpretarlo, está obligado a rechazarlo y a convocar un nuevo jurado, de acuerdo con expresas prescripciones legales (art. 537 del C. de P. P.).

“Cuando el veredicto, como en el caso presente, es oscuro y casi contradictorio, es necesario acudir a una interpretación racional del mismo para proferir la sentencia. Y como lo indica la demanda, ‘parece obvio decir que lo primero que habrá que buscar será el sentido que ofrezcan los términos mismos del veredicto, según las reglas de la lógica; en seguida acudir a las exposiciones de la audiencia pública en que interviene el Jurado; y por último, llegar a las pruebas del proceso para averiguar si el veredicto tiene algún sustentáculo probatorio’ ”.

Aplicando al caso de autos lo que se deja dicho, se tiene que, no habiendo, según queda explicado, ningún fundamento para pensar que los jueces de hecho o de derecho se han referido, en algún paso del proceso, a la situación emocional del art. 28 del Código Penal ni existiendo base para deducir que la ira de que habla el veredicto de los jurados pudo tener una causa distinta a la de la infidelidad de la occisa, es preciso examinar si la respuesta del tribunal de conciencia, puede encuadrarse en el caso del artículo 382 del Código Penal que sí fue mencionado tanto en la primera como en la segunda audiencia, examinado en el auto de proceder, alegado en los escritos de la defensa y que tiene, como base, primordial, el dicho del procesado.

Esta disposición, en su aparte segundo dice que “lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará al que en estado de ira o de intenso dolor, determinados por tal ofensa, cometa el homicidio o cause las lesiones en las personas, mencionadas, aun cuando no

sea en el momento de sorprenderlas en el acto carnal”.

Es verdad que el “juri” en su respuesta no mencionó el adulterio ni en el cuestionario se le pregunta si su hecho fue determinado por la existencia de aquél o por la creencia de su realización, pero tanto en la pregunta como en la respuesta, está latente ese hecho por haber sido materia de intenso debate en la vista pública y a lo largo de todo el proceso y porque el defensor, pidió concretamente, una respuesta absolutoria con base en la existencia de las relaciones carnales extra-matrimonio.

De manera que la ira y el intenso dolor provocados “por injusta provocación”, como dice, en forma redundante, el jurado, no podían referirse a otra cosa que a esa ofensa, y por consiguiente, el veredicto debió interpretarse a la luz de la mencionada disposición, que era donde podía tener base y no llevarlo a otra (el numeral 3º del art. 38 del Código Penal) en donde quedaría, puede decirse, en el aire, porque no hay huella en el expediente de que el procesado pudiera haber recibido ninguna otra ofensa diversa al adulterio de su mujer.

Teniendo en cuenta esas consideraciones, es necesario concluir que la sentencia recurrida se apartó del veredicto y, por consiguiente, se ha demostrado la causal de casación invocada, esto es, la que contempla el numeral 2º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

Debe, por lo tanto, de acuerdo con las voces del numeral 1º del artículo 58 del Decreto que se acaba de mencionar, casarse el fallo y dictarse el que debe reemplazarlo.

Y como lo que varía, en forma fundamental, es la dosificación de la pena, debe partirse, para deducir la nueva sanción corporal, del mínimo que señala el art. 362 del Código Penal, no del 363, como pudiera pensarse, porque, como dice un eminente tratadista de derecho penal colombiano “la sanción básica de la cual debe partirse para hacer la disminución en la proporción fijada por el art. 382 cuando se obra en

las circunstancias allí previstas, debe ser la contemplada en el art. 362 para el homicidio simple, no obstante la presencia de una de las causales de asesinato, cual es la del ordinal 1º del art. 363, ya que la misma condición (el parentesco) no podrá jurídicamente recibir una doble y contradictoria valoración: de una parte exigida para atenuar (art. 382) y de otra para agravar (art. 363)".

Teniendo esto en cuenta y partiendo del mínimo de la sanción contemplada en el art. 362, lo cual se hace en virtud de que solo concurre una circunstancia de menor peligrosidad, la buena conducta anterior, y ninguna que indique una peligrosidad mayor (ya que no tiene asidero, a juicio de la Sala, la de antecedentes de depravación y libertinaje, que le dedujo el Tribunal), se hace la rebaja de cuatro años y medio, esto es, de un poco más de la mínima que puede hacerse (que es de cuatro años), lo que deja en tres años y medio la pena aplicable al procesado, que ya la tiene cumplida pues fue capturado el 18 de marzo de 1966 y no ha estado en libertad desde entonces.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia recurrida y en su lugar

RESUELVE:

1º. Condenar a Pedro Caballero, hijo de Rufina Caballero, de cuarenta años de edad a la época de los hechos, natural de Guaca, agricultor de profesión a la pena principal

de tres (3) años y seis (6) meses de presidio, que se declaran cumplidos en detención preventiva, como responsable por el delito de homicidio del que fuera víctima María del Rosario Lozano de Caballero, hecho ocurrido en las horas de la tarde del 14 de marzo de 1966, en el corregimiento de Sisota, municipio de Guaca (Departamento de Santander).

2º. Condenar a Pedro Caballero a las siguientes sanciones accesorias: a) Interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena principal; b) Publicación especial de la presente sentencia y, c) pérdida del arma con la cual cometió el delito (arts. 12 de la Ley 16 de 1969 y 59 del Código Penal).

3º. Condenar al mencionado Pedro Caballero, al pago de los perjuicios que hubiere causado con la infracción, y cuya estimación se hará de acuerdo con lo dispuesto por el art. 553 del Código Judicial.

4º. Ordenar que se libre la correspondiente boleta de excarcelación incondicional por pena cumplida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

ERROR DE DERECHO

Equivale a enjuiciar el proceso valorativo de los hechos frente a los textos legales que consagran y regulan los medios probatorios. Toda violación indirecta de la Ley por error de derecho en la estimación de la prueba presupone necesariamente un quebranto intermedio del precepto legal sobre valor probatorio. — La casación como recurso extraordinario comporta un verdadero silogismo, en el que la norma jurídica constituye la premisa mayor, los hechos que el juzgador verifica en el proceso la premisa menor y el fallo constituye la conclusión lógica de aquéllas.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diez y seis de noviembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobado: Acta N° 45 de 6 de noviembre de 1970).

VISTOS:

Está acusada en casación la sentencia de fecha veintidós de octubre de mil novecientos sesenta y nueve, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, confirmando la de primer grado, condenó a LIBARDO DE JESUS AGUDELO FLOREZ y a JOSE DOMINGO PELAEZ a la pena principal de seis años de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsables del delito de robo de que fue víctima Gerardo Arenas Mejía. Y como se halla agotado el trámite de rigor legal, procede la Corte a decidir.

ANTECEDENTES

a) En torno a las tres de la madrugada del dieciocho de agosto de mil novecientos sesenta y ocho, en momentos en que Gerardo Arenas Mejía se dirigía a su trabajo y se encontraba en la Autopista del Sur con la Calle 25, de la ciudad de Medellín, fue atacado por un grupo de seis hombres, quienes después de reducirlo a la impotencia por medios violentos, lo despojaron de su reloj y de un esferógrafo. Trataban aquellos sujetos de registrar los bolsillos de su

víctima cuando apareció una patrulla de la policía, la cual pudo lograr la aprehensión de José Domingo Peláez y Libardo Agudelo Flórez, momentos después, en un lote próximo en donde éstos habían tratado de ocultarse. Posteriormente fueron capturados José William Guzmán y Oscar de Jesús Cartagena Alvarez, a quienes se consideró cómplices del mismo delito.

b) Abierta y adelantada la investigación, el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Medellín calificó su mérito llamando a responder en juicio, mediante auto del 13 de diciembre de 1968, por los hechos sucintamente narrados, entendidos como estructurantes del delito de robo, a los procesados Libardo de Jesús Agudelo Flórez y José Domingo Peláez, y sobreseyendo temporalmente a José William Guzmán y Oscar de Jesús Cartagena, resolución confirmada por el Tribunal en la suya del 9 de mayo de 1969, en cuya parte motiva observó que el hecho se había perpetrado poniendo al ofendido en imposibilidad de obrar, circunstancia específica de agravación que el artículo 404 del C. P. contempla dentro de las hipótesis previstas en su ordinal 4° (fls. 90 a 100 y 117 a 122 del Cd. 1°). En esta última providencia se dispuso, además, "compulsar copia de lo pertinente para averiguar la conducta del denunciante-ofendido Gerardo Arenas por haber tergiversado la verdad de los hechos en su declaración de folios 40, vertida ante el Sr. Juez 4° Penal Municipal el nueve de septiembre de 1968".

c) Celebrada la Audiencia Pública con

asistencia de ambos procesados y de su defensor (fls. 125 a 130 vto.), el Juzgado del conocimiento profirió la sentencia de primer grado, fechada el 2 de agosto de 1969, en la cual aquéllos fueron condenados "a la pena principal de seis años de presidio", por el delito de robo de que habían sido acusados en el auto de proceder, sentencia que el Tribunal, en pleno acuerdo con la Fiscalía Sexta de esa Corporación, confirmó en la que ahora es objeto del presente recurso extraordinario (fls. 131 a 136 y 143 a 150).

LA DEMANDA

Se propone la acusación a la sentencia recurrida en representación de los procesados Libardo de Jesús Agudelo Flórez y José Domingo Peláez, en el extenso libelo que obra de folios 7 a 28 del cuaderno de la Corte. Después de memorar en detalle los hechos y la actuación procesal, el apoderado especial de los recurrentes aduce, como causal única, la que el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 consagra en su ordinal 1º, a cuyo amparo desarrolla dos cargos, que el mismo actor se encarga de sintetizar con fidelidad al final de cada uno de los respectivos capítulos, y que la Corte, por razones de lealtad dialéctica, estima útil reproducir en esta oportunidad.

Resumen del primer cargo:

"Impugnado el fallo del H. Tribunal Superior de Medellín por medio del cual se condenó a los recurrentes, con fundamento en la violación que en forma indirecta incurrió el H. Tribunal sentenciador, por los siguientes motivos:

"A) Le dió valor de plena prueba a los testimonios de los dos agentes de policía, señores GONZALO LOPEZ ARENAS y DANIEL SANCHEZ ZAPATA, testimonios que no están corroborados por ningún otro medio de prueba, y porque resultan sospechosos en razón de las contradicciones existentes entre sí, y por las respuestas acordes en la mayoría de los puntos lo que denota el previo concierto y preparación para rendir tales testimonios. Por este motivo, el

Tribunal, por error de derecho, violó el artículo 203 del C. de P. P., ya que la prueba no era apta para condenar.

"B) El H. Tribunal sentenciador apreció en forma errónea la prueba de la retractación que hizo el ofendido a folios 40 del expediente, lo que en rigor legal significa exclusión de total responsabilidad para los procesados. En consecuencia, el sentenciador incurrió por error de derecho en errónea apreciación de esta prueba, motivo por el cual quebrantó la ley sustancial en forma indirecta.

"C) El H. Tribunal sentenciador violó en forma indirecta la ley sustancial al dividir la versión de los imputados, conviniendo (sic) lo dispuesto por el artículo 255 del C. de P. P. ya que sus dichos no están desvirtuados dentro del informativo.

"D) El H. Tribunal sentenciador dejó de apreciar en la sentencia la ausencia de antecedentes judiciales y de policía que amparan la presunción de inocencia de los imputados que gobierna su conducta ante la ley penal sustancial. El Tribunal dejó de aplicar, por errónea estimación de las pruebas existentes dentro del proceso, el artículo 204 del C. de P. P.

Y un poco antes del transcrito resumen, se expresa en la demanda, respecto de la impugnación contenida en la letra A):

"En consecuencia, estimo que el H. Tribunal sentenciador violó en forma indirecta la ley sustancial al darle el valor de plena prueba a los dos testimonios de los Agentes de policía, señores GONZALO LOPEZ ARENAS, fl. 17, y DANIEL SANCHEZ ZAPATA, fl. 19, en razón de haberle atribuido el H. Tribunal Superior plena credibilidad a sus dichos, a pesar de las flagrantes contradicciones existentes en tales testimonios, razón por la cual el medio de prueba analizado por el fallador de segundo grado, no reúne en manera alguna las exigencias del artículo 224 del C. de P. P., norma que fue quebrantada directamente por el H. Tribunal, violación procesal que indujo al ad-quem a violar en forma in-

directa los artículos 404 del Código Penal, y Ley 4ª de 1943”.

Desarrollo del segundo cargo:

“En los juicios de puro derecho —dice—, cuando se ataca en casación un fallo condenatorio con invocación de la causal primera consagrada en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, con base en el valor probatorio de la prueba existente en el proceso, la H. Corte asume las veces de tribunal de instancia para efectos del examen de los medios de prueba. En consecuencia, no estando en firme la sentencia recurrida por haberse interpuesto contra ella el recurso de casación, y resultando aplicable en forma inmediata las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, resulta en este caso aplicable la Ley 16 de 1969, diciembre 19, por medio de la cual se suprimió la vigencia del Decreto 2.184 del 19 de octubre de 1951. Siendo esta ley más permisiva y favorable para los procesados, en razón del principio de favorabilidad establecido por el artículo 44 de la Ley 153 de 1887, que desarrollan los artículos 3º del C. Penal, y 5º del C. de P. P., y además, teniendo en cuenta que la sentencia condenatoria se elevó a seis años de presidio por virtud de la aplicación del Decreto 2.184 de 1951, y habiendo dejado de tener aplicación dicha norma en los juicios penales, resulta perfectamente aplicable por parte de la H. Corte la Ley 16 de 1969, que suprimió el aludido Decreto, operándose en esta forma una apreciable rebaja de la pena impuesta a los procesados que resulta de tres años.

“Teniendo en cuenta que los procesados recurrentes llevan en detención preventiva un tiempo superior al que les pudiera corresponder como pena aplicable, pido a la H. Corte dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 53 del Decreto 1.358 de 1964, ordenando la libertad de los procesados recurrentes al señor Director de la Cárcel de Varones ‘La Ladera’ de la ciudad de Medellín”.

Concluye el actor solicitando que se invalide el fallo acusado y se aplique el or-

dinal 1º del artículo 58 del Decreto 528 de 1964.

CRITERIO DEL PROCURADOR

Examina la Procuraduría Primera con notable amplitud todos los aspectos impugnatorios que el actor involucra, a título de errores de derecho, en el denominado primer cargo, minucioso análisis del cual desprende la conclusión de que el juzgador de segunda instancia, al evaluar en su conjunto la prueba testimonial que obra en el proceso, se limitó a hacer uso de las facultades que le confiere el artículo 224 del C. de P. P., razón por la cual mal podía infringir dicha norma. Tampoco quebrantó el artículo 255 ibidem, ya que no admitiendo los procesados hecho alguno que los perjudique, no se trata en rigor de una confesión, y, consecuentemente, no procedía aplicar dicho precepto. Y además —agrega— sus descargos se encuentran radicalmente infirmados por otros elementos de convicción presentes en el proceso. Finalmente observa que “La ausencia de antecedentes penales o policivos, no tendría, por lo anotado, incidencia alguna, en cuanto a exculpación de los procesados, sobre hechos debidamente establecidos, por lo cual no da lugar a ninguna violación legal cuando, además, esta circunstancia fue tenida en cuenta en el campo donde podía operar, o sea en relación con la sanción”.

Al segundo de los cargos propuestos responde el representante del Ministerio Público con estas razones:

“Cuando se dictó la sentencia de segundo grado, de fecha 22 de octubre de 1969, no había entrado en vigencia la Ley 16 del mismo año, la cual rige desde su sanción, o sea el 19 de diciembre pasado. De lo cual se concluye que el Tribunal falló de acuerdo con las normas vigentes al tiempo de dictar dicha providencia, no incurrió en violación legal alguna, ni menos de la citada ley.

“Desde este punto de vista, el cargo no puede prosperar.

"En cuanto a la reducción de la pena y libertad de los procesados, conviene recordar que el artículo 6º del Código de Procedimiento Penal es claro al disponer que 'La providencia que haga cesar o que rebaje con arreglo a una ley nueva, una sanción impuesta de acuerdo con leyes anteriores, será dictada de oficio, a petición del reo o del Ministerio Público, por el juez o tribunal que conoció de la causa', por lo cual, sobre este aspecto deben pronunciarse los funcionarios de instancia, ya que no le corresponde a la H. Corte como Tribunal de Casación".

Termina el concepto del Procurador con la solicitud de que se deseche el recurso y se ordene la devolución del expediente para que se resuelva sobre la aplicación de la Ley 16 de 1969.

LA CORTE CONSIDERA:

Sobre el primer cargo, se observa:

1. Alegar en casación error de derecho en el proceso valorativo de la prueba equivale a enjuiciar la apreciación que de ésta ha hecho el fallo acusado, frente a los textos legales que consagran y regulan los medios probatorios. Por ello, a diferencia de lo que ocurre con el error de hecho, el juzgador, lejos de ignorar un determinado medio de convicción, lo aprecia, pero asignándole un valor que la ley procedimental no le reconoce, o negándole el que la misma le concede. Se comprende así por qué toda violación indirecta de la ley sustancial, proveniente de error de derecho en la estimación de la prueba, presupone necesariamente el quebranto intermedio del precepto legal sobre valoración probatoria.

2. Sostiene el actor, en esencia, que el fallo recurrido dió a los testimonios de los Agentes de Policía Gonzalo López Arenas y Daniel Sánchez Zapata un valor demostrativo de que carecen, infringiendo el artículo 224 del C. de P. P. y violando así, de indirecto modo, el artículo 404 del Código Penal.

El sentenciador de segunda instancia no

realizó una caprichosa o arbitraria apreciación de la referida prueba testimonial; lo que ocurre es que, siguiendo el criterio de la persuasión racional, no se limitó a un examen insular de lo aseverado por los nombrados Agentes —respecto de los cuales tuvo en cuenta sus condiciones personales, el objeto de su testimonio y las circunstancias en que fue percibido— sino que, desarrollando una labor de análisis y síntesis, confrontó su dicho con los demás factores de convicción obrantes en el informativo, operación dialéctica tras la cual adquirió la certeza que se advierte en los siguientes pasos del fallo condenatorio acusado:

"La prueba de que se hizo mérito no sólo es suficiente para basar el llamamiento a juicio de los dos procesados, sino que es plena prueba de la infracción y de la responsabilidad de ambos (artículos 272 y 203 del Código de P. Penal), de suerte que la sentencia condenatoria dictada en su contra, en la cual se tuvieron en cuenta las disposiciones citadas lo mismo que los artículos 2º de la Ley 4ª de 1943, 404 del Código Penal, artículo 1º del Decreto 2.184 de 1951, 54, 58 y 92 del Código Penal, está ajustada a la Ley y debe ser confirmada.

"Así lo sostiene la señora Fiscal Sexto de la Corporación en la somera vista que antecede, en la cual solicita la confirmación del fallo sometido a revisión por encontrar, como la Sala, que existe en el expediente la plena prueba requerida para condenar a los dos reos por el delito 'del robo' agravado de que se viene hablando.

"Las razones expuestas por el señor defensor en la audiencia, que se resumen en la inexistencia de esa prueba, quedan así controvertidos por las consideraciones que se dejaron apuntadas desde la confirmación del auto de proceder y que son las mismas a esta altura del proceso, ya que el sistema probatorio del mismo no varió en el período de pruebas de la causa".

En suma, el Tribunal apreció razonadamente la credibilidad de los ameritados testimonios, sin trascender al amplio marco

trazado por el artículo 224 del C. de P. P. Si al criterio en él señalado ajustó su atemperada autonomía, no es posible afirmar válidamente que hubo **transgresión medio**, faltando, por tanto, el presupuesto indispensable para establecer la indirecta violación de la norma sustancial. El recurso extraordinario de casación comporta en su técnico desarrollo —como en ocasiones lo ha recordado la Corte— un verdadero silogismo, en que la premisa mayor es la norma jurídica, la menor el hecho o hechos que el juzgador verifica en el proceso, y la conclusión el fallo que surge como consecuencia lógica de aquéllas. Si no se demuestra el cargo enderezado contra la premisa menor, la mayor también queda intacta, y la tacha debe desestimarse.

3. Tampoco infringió la sentencia acusada el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal al apreciar las diversas versiones presentadas por el ofendido Gerardo Arenas Mejía. Por el contrario, ajustado a esa norma su labor evaluadora, sopesó sus exposiciones, las confrontó con el resto del acervo probatorio y supo distinguir que aquel había expresado la verdad en sus declaraciones iniciales, y que la última era mentirosa. Y fundado en ello precisamente, al confirmar el auto de proceder, ordenó compulsar copia de lo pertinente para averiguar la conducta del denunciante Arenas, “por haber tergiversado la verdad de los hechos en declaración de folios 40, vertida ante el señor Juez 4º Penal Municipal el nueve de septiembre de 1968”. Criterio compartido por la Fiscalía Sexta del Tribunal, quien en concepto visible a folios 140 y siguientes había expresado:

“La prueba de la responsabilidad penal en que se apoyó el auto de cargos no tuvo variación en el período probatorio del juicio y ella, como se vió detenidamente en la providencia calificatoria y en el auto por el cual se confirmó en segunda instancia ésta, así como en el concepto de la Fiscalía en esa ocasión, reúne las condiciones de plena o completa al tenor del artículo 203 del C. de P. P. para sustentar contra los acriminados un fallo condenatorio. La prueba testimonial inicial integrada por dicho

del ofendido respaldado con las atestaciones de los agentes que intervinieron en el procedimiento y los celadores que por el lugar en donde ocurrieron los hechos prestaban sus servicios y los cuales también participaron en la búsqueda y aprehensión de los ladrones no perdió su fuerza probatoria con las ampliaciones de las indagatorias de los implicados quienes varios meses después de ocurrido el hecho se presentan y en forma extraordinariamente ‘similar’ atacan el reconocimiento que en rueda de personas hiciera el ofendido, pues aparecen a simple vista, mendaces. Y tampoco merece credibilidad la posterior aclaración del ofendido en donde contradice, casi un mes después, lo que había dicho en forma libre y espontánea en dos ocasiones anteriores”.

4. Carece de toda entidad, por otra parte, la afirmación de que el sentenciador “violó en forma indirecta la ley sustancial, al dividir la versión de los imputados, contraviniendo el artículo 255 del C. de P. P., ya que sus dichos no estaban desvirtuados dentro del informativo”.

En primer lugar, no se trata aquí —y así se anota con razón en la respuesta del Procurador— de una confesión, vale decir, del reconocimiento que el acusado hace de su propia culpa, como autor o partícipe de un hecho delictuoso, pues los procesados Libardo de Jesús Agudelo Flórez y José Domingo Peláez no admiten hecho alguno que les perjudique. Habría sido improcedente, en consecuencia, la aplicación del citado artículo 255. El fallador de segundo grado no hizo cosa distinta de estimar el dicho de los procesados, con prudente y razonable arbitrio, dentro del marco probatorio del proceso, y al proceder así, lejos de quebrantar las normas positivas sobre pruebas, las consultó con buen juicio o *sindéresis*.

5. Finalmente se dirá que la ausencia de antecedentes penales o policivos de los procesados fue apreciada por el fallador en el campo donde debía operar, o sea al individualizar la sanción, y no —según pretende el demandante— como demostrati-

va de la inocencia de aquéllos. Por lo demás, la tacha sobre el particular se dejó expósita, pues ni siquiera se expresó en qué clase de error incurrió el Tribunal al respecto.

Respuesta al segundo cargo:

6. Para refutarlo basta considerar, como lo recuerda la Procuraduría, que cuando se profirió el fallo de segundo grado, el 22 de octubre de 1969, aún no había entrado en vigencia la Ley 16 del mismo año, que sólo empezó a regir el 19 de diciembre último. En consecuencia, no pudo violar una norma entonces inexistente. Y por tan elemental razón el cargo carece de todo fundamento.

En cuanto al tema relativo a la reducción de la pena y a la libertad de los reos, es asunto que habrá de resolverse en las instancias, conforme al mandato contenido en el artículo 6º del Código de Procedimiento Penal.

Se dirá, por último, que no acierta el actor cuando afirma que en los juicios de puro derecho, "cuando se ataca en casación un fallo condenatorio con invocación de la causal primera consagrada en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, la H. Corte asume las veces de Tribunal de instancia para efectos del examen de los medios de pruebas".

No. Entre las notas o características esenciales del recurso extraordinario de casación puntualizan los doctrinantes, junto con el fin renovador (mediante aquél se puede alcanzar una revisión del proceso) y la limitación de los medios para obtener dicho fin (causales taxativamente establecidas por la ley), la restricción de facultades en el Tribunal de casación, pues éste no puede ocuparse oficiosamente de los hechos ven-

tilados en el proceso, hasta el punto de que muchas legislaciones le vedan proferir siquiera sentencia de segundo grado cuando el recurso prospera, y debe enviar el asunto al inferior para que éste lo decida de nuevo. Prevalece, por tanto, la apreciación probatoria del fallador de instancia, salvo los yerros de hecho o de derecho respecto de determinada prueba, siempre que hayan sido alegados y demostrados por el actor.

7. De todo lo dicho se desprende que careciendo de justificación los cargos aducidos con apoyo en la causal primera, única propuesta, debe darse aplicación al precepto contenido en el artículo 569 del estatuto que acaba de citarse.

FALLO:

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Procuraduría Primera Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación a que expresamente se refiere la parte motiva y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen. El Juez que conoció de la causa resolverá acerca de la solicitud sobre rebaja de la sanción a que se alude en el numeral 6º de la parte considerativa del presente fallo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la Gaceta Judicial.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.



CAPTURA Y DETENCION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

El art. 50 del Decreto 1358 de 1964, señala los requisitos legales que se deben reunir para ordenar la captura y detención de un funcionario público, tendientes a impedir que la administración sufra detrimento por quedar acéfalos los cargos públicos, interrumpiéndose la necesaria continuidad en los servicios del estado, y su inobservancia conduce al funcionario a cometer un delito contra la libertad individual y otras garantías.

Corte Suprema de Justicia — Sala Penal.—
Bogotá, noviembre diez y siete de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto).

(Aprobado: Acta N° 46 de noviembre 13 de 1970).

VISTOS:

Consulta el Tribunal Superior de Cartagena el sobreseimiento definitivo, de fecha 9 de junio del año en curso, dictado en el proceso que por el delito de abuso de autoridad se ha venido adelantando contra el doctor AQUILINO ALEMAN PIANETA, Juez Unico Penal Municipal de Mompós y que fuera iniciado por denuncia que contra él presentara Víctor Arias Navarro, Inspector de Policía de "Tierra Firme" o "Santa Teresita" por hechos ocurridos en el mes de septiembre del año pasado.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

Manifiesta el denunciante en escrito dirigido al Procurador del Distrito de Cartagena que en el mes que se acaba de mencionar tuvo una pelea con Franco Jiménez Martínez a consecuencia de la cual resultó con lesiones el primero pero que en la investigación iniciada por tal causa, el Juez de Mompós, doctor Aquilino Alemán P., pese a que en la misma denuncia constaba que Arias Navarro era Inspector de Policía, libró contra él boleta de captura en virtud de la cual fue detenido y conducido a la cárcel.

Acompañó a su denuncia una constancia del Director de la Cárcel de Mompós en la que se dice que fue llevado allí el denunciante el día 2 de octubre del año pasado por cuenta del Juez Unico Penal Municipal y que a la fecha de la misma (cuatro de octubre) continuaba detenido.

Asimismo allegó la constancia, expedida por el Alcalde de Mompós, de que ejercía, desde el 2 de septiembre del año pasado y continuaba ejerciendo el día de la fecha (cuatro de octubre) el cargo de Inspector de Policía del Corregimiento de Santa Teresita.

Por auto de catorce de enero del año en curso, el Tribunal Superior de Cartagena abrió investigación contra el Juez Alemán Pianeta y dentro de ella se trajeron a los autos copia del acuerdo de nombramiento y del acta de posesión de dicho profesional en el cargo referido, así como también certificado del Alcalde de Mompós en el sentido de que estaba en desempeño del mismo durante el mes de septiembre del año pasado.

También se recibió indagatoria al funcionario denunciado quien en esa diligencia dice, en síntesis, que, al poner la esposa de Franco Jiménez ante su despacho denuncia por lesiones personales contra Víctor Arias Navarro, manifestó que éste era Inspector de Policía del Corregimiento de Santa Teresita, y que el despacho a su cargo, al iniciar la investigación, ordenó, al mismo tiempo, la captura del denunciado y la comprobación de que, efectivamente, tenía ese cargo y lo estaba desempeñando oficiando

para ello a la Alcaldía pero la respuesta del Alcalde se demoró por lo cual la captura se llevó a cabo y el denunciado estuvo detenido hasta que llegaron los documentos que demostraban su calidad oficial, pero una vez obtenidas esas constancias, lo puso, de inmediato, en libertad, con compromiso de presentarse periódicamente ante el Despacho, lo que hizo por no haber mérito para decretar su detención preventiva. Agrega que los documentos en mención se recibieron el 2 de octubre del año pasado, pese a que la solicitud la había hecho desde el 30 de septiembre y que el despacho de la Alcaldía queda a dos puertas del Juzgado. Afirma también que Arias Navarro fue puesto a órdenes del Juzgado el citado 2 de octubre y que su situación se resolvió el 7 del mismo mes, porque fueron feriados los días 4 y 5 (sábado y domingo).

Como quiera que al tiempo y actuando sobre copia de la queja presentada ante el Procurador del Distrito Judicial de Mompós, se venía adelantando, en el mismo Tribunal de Cartagena, abierta por auto de 26 de noviembre del año pasado, otra investigación contra el Juez Alemán Pianeta, se decretó, en providencia de 2 de abril de este año, que se unieran los dos expedientes.

Dentro de estas últimas diligencias, se allegó copia de las iniciadas a virtud de la denuncia presentada por la señora de Franco Jiménez contra Arias Navarro, a quien se ordena capturar y recibirle declaración indagatoria, impartiendo para lo primero orden, con fecha 30 de septiembre del año pasado, al Comandante del Distrito de Policía Nacional de Mompós. También se ordenó pedir a la Alcaldía la suspensión del denunciado en el cargo de Inspector y se pidió copia tanto de su nombramiento como de la posesión en ese cargo.

Aparece también la del decreto de nombramiento de Víctor Arias Navarro como Inspector de Policía del Corregimiento de Santa Teresita, fechado a 26 de agosto del año pasado y del acta de posesión de aquél en ese cargo, el día 2 de septiembre de ese año.

Hay igualmente una constancia del Juzgado Penal Municipal de Mompós de 3 de octubre en que se dice que ese día fueron recibidos allí los documentos que se acaban de mencionar.

Obra asimismo, copia de un oficio del Comandante de Policía con fecha 2 de octubre en que pone a disposición del Juez a Víctor Arias Navarro capturado según boleta N° 0518, emanada del Juzgado en cuestión.

Y de la indagatoria rendida por Arias Navarro el 3 de ese mes y año referidos, el día anterior al cual, según constancia que también se copia, se habían recibido las copias del nombramiento y posesión del denunciado como Inspector en el Corregimiento de Santa Teresita.

Se copió también el auto de fecha 7 de octubre por el cual el Juzgado resuelve poner en libertad a Arias Navarro con la condición de presentarse, cada treinta días, ante el Despacho. Y finalmente, aparece copia de la boleta de libertad que lleva la misma fecha que se acaba de mencionar.

En indagatoria, que también se le recibió en estas otras diligencias, el Juez denunciado repite las mismas razones que ya tenía manifestadas en la que se deja atrás resumida, en el sentido de que no ordenó la libertad de Arias Navarro sino cuando llegaron los documentos que comprobaban se trataba de un funcionario.

El Tribunal cerró la investigación por auto de 21 de abril del año en curso y dictó, con fecha 9 de junio el que se revisa en el que considera que el funcionario denunciado no cometió el delito de detención arbitraria ni otro alguno por cuanto, según esa Corporación, no está prohibido capturar a un funcionario público para indagarlo sino que lo que la ley no permite es que se le detenga, a virtud de un auto, sin haber sido suspendido previamente, a menos que hayan pasado diez días desde la ejecutoria de la providencia de detención sin que haya sido suspendido el funcionario.

El Juez sindicado no procedió arbitra-

riamente al ordenar la captura del Inspector ya que había motivo para llamarlo a rendir indagatoria y tanto menos cometió infracción penal cuanto que, una vez recibida esta diligencia, lo puso en libertad.

Por tales razones sobresee definitivamente en su favor.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal pide, en su concepto, que se revoque el sobreseimiento definitivo consultado y que, en su lugar, se llame a juicio al Juez Alemán Pianeta por el delito de detención arbitraria.

Considera, en síntesis, que si bien no hay norma que impida capturar a un funcionario público para recibirle indagatoria, tampoco la hay que lo autorice y que en el presente caso, no habiéndose sorprendido in flagranti delito al Inspector denunciado y constando en la denuncia que se trataba de un funcionario público, el Juez denunciado ordenó, sin embargo, su captura, no esperando a llegaran los documentos que acreditaban la calidad oficial del denunciado.

Por otra parte, demostrada esa calidad y recibida la indagatoria, el Juez no ordenó de inmediato la libertad del funcionario, sino que dejó transcurrir cuatro días sin definir su situación, alegando que se habían interpuesto días feriados, lo cual no es aceptable pues la libertad de las personas no puede estar sujeta a plazo o condición y siendo así que una vez acreditado el carácter de funcionario en el denunciado, debió excarcelarlo de inmediato.

No acepta tampoco la alegación del Juez denunciado en el sentido de que resolvió la libertad del Inspector dentro de los términos que consagra el art. 43 del Decreto 1.358 de 1964 porque, no obstante estar acreditada la calidad de funcionario público, le dió el mismo tratamiento que a cualquier otro inculcado, esto es, omitió cumplir las formalidades que la ley estatuye para estos casos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Dice el artículo 50 del Decreto que se acaba de mencionar que "en el mismo auto en que se decreta la detención preventiva de un funcionario o empleado público se ordenará a la corporación o autoridad respectiva que se proceda a suspenderlo en el ejercicio de su cargo. Mientras se cumple la orden de suspensión se adoptarán las medidas de vigilancia y seguridad para evitar que el sindicado eluda la acción de la justicia. Pasados diez días contados desde la fecha en que se comuniquen la orden, se dispondrá la captura del sindicado aun cuando la suspensión no se hubiere producido".

Esta disposición, que era la vigente en el momento de los hechos imputados al Juez Alemán Pianeta, muestra muy claramente el propósito del legislador de que no se prive de libertad a los funcionarios públicos sino previo el lleno de ciertos requisitos legales, tendientes, como puede colegirse rectamente de la norma transcrita, a impedir que la administración sufra detrimento por quedar acéfalos los cargos públicos, interrumpiéndose la necesaria continuidad en los servicios del Estado.

Y si tal cosa se exige para dar cumplimiento a un auto de detención, que es una providencia motivada, cuyos fundamentos están taxativamente establecidos por la ley, con cuanta mayor razón debe tenerse en cuenta esa exigencia cuando se trata de la captura de funcionarios públicos a efectos de la indagatoria que es una diligencia no imprescindible dentro del proceso que más bien puede considerarse como una oportunidad favorable al sindicado, pues le da ocasión para presentar sus descargos y que no interrumpa el proceso en caso de que aquél no pueda ser habido para oír sus explicaciones.

Pero si, salvo casos excepcionales, que no es la oportunidad de analizar, no debe capturarse a un funcionario público para indagarlo, menos se está facultado legalmente para retenerlo después de la indagatoria y pese a estar demostrada su calidad oficial.

Eso es lo que ha sucedido en el caso de autos, en que, a pesar del conocimiento que el Juez Alemán Pianeta tenía de calidad oficial del sindicado y ahora denunciante Arias Navarro, puesto que la mencionó en el auto cabeza de proceso para pedir copias del nombramiento y de la posesión de aquél y para solicitar la suspensión del denunciado, procedió a librar orden de captura contra éste y no obstante que el Inspector fue aprehendido el 2 de octubre, solo al día siguiente le recibió indagatoria, y en lugar de ponerle en libertad de inmediato, se esperó hasta el 7, manteniéndolo durante cuatro días privado de ella sin justificación alguna y aun cuando ya estaba demostrado su carácter de funcionario público.

En estas condiciones, hay base suficiente en los autos para llamar a juicio al funcionario denunciado, cuyo carácter de Juez Unico Penal Municipal de Mompós está perfectamente establecido, abriendo en su contra causa criminal por el delito de detención arbitraria, según lo tipifica el artículo 295 del Código Penal, norma en que la Sala considera contemplada la conducta del procesado ya que, sin observar los requisitos legales y abusando de su condición de funcionario público, privó de libertad a quien estaba investido del mismo carácter oficial, y a pesar de tener conocimiento de este.

Se cumplen, igualmente, los demás requisitos que, para enjuiciar, exige el artículo 429 del C. de P. Penal, ya que hay pruebas suficientes, en el grado que requiere la providencia enjuiciatoria, para considerar que el sindicado doctor Alemán Pianeta, es responsable, como autor, del hecho que se deja especificado en los apartes anteriores.

Por lo expuesto la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º. REVOCAR el auto de sobreseimiento definitivo consultado.

2º. ABRIR CAUSA CRIMINAL por el delito de DETENCION ARBITRARIA, que define y castiga el Capítulo II del Libro II del Código Penal, contra el doctor AQUILINO ALEMAN PIANETA, abogado de profesión, de 34 años de edad, natural y vecino de Mompós, hijo de Rafael Alemán Zabaleta y de Josefina Pianeta de Alemán, con cédula de ciudadanía N° 828218 de Barranquilla.

En el acto de notificación de esta providencia, para lo cual se comisiona al Presidente de la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Cartagena, con facultad para subcomisionar, se harán al notificado las advertencias de ley.

3º. Como el delito por el cual se llama a juicio, tiene conminada pena privativa de la libertad, DECRETASE LA DETENCION PREVENTIVA del procesado, de conformidad con lo dispuesto por el art. 49 del Decreto 1.358 de 1964, previa suspensión en el ejercicio del cargo.

Sin embargo, como de autos aparece que sería aplicable, en caso de condena lo dispuesto en el art. 80 del Código Penal, se otorga, dando aplicación al numeral 3º del art. 14 de la Ley 16 de 1969, la libertad provisional al procesado previa caución por la suma de \$ 500.00 para recibir la cual y asentar la diligencia correspondiente, también se comisiona al señor Presidente de la Sala Penal del Tribunal de Cartagena, con facultad para subcomisionar.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.



NULIDAD POR ERROR EN EL NOMBRE O APELLIDO DEL RESPONSABLE

El auto de sobreseimiento definitivo, debidamente ejecutoria lo tiene la fuerza de cosa juzgada, pero no es revisable en Casación. — Se incurre en la nulidad del ord. 5º del art. 37 del Decreto 1358 de 1964; cuando no se ha individualizado el sujeto activo de la infracción en el auto de proceder, siendo varios los sindicados, de este motivo de nulidad no es extensivo a los inculcados debidamente identificados y solamente se predica de aquél o aquellos en quienes concurra.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, treinta de noviembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta N° 50).

VISTOS:

Agotado el trámite de rigor, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga contra la sentencia de esta Corporación de 20 de febrero del presente año, mediante la cual se condenó en segunda instancia a cada uno de los procesados LUIS CARLOS o DOMINGO ARIAS, ALBERTO ARIAS y GONZALO ANACONA a la pena principal de trece años de presidio y se absolvió a los acusados GABRIEL N. y HERNANDO o NANO N., por el delito de homicidio cometido en la persona de Ramón Arboleda o Arbeláez.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Entre las siete y las ocho de la noche del diez y siete de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve, en la finca "La Rivera", situada en la vereda Alejandría, corregimiento de Albán, Municipio de El Cairo, comprensión del Distrito Judicial de Buga, varios individuos, de los cuales fueron identificados Luis Carlos o Domingo Arias, Alberto Arias y Gonzalo Anacona, causaron la muerte con diversas armas (blancas y de

fuego) al señor Ramón Arboleda o Arbeláez, y enterraron luego el cadáver de la víctima en un cafetal cercano a la casa de la hacienda, de donde fue exhumado el día 21 del mismo mes por el Inspector de Policía de Albán, funcionario que inició la investigación penal.

En razón de esos hechos, el Juzgado Segundo Superior de Buga, por auto de 12 de febrero de 1962, después de clausurada la etapa de instrucción, abrió causa criminal por los trámites del juicio con jurado contra Domingo o Luis Carlos Arias, Alberto Arias, Gonzalo Anacona, Gabriel N. y Nano o Hernando N., por homicidio, individualizado en la parte motiva como asesinato por la concurrencia de las causales 5ª y 7ª del artículo 363 del C. P., considerando a aquellos como cómplices necesarios del delito, y en la misma providencia sobreseyó definitivamente en favor del menor Argemiro Meza Colorado "de 18 años cumplidos según su primera indagatoria" (fls. 89 a 93).

De dicho auto conoció el Tribunal Superior de Buga, por apelación interpuesta por algunos de los enjuiciados y por consulta del sobreseimiento, y aquella entidad lo confirmó en el suyo de 9 de agosto de 1962 con ligera reforma de la parte motiva, en el sentido de que los acusados obraron "en calidad de coautores, y no en complicidad necesaria, como lo apreció el juzgado" (fls. 116 a 124).

Vencido el término probatorio del juicio y observando las normas de procedimiento vigentes entonces, se realizó en el juzgado

del conocimiento, el día 23 de enero de 1963, la diligencia de sorteo de jurados, y resultaron elegidos los señores Fabio Campo Lozano, Oscar Arredondo Valencia y Rubén Emilio Arango Maldonado (fl. 136 vto.).

Por diversos motivos que no es preciso detallar no fue posible celebrar la audiencia pública en la fecha primeramente señalada, y en esas circunstancias entró a regir el Decreto 1.358 de 1964. El juez de la instancia estimó conveniente y oportuno el nombramiento de jurados suplentes, establecidos por el artículo 19 de aquel decreto, y fue así como dispuso, en auto de 5 de diciembre de 1966, solicitar al Tribunal Superior de Buga su designación para esta causa (fl. 146).

El superior acogió la petición y en acto cumplido el 17 de enero de 1967, sorteándose tres jurados suplentes, resultaron elegidos los señores Jorge Cabal Concha, Alvaro Lozano Roldán y Juan Antonio Tróchez (fl. 147).

Por auto de 14 de agosto de 1968 se fijó nuevamente fecha para la audiencia, pero ésta no se pudo efectuar tampoco en esa oportunidad porque uno de los jurados principales, el señor Rubén Emilio Arango, había actuado como apoderado de uno de los sindicados (fls. 177 y 178).

Con motivo de aquella circunstancia, el juez ordenó aplazar la celebración del juicio y solicitar al Tribunal Superior del Distrito el sorteo del reemplazo del jurado Rubén Emilio Arango, invocando el Decreto 1.358 de 1964 (fl. 178 vto.).

De acuerdo con esa solicitud, el Tribunal de Buga realizó la diligencia correspondiente, y fue elegido en sorteo el señor Efraín Granobles (fl. 181).

Integrado el jurado de conciencia en la forma que se deja expuesta, se fijó el día 5 de noviembre de 1969, a la hora de las 9 de la mañana, para dar comienzo a la audiencia pública, previniendo a los jurados —principales y suplentes— que debían presentarse en dichas fecha y hora, de con-

formidad con el artículo 26 del Decreto 1.358 de 1964, bajo sanción de la multa contemplada en el artículo 3º del Decreto 242 de 1951 (fl. 194).

Por excusa del defensor doctor Heriberto Rengifó (fl. 195) no se pudo iniciar la audiencia el día antes mencionado, y se señaló nuevamente para tal acto el día 6 de diciembre de 1968, lo que se hizo por auto que se notificó a las partes y a todos los jurados (fl. 202).

En la fecha últimamente citada se llevó a cabo la vista pública, en la cual intervinieron como jurados los señores Fabio Campo Lozano, Oscar Arredondo Valencia y Juan Antonio Tróchez, "este último en calidad de suplente del jurado principal Efraín Granobles, quien se excusó", según constancia dejada en el acta (fl. 208).

El Fiscal del Juzgado, en su disertación ante los jueces de hecho, analizó la prueba producida y concluyó demandando un veredicto condenatorio para los acusados Domingo o Luis Carlos Arias, Alberto Arias y Gonzalo Anacona, por estar demostrada su responsabilidad, como coautores, en el homicidio de que fue víctima Ramón Arboleada o Arbeláez. "Respecto de Gabriel N. y Hernando o Nano N., dice —se lee en el acta de audiencia— que para evitar futuras consecuencias relacionadas con la identificación de los procesados, lo mejor es absolverlos por falta de identificación, pues imposible dictar un fallo condenatorio contra una persona que no se conocen sus apellidos ni datos somáticos o personales, lo que podría acarrear errores e injusticias y hasta nulidad de la actuación. Que esta petición la hace al jurado, debido a esa circunstancia, mas no respecto de su responsabilidad, que él considera absoluta, pero sin poderla fijar en persona determinada" (fls. 208 vto. y 209).

El defensor de los procesados admitió la responsabilidad de los inculpados Arias y Anacona, pero sostuvo que éstos habían obrado en complicidad correlativa, figura contemplada en el artículo 385 del C. P., y no en coautoría. Con relación a los sindi-

cados Gabriel N. y Hernando N., manifestó su acuerdo con la tesis del Agente del Ministerio Público, "pues es injurídico aplicar una sanción condenatoria a una persona no identificada plenamente, dando lugar a que se cometan injusticias".

El jurado dio respuesta a los cuestionarios referentes a los procesados Domingo o Luis Carlos Arias, Alberto Arias y Gonzalo Anacona, en estos términos: "Sí en complicidad correlativa". Y a las cuestiones atinentes a los acusados Gabriel N. y Nano o Hernando N., contestó: "No es responsable por falta de identificación" (fls. 205 a 207).

Con base en los veredictos que se dejan transcritos, el juez de la causa dictó sentencia el 13 de diciembre de 1968, en la que condenó a cada uno de los enjuiciados Arias y Anacona a la pena principal de nueve años de presidio y a las accesorias correspondientes, y absolvió a los procesados Gabriel N. y Hernando o Nano N., "de condiciones civiles y naturales desconocidas".

El fallo fue consultado con el Tribunal Superior de Buga, Corporación que lo confirmó en el suyo de 20 de febrero del presente año, objeto ahora del recurso extraordinario de casación, con reforma en cuanto a las penas, pues elevó a trece años de presidio la principal y suprimió la sanción accesoria de la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, dando en esta última parte aplicación a una disposición de la Ley 16 de 1969.

Observa la Corte que en realidad los imputados Gabriel N. y Hernando o Nano N. no fueron identificados en ninguna forma en el proceso, y fueron declarados reos ausentes para el juicio, después de haber sido emplazados con aquellos nombres y como "de condiciones civiles y personales desconocidas" (fls. 97 y 106).

DEMANDA DE CASACION

El Fiscal recurrente, en escrito presentado en tiempo y que se declaró formalmente

ajustado a las exigencias legales, impugna la sentencia de segundo grado aduciendo la causal de casación contemplada en el ordinal 4º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 (cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad), a cuyo amparo formula varios cargos, así:

"Primero.- Nulidad por incompetencia de jurisdicción. Se presenta esta clase de nulidad por distintos aspectos, a saber: a) Porque el Juzgado Superior resolvió la situación del sindicado Argemiro Mesa Colorado, no obstante haber manifestado éste en su indagatoria, sin prueba en contrario que refutara tal exposición, que a la época de los hechos contaba con edad inferior a dieciocho años; b) Porque la audiencia pública se celebró con intervención del señor Juan Antonio Tróchez, quien a pesar de figurar en el tercer lugar de los jurados suplentes, actuó en reemplazo del jurado principal que no asistió, sin que fueran llamados los suplentes en orden numérico; c) Porque actuó un Tribunal Superior distinto al que le correspondía al trámite de acuerdo con el territorio donde ocurrieron los hechos.

"Segundo.- Nulidad por error en el apellido de la persona responsable. Se incurrió en la nulidad contemplada en el numeral 5º del artículo 37 del Decreto 1.358 de 1964 por haberse señalado a los procesados Gabriel y Hernando o Nano N. con un apellido innominado, es decir, erróneo, ya que a los dos se les determinó solo por los nombres, sin otra identificación.

"Tercero.- Nulidad específica para los casos de intervención del jurado. Asimismo se incurrió en la nulidad contemplada en el Artículo 199, numeral 4º del C. de P. P. y en el Decreto 1.358 de 1964, Art. 38, numeral 2º, por haber figurado como miembro del jurado una persona que aparecía en la lista correspondiente en lugar diferente al que se le asignó para actuar.

"Cuarto.- Nulidad constitucional. Se violó el Art. 26 de la Constitución Nacional y el Art. 14 del Decreto 1.822 de 1964 y se siguió el juicio correspondiente con aplica-

ción de leyes posteriores tanto al delito como a la iniciación del proceso vulnerando así el derecho de defensa”.

Como normas violadas señala el recurrente los artículos 26 de la Constitución Nacional, 14 del Decreto 1.822 de 1964, 32, 101 y 102 del C. de P. P., la Ley 83 de 1946, el inciso 2º del artículo 95 del Decreto 1.356 de 1964, las disposiciones del Código de Procedimiento Penal vigentes para la época de tramitación del proceso y relativas a la audiencia con intervención de jurado, contempladas en el capítulo III del título III, del libro 3º del C. de P. P., y las normas del mismo estatuto relacionadas con la segunda instancia, particularmente el artículo 542 que consagraba la apertura del juicio a prueba.

El actor desarrolla la acusación alegando, en síntesis:

a.- Que ni el Juzgado Superior ni el Tribunal de Buga estaban facultados para decidir la situación jurídica del sindicado Argemiro Meza Colorado, como lo hicieron en el auto que calificó el mérito del sumario, porque aquél era menor de dieciocho años en la fecha de los hechos, según afirmación que hizo en la indagatoria, circunstancia que daba competencia para conocer de la imputación que se le formuló al Juez de Menores, lo que hace que se configure aquí el motivo de nulidad previsto en el ordinal 1º del artículo 37 del Decreto 1.358 de 1964.

b.- Que “la calidad de jurado por parte del señor Tróchez no fue legalmente acreditada, y por lo mismo existe incompetencia de jurisdicción en el acto realizado por él al intervenir en la audiencia”, pues para determinar el reemplazo del jurado principal Efraín Granobles, quien no asistió a la audiencia, el Juzgado “no siguió el orden de extracción de las fichas, como lo tiene previsto el artículo 27 del Decreto 1.358 de 1964, puesto que no se llamó a los suplentes que en orden numérico estaban colocados antes del jurado Tróchez, violándose de paso también las previsiones del artículo 22 *ibidem*”.

c.- Que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga usurpó jurisdicción al tramitar y decidir la consulta de la sentencia de primera instancia, “ya que conforme las estipulaciones del inciso segundo del artículo 95 del Decreto 1.356 de 1964, dicho grado de jurisdicción correspondía entonces al existente Tribunal Superior de Cartago, porque conforme a la división territorial judicial, el sitio donde se cometió el hecho delictuoso calificado en este proceso correspondía a este último distrito, desmembrado del que conformaba antes el de Buga”.

d.- Que en el auto de proceder se incurrió en la causal de nulidad contemplada en el numeral 5º del artículo 37 del Decreto 1.258 de 1964, por error en cuanto a la identificación de dos de los procesados, “distinguidos únicamente con los nombres de Gabriel y Hernando o Nano N., sin otras especificaciones que sirvieran para individualizarlos con sus características propias, entre las cuales figura como principal el apellido que viene a contituir lo que algunos tratadistas denominan el nombre civil”.

Dice el recurrente que por la falta de determinación de esos dos acusados, y no por otra razón supuesto que la prueba de cargos era la misma para todos los procesados, el jurado de conciencia los absolvió, acogiendo la solicitud que a ese respecto hicieron tanto el Fiscal Superior como el defensor, “quedando en estas condiciones desprotegida la sociedad en relación con la penalidad para los referidos delincuentes, tan responsables como los otros”.

Estima el actor que no son admisibles los argumentos que dio el tribunal de segunda instancia para desechar aquel motivo de nulidad, fundados en que sería inoperante invalidar el juicio “frente al resultado favorable que conlleva el veredicto a estudio para los procesados Gabriel N. y Hernando o Nano N”.

Considera también el impugnador que la nulidad con base en la causal 5ª del artículo 37 del Decreto 1.358 citado, por error en cuanto al señalamiento de las personas

de dos de los acusados, "repercutiría sobre la situación jurídica de los restantes procesados a quienes se juzgó conforme a la ley procedimental", por tratarse de un mismo hecho delictuoso.

e.- Que como este proceso se inició con anterioridad el 1º de septiembre de 1964, fecha en que empezó la vigencia del Decreto 1.358 del mismo año, el sorteo parcial para reemplazar al jurado Rubén Emilio Arango, quien no podía actuar como tal en el juicio, y el sorteo de los jurados suplentes, han debido hacerse "de la misma lista de las que fueron designados originariamente", que correspondió al Juzgado Segundo Superior de Buga, y no de otra, o sea de "la elaborada por el Procurador del Distrito Judicial y aprobada por el Tribunal conforme al trámite del art. 17 del Decreto 1.358 de 1964". Se incurrió, dice el demandante, en la nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 38 del estatuto antes mencionado, "relativa a la figuración en la lista de los jurados sorteados de alguna persona que no pertenezca a la lista de los designados".

f.- Que existe nulidad de rango constitucional, por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, pues en el proceso se aplicaron normas del Decreto 1.358 de 1964, en lo referente al sorteo de algunos jurados y a la tramitación de la segunda instancia, no obstante que el Decreto 1.822 del mismo año dispuso en su artículo 14 que aquel estatuto se aplicaría solamente a los procesos iniciados con posterioridad al 1º de septiembre de 1964, fecha en que entró a regir, salvo cuando fuese más favorable al procesado, caso éste en el cual podría aplicarse a los procesos en curso.

Afirma el impugnador que solo el procesado puede apreciar el concepto de la favorabilidad de las normas nuevas; que éstas únicamente deben aplicarse cuando lo pida el sindicado, y que en este proceso no existe ninguna solicitud sobre el particular.

Dice también el señor Fiscal, citando una sentencia de esta Corporación según la cual

"La Corte ha sentado doctrina en el sentido de que el juez puede elegir entre la ley antigua y la ley nueva la más favorable al acusado; pero no aplicar las dos a la vez, tomando de cada una lo que le parezca más conforme con el criterio de favorabilidad", que "en este proceso se aplicaron simultáneamente los procedimientos anteriores a la vigencia del Decreto 1.358 de 1964 y los contemplados en tal estatuto, especialmente en lo concerniente con el sorteo de jurados y con el trámite de segunda instancia". Y prosigue: "El procedimiento nuevo empezó a aplicarse en este caso, a partir del auto de diciembre 5 de 1966, al solicitarse el sorteo de jurados suplentes al Tribunal Superior, a pesar de que ya se había efectuado sorteo total conforme al sistema regulado en el Código de Procedimiento Penal que era el aplicado por haberse iniciado el proceso antes del 1º de septiembre de 1964.

"De otra parte, al aplicarse el procedimiento contemplado en el Decreto 1.358 de 1964 se vulneraron los principios atinentes al derecho de defensa de la segunda instancia, pues no se aplicó la ley de procedimiento antiguo, sino que en providencia de 16 de enero de 1969 se ordenó darle aplicación al trámite contemplado en el artículo 35 del Decreto 1.358 de 1964, y no ciertamente al inciso primero que es el que regula lo atinente a las consultas, sino al tercero que contempla otras situaciones que dan lugar a la segunda instancia.

"Con la aplicación del trámite nuevo en segunda instancia y no el del Código de Procedimiento Penal, se omitió abrir a pruebas el juicio en tal oportunidad, conforme lo dispone el artículo 542 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con las disposiciones siguientes del mismo estatuto. No hay duda de ninguna naturaleza acerca de la favorabilidad de esta institución en orden a la adecuada defensa individual y social regulada en el proceso penal.

"La nulidad constitucional se originó en este proceso a partir del auto ya citado de diciembre 5 de 1966, al aplicarse normas proferidas con posterioridad a la comisión

del hecho delictuoso, ya que por mandato expreso de la ley, tales ordenamientos no podían regular el trámite inherente a este juicio, ya que tales disposiciones sólo se aplican a procesos iniciados con posterioridad al 1º de septiembre de 1964, y este sumario se había iniciado en el mes de mayo de 1959".

Como conclusión de su demanda, el Fiscal recurrente pide a la Corte que "invalida el fallo acusado y en su lugar declare nulo el proceso a partir de la providencia calificatoria de fecha 8 de febrero de 1962", pues en tal auto "el Juzgado Superior usurpó jurisdicción con respecto al juzgamiento del menor Argemiro Meza Colorado, y en tal decisión se incurrió igualmente en el error en cuanto al apellido de las personas responsables del delito, por lo cual nuevamente debe procederse de la calificación del sumario por el funcionario competente", pues "no podría desvertebrarse la actuación dejando en firme el juicio con relación a los acusados que fueron identificados y decretando la invalidación con respecto al menor de diez y ocho años y a aquellos que no fueron identificados plenamente".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, a quien se corrió traslado de la demanda, se limitó a decir que "por cuanto solo se comparte parcialmente el pensamiento jurídico expuesto por el señor Fiscal en su demanda, esta Procuraduría Delegada se abstiene de hacer uso de la facultad que le confiere el art. 3º del Decreto 1.154 de 1964", sin precisar su concepto.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Por razones didácticas, la Sala estudiará los cargos siguiendo el orden de su presentación por el demandante.

Primero. La declaración de sobreseimiento definitivo hecha por los juzgadores de las instancias en favor del sindicado Argemiro Meza Colorado, en el auto por me-

dio del cual fue calificado el sumario, al quedar ejecutoriada, adquirió la fuerza de la cosa juzgada, por el aspecto formal. Desde el momento en que esa decisión quedó en firme, por haber transcurrido el término legal para pedir reposición de la resolución de segundo grado, único recurso posible contra ella, se hizo inimpugnable, así hayan sido falsas las premisas que sirvieron de fundamento a la conclusión, cuestión que no es revisable en casación, pues este recurso extraordinario está limitado a las sentencias de fondo proferidas por los Tribunales Superiores en segunda instancia y en cierta clase de procesos.

Es, pues, obvio que el primer motivo o cargo postulado por el actor no puede prosperar.

Segundo. Ciertamente es que "cuando al iniciarse la audiencia faltare alguno o algunos de los tres jurados principales, serán reemplazados por el suplente o suplentes siguiendo el orden de extracción de las fichas", por prescripción del artículo 27 del Decreto 1.358 de 1964. Así debe procederse cuando al dar comienzo a la vista pública se encuentren presentes los tres jurados suplentes y falte algún principal. Mas si no asiste sino el tercer suplente, y falta uno de los jurados principales, bien puede entrar aquél en reemplazo de éste, sin que se origine nulidad alguna, pues los jurados suplentes no son personales sino numéricos, según lo dispuesto en el artículo 22 del expresado decreto.

Consta en el expediente que tanto los jurados principales como los suplentes fueron notificados, en forma personal, del auto por el cual se señaló día y hora para la celebración de la audiencia pública (fl. 202). Se sabe igualmente que el jurado principal Efraín Granobles se excusó (fl. 203), y fue sustituido por el jurado suplente Juan Antonio Tróchez (fl. 208), quien figuraba como tercero en la lista correspondiente (fl. 147). Pero se ignora si los dos primeros suplentes, Jorge Cabal Concha y Alvaro Lozano Roldán, se presentaron o no oportunamente a la audiencia. Lo probable y presumible es que no lo hicieron, puesto que

en el acta no se dejó constancia, y de haber asistido seguramente habría actuado uno de ellos en lugar del suplente Tróchez, pues es de suponer que el Juez Superior de Buga conoce las normas que regulan el juicio por jurado.

En consecuencia, no está demostrado que hubiera sido irregular la intervención como jurado del ciudadano Juan Antonio Tróchez en el presente juicio, ni el quebranto con su actuación en tal carácter de ninguna norma legal.

Tercero.- Es verdad que conforme al Decreto 1.356 de 1964, por el cual se estableció una nueva división territorial judicial, el Municipio de El Cairo, lugar donde ocurrieron los hechos materia de este proceso, fue segregado del Distrito de Buga y adscrito al de Cartago, creado por aquel estatuto (art. 63), y que en tal decreto se dispuso que las apelaciones y consultas en los procesos de conocimiento de los juzgados superiores en los cuales se hubiera ejecutoriado el auto de proceder, condición cumplida en el caso presente, se surtirían ante el tribunal que correspondiera de conformidad con las nuevas normas (art. 95, inciso 2º). Mas no es menos cierto que cuando el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga dictó la sentencia acusada, el 20 de febrero del año en curso, había sido ya derogado el Decreto 1.356 de 1964, por el Decreto 900 de 1969, que estableció la última división territorial judicial del país, suprimió el Tribunal Superior de Cartago y anexó nuevamente el Municipio de El Cairo a la jurisdicción del Tribunal Superior de Buga.

Por consiguiente, la nulidad que invoca el Fiscal recurrente, con base en una pretendida incompetencia del *ad quem*, carece de fundamento.

Cuarto.- Es evidente que existe un motivo de nulidad, que afecta el juicio y compromete aun el auto de cierre de la investigación con respecto a algunos de los sindicados, en razón de que en el auto de proceder se abrió causa criminal contra dos imputados completamente desconocidos,

nombrados únicamente como Gabriel N. y Hernando o Nano N., sin más datos de identificación y sin que se pueda saber quiénes fueron en realidad los acusados, como dice el Fiscal impugnador.

Sin certidumbre en cuanto a la persona o personas que hayan ejecutado el hecho delictuoso o tomado parte en él; con la única referencia del nombre, sin información suficiente sobre la verdadera identificación física, no es posible formular un cargo en juicio, pues en caso de condena no se sabría a quién aplicar la pena, y en el supuesto de absolución se ignoraría igualmente la persona beneficiada con ella y amparada por la cosa juzgada.

En sentencia de revisión de 21 de febrero de 1969 expresó la Corte:

“Entre las múltiples indagaciones propias del proceso penal se encuentra la relativa al descubrimiento de la verdadera identidad del sindicado, justamente para evitar la condenación del inocente o que se aplique la sanción a quien no ha cometido el delito. Por ello dice el artículo 101 del C. de P. P. que “Si en cualquier estado de la investigación sumaria surgen dudas acerca de la identidad del procesado, el funcionario de instrucción ordenará de preferencia la práctica de las pruebas conducentes a establecer tal identidad”. Y aunque es cierto que la imposibilidad de conocer el verdadero nombre y apellido del sindicado, como también sus demás generalidades, no es obstáculo para el juzgamiento del culpable ni para la ejecución de la sentencia, ello solo puede tener cumplimiento “cuando no exista duda sobre la identidad física de la persona” procesada como responsable del hecho ilícito”.

El artículo 37 del Decreto 1.358 de 1964 contempla como causal de nulidad, en su ordinal 5º, “Haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción o a la época o lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido” (se subraya). En lo que respecta al error en cuanto al nombre o apellido de

la persona responsable, ha dicho reiteradamente esta Sala que él se tiene cuando en el proceso no se individualizado con plena certidumbre al sujeto activo de la infracción; cuando exista duda acerca de la persona real y verdadera que cometió el hecho ilícito, porque la falta de certeza a este respecto puede conducir a indebida aplicación de la ley a grave injusticia (G. J. Tomo LXVI, pág. 762, 1949 y Tomo LXXXI, pág. 526, 1955 entre otros fallos).

Como en este proceso se enjuició a dos imputados señalándolos únicamente como Gabriel N. y Hernando o Nano N., ignorándose a quiénes corresponden esos nombres, vale decir, sin conocimiento alguno de la identidad física de tales personas, lo que impedía el juicio interpretando a contrario sensu el artículo 102 del C. de P. P., es claro para la Corte que, con respecto a esos dos inculcados, se presenta la causal de nulidad prevista en el ordinal 5º del artículo 37 del Decreto 1.358, norma ésta que sustituyó el artículo 198 del C. de P. P., y así se reconocerá en esta sentencia haciendo la declaración correspondiente.

Mas dicho motivo de nulidad no es extensivo a los procesados Luis Carlos o Domingo Arias, Alberto Arias y Gonzalo Anacona, como equivocadamente cree el demandante, pues el error en el nombre o apellido del responsable, a que alude el artículo 37 del decreto anteriormente citado, únicamente puede predicarse de aquel o de aquellos en quienes concurren, y solo con respecto a él o a ellos queda viciado el juicio de nulidad, puesto que la responsabilidad penal es siempre individual.

Fluye de lo antes expuesto que la Corte acoge el cargo de nulidad planteado por el actor con apoyo en la causal 5ª del artículo 37 del Decreto 1.358 de 1964, pero solamente en lo relacionado con los procesados "Gabriel N." y "Hernando o Nano N."

Quinto.- Es infundado el reparo que hace el Fiscal demandante a la aplicación en este proceso de normas del Decreto 1.358 de 1964, relacionadas con el sorteo de algunos jurados y con el trámite de la segunda

instancia, como que el artículo 14 del Decreto 1.822 de 1964, por el cual se determinó la fecha de iniciación de la vigencia de algunos decretos leyes, dejó a salvo la aplicación de las disposiciones del 1.358 a los procesos en curso el 1º de septiembre de aquel año cuando fueran más favorables al procesado, circunstancia ésta que seguramente apreciaron y que podían hacerlo oficiosamente los juzgadores de las instancias.

Con la observancia de las nuevas normas de procedimiento, que dicho sea no fueron alternadas con las disposiciones que regulaban la materia en la ley anterior, como afirma sin razón el recurrente, no se conculcó ningún derecho fundamental de las partes, verbi gracia el de defensa de los acusados, ni se socavaron las bases del juzgamiento, pues si bien es cierto que el juicio no se abrió a prueba en la segunda instancia, no hay que olvidar que conforme a las antiguas reglas del Código de Procedimiento Penal en los procesos en que hubiera intervenido el jurado no se podían solicitar por las partes ni decretar por el tribunal *ad quem* pruebas sobre los hechos ni sobre la responsabilidad del inculcado o inculcados (artículo 547), lo que se explicaba porque en este tipo de juicios la sentencia tenía y tiene que dictarse de acuerdo con el veredicto, con el cual termina toda controversia sobre esos asuntos (arts. 480 del C. de P. P. y 13 del Decreto 1.358 de 1964).

No se ha demostrado por el demandante que las disposiciones de la ley procesal anterior sobre integración del jurado y ritualidad de la segunda instancia hubieran resultado más favorables que las que reglan esas materias en el mencionado Decreto 1.358, y que en consecuencia se equivocaron los juzgadores al elegir las últimas, por lo cual los cargos de nulidad que por ese motivo plantea, uno de naturaleza legal y otro de carácter constitucional, no pueden ser acogidos.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, admi-

nistrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **INVALIDA PARCIALMENTE** la sentencia de 20 de febrero de 1970 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, objeto del recurso de casación, en cuanto absuelve a los procesados no identificados Gabriel N. y Hernando o Nano N., y declara que con respecto a éstos el proceso queda en estado de sumario, a fin de que prosiga la investigación para descubrir su verdadera identidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tri-

bunal de origen para que se proceda con arreglo a lo resuelto por la Corte. Publíquese en la Gaceta Judicial.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.



JURISDICCION PENAL MILITAR

Están sometidos a esta jurisdicción los particulares que cometan delitos previstos específicamente en el Código Penal Militar, como en el caso del delito de robo y hurto militares a que se refieren los arts. 170 de la Constitución Nacional, que obligue a aplicar la excepción de inconstitucionalidad a que se refiere el artículo 215 de la Carta. Solo mediante un estudio a fondo, en ejercicio del poder jurisdiccional que el art. 214 de la Carta confiere a la Corte, se puede llegar a la conclusión de que estas normas del C. de J. P. M., son inexecutable.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, siete de diciembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta N° 50 de 30 de noviembre de 1970).

VISTOS:

Cumplidos los trámites correspondientes, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Arturo Valencia Caicedo, sustentado por medio de apoderado especial, contra la sentencia de segundo grado del Tribunal Superior Militar proferida el 11 de marzo del año en curso, por la cual fue condenado el recurrente a la pena de cuatro años de prisión como responsable del delito de robo militar.

Por no haber sido acogida la ponencia del Magistrado Sustanciador, Dr. José María Velasco Guerrero, correspondió elaborar el proyecto substitutivo al Magistrado que le sigue en turno.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Los resume el Procurador Delegado de las Fuerzas Militares en la forma que pasa a transcribirse:

"La señorita MARIA VIRGINIA GOMEZ HERRERA, empleada del Fondo Rotatorio del Ejército, Sucursal de Melgar, en denun-

cio de fecha 7 de febrero de 1969, puso en conocimiento de las autoridades militares competentes que ese día al abrir el Almacén N° 3 de dicho Fondo, al hacer el arqueo diario acostumbrado, se encontró con que la Registradora estaba vacía y que el dinero producto de las ventas del día anterior había desaparecido. Que al salir a informar al Capitán VALBUENA notó que una de las tejas del techo no se encontraba en su sitio y que habían caído bastantes hojas de árbol al almacén, por lo cual dedujo que se trataba de un robo. En su ampliación de denuncia (fl. 4) dice que la cantidad de dinero que había en la Registradora era de \$ 2.553.90 representada en dos cheques, uno por \$ 464.65 y otro por \$ 608.05 y lo demás en efectivo.

"El Cabo Segundo del Ejército URBANO DIAZ CARVAJAL, en declaración que obra al folio 39 dice que siendo aproximadamente las 12:30 de la noche del día 18 de febrero de 1969, encontrándose en su dormitorio, sintió ruido en el almacén del Fondo Rotatorio de Melgar al cual poco cuidado le puso, pero al recordar que días antes se había perpetrado un robo allí malició y se sentó en el lecho mientras fumaba un cigarrillo para evitar ser vencido por el sueño, cuando de pronto escuchó que movieron unas tejas por lo cual se levantó descalzo, en ropas menores y armado de un tubo salió a ver de qué se trataba y al mirar hacia el tejado por donde se habían entrado días anteriores, como se dijo, se dio cuenta que estaba corrida la teja pero no lograba determinar la persona que se

encontraba encima, que sin embargo gritó 'alto no se mueva porque disparo' y que oyó una voz que le decía 'no me dispare que yo me entrego'. Que al dar las voces de alarma, el individuo que se encontraba encima aprovechó la confusión para pasar a un árbol que se encuentra cerca al almacén, bajar al suelo y salir corriendo, motivo por el cual el suboficial DIAZ emprendió su persecución asestándole un golpe con el tubo y logrando dominarlo por completo; que el capturado confesó en presencia de otros suboficiales ser el autor del robo ocurrido días antes y del que dio cuenta la señorita GOMEZ HERRERA. Dice igualmente el suboficial DIAZ, que subió luego a un árbol y vio sobre el tejado algunos objetos y un cable que iba hacia abajo en cuyo extremo se encontraba una máquina sumadora y un bulto envuelto en plástico color negro.

"Por los hechos referidos se abrieron dos investigaciones, las que fueron posteriormente unidas por auto de fecha 12 de agosto del año pasado para que su tramitación se siguiera bajo una misma cuerda por tratarse de hechos continuados cometidos por el mismo sindicado.

"Cumplidos los trámites previos pertinentes en esta clase de juicios, se llegó hasta la convocatoria de un Consejo de Guerra Ordinario por auto de 14 de octubre de 1969 (fl. 167), el cual se llevó a cabo en dependencias de la guarnición militar de Tolemaida, obteniéndose un veredicto condenatorio por unanimidad contra el procesado. Con base en dicho veredicto se dictó la sentencia condenatoria de fecha 5 de noviembre del año citado y mediante la cual se condenó a ARTURO CAICEDO VALENCIA, suboficial retirado del Ejército, a la pena de cuatro años de prisión como responsable del delito de robo militar cometido en instalaciones del Fondo Rotatorio de la Décima Brigada (Melgar). Esta sentencia fue apelada y confirmada por el Tribunal Superior Militar por medio de providencia de 11 de marzo de 1970 y que es precisamente la providencia demandada en casación".

LA DEMANDA DE CASACION

El demandante, en escrito presentado en tiempo y que se declaró formalmente ajustado a las exigencias legales, impugna la sentencia de segundo grado aduciendo la causal de casación contemplada en el ordinal 4º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 (cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad), a cuyo amparo formula el cargo de nulidad del juicio por incompetencia de jurisdicción en los siguientes términos:

"Señalo como norma violada el art. 170 de la Constitución Nacional por cuanto dicha disposición limita la jurisdicción penal Militar al conocimiento de los delitos cometidos por militares en servicio activo 'y en relación con el mismo servicio'.

"Siendo ARTURO CAICEDO VALENCIA un simple particular para la época de los hechos investigados, al juzgársele conforme al fuero militar se incurrió en la referida causal de nulidad alegada, puesto que el caso sub judice se remonta a una época en la cual se había levantado el Estado de Sitio, vale decir, se vivía EN TIEMPO DE PAZ (Mes de febrero de 1969).

"Sobra advertir que el ESTADO DE SITIO que padeció nuestro país, no solo desde la vigencia del Decreto 1.288 de 1965, sino desde época anterior, dejó de regir desde el mes de Diciembre de 1968 para volver a imperar en el mes de Abril del presente año, a raíz de sucesos que todos conocemos con motivos de las elecciones últimas".

Como "respaldo y fundamento" del cargo que hace a la sentencia recurrida, el demandante transcribe lo que la Corte dijo en casación de 11 de mayo de 1966, cuyo ponente fue el Dr. Antonio Moreno Mosquera, en causa seguida contra Clemente Vaquero Velandia.

Y concluye solicitando a la Sala que invalide el fallo impugnado y declare "en qué estado debe quedar el proceso para que éste sea repuesto y se subsane la irregularidad".

ridad que en forma flagrante ha afectado la defensa del señor ARTURO CAYCEDO VALENCIA”.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

El Procurador Delegado de las Fuerzas Militares, luego de hacer un recuento de los hechos y de la actuación procesal, pide que se deseche la demanda, porque si bien es cierto que el artículo 170 de la Constitución “determina que los militares que encontrándose en servicio activo cometan delitos en relación con el servicio serán juzgados por la justicia militar de acuerdo con el procedimiento señalado en el Código de la materia, no es menos cierto que la misma disposición haya excluido para su juzgamiento por el procedimiento castrense a quienes infrinjan las disposiciones del Código Militar. Y esto es así porque el artículo 13 del Código de Justicia Penal Militar dispone que quienes cometen delito militar ‘son responsables penalmente conforme al presente Código las personas que ejecuten cualquiera de las infracciones previstas en él...’, y en el presente caso se cometió ni más ni menos que un delito militar por el cual fue declarado responsable penalmente el señor ARTURO CAICEDO VALENCIA, Ex-Suboficial del Ejército para la época de los hechos”.

SE CONSIDERA:

a) El artículo 307 del Código de Justicia Penal Militar (Decreto Legislativo número 0250, de 11 de julio de 1958) dice que “están sometidos a la jurisdicción penal militar: ... 6° Los particulares, esto es, los civiles que no están al servicio de las Fuerzas Armadas, que cometan delitos previstos específicamente en este Código para ellos”.

b) Esta Sala, en sentencia de 31 de agosto del año en curso, expuso:

“El Código de Justicia Penal Militar, en la parte que trata de los delitos y de las penas militares, contempla en el Título X, bajo el rubro ‘Delitos contra los bienes del Estado’ en sendos capítulos, el peculado,

el hurto, el robo y el abuso de confianza. De estos cuatro ilícitos, atendiendo a la descripción que de esas figuras delictivas hace el referido estatuto, el peculado y el abuso de confianza requieren un sujeto activo cualificado por la condición de militar o empleado civil al servicio de las Fuerzas Armadas, pues las disposiciones correspondientes a esos capítulos encabezan diciendo: ‘El militar o el empleado civil al servicio de las Fuerzas Armadas que...’ (Arts. 232 a 234 y 241). No ocurre lo mismo con el hurto y el robo, que dicho sea tienen por objeto material ‘semovientes, armas, municiones u otros elementos destinados al servicio de las Fuerzas Armadas’, como que los tipos penales básicos consagrados en los artículos 235 y 238, no cualifican en forma alguna al agente de la infracción, no contienen limitaciones acerca del sujeto activo de las conductas allí previstas, ya que se inician del siguiente modo: ‘El que...’, dicciones que comprenden a cualquier persona, sea o no militar, esté o no al servicio de las Fuerzas Armadas, que atente contra los bienes del Estado afectados al servicio de las Fuerzas Armadas.

“Corroborar la afirmación anterior, en el sentido de que el hurto y el robo militares no exigen un sujeto activo cualificado por la situación de militar o de civil al servicio de las Fuerzas Armadas, la consideración de que algunas de las circunstancias de agravación de esas ilicitudes, señaladas en los artículos 236, 239 y 240, entre ellas la de estar los autores de la infracción organizados en cuadrilla permanente para delinquir, son propias de particulares e inconcebibles dentro del Ejército de la República”.

c) La Sala, como en otras ocasiones lo ha dicho, no observa incompatibilidad manifiesta entre los artículos 238 y 307 del Código de Justicia Penal Militar, por una parte, y el 170 de la Constitución Nacional, por la otra, para dejar de aplicar los primeros en guarda de la integridad de la Carta y por la vía de excepción que ésta consagra en su artículo 215. No es evidente que la Constitución se oponga flagrantemente, en clara antinomia, a las normas del C. de J. P. M. relacionadas con particu-

lares. Quizá, en un estudio a fondo de la Carta, tras una serie de razonamientos jurídicos, se pudiera extraer la conclusión de que las disposiciones del referido Código que se dirigen a sancionar a quienes no son militares por autoridades y procedimientos distintos de los ordinarios, sean inexequibles. Pero tal estudio sólo podría hacerlo la Corte en ejercicio del poder jurisdiccional que le confiere el art. 214 de la Carta. La excepción de inexequibilidad supone una notoria incompatibilidad entre la ley ordinaria y la Suprema, lo cual no se da en el presente caso.

d) El Consejo Ordinario de Guerra que juzgó al procesado recurrente lo declaró responsable de haberse apoderado, con el propósito de obtener un provecho y por medio de violencia a las cosas, de bienes muebles pertenecientes al Fondo Rotatorio del Ejército y, por tanto, destinados al servicio de las Fuerzas Armadas.

Este acto está previsto en el artículo 238 del Código de Justicia Penal Militar, cuestión que no discute el demandante. El artículo citado dice:

“El que por medio de la violencia a las personas o a las cosas, o por medio de amenazas, se apodere de semovientes, armas, municiones u otros elementos destinados al servicio de las Fuerzas Armadas, o se los haga entregar, será sancionado con prisión de tres a ocho años.

“La misma sanción se aplicará cuando las violencias o amenazas tengan lugar inmediatamente después de la sustracción de la

cosa y con el fin de asegurar su producto u obtener la impunidad”.

Como consecuencia de lo dicho, el autor de aquella infracción quedó sometido a la jurisdicción penal militar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 307, ordinal 6º, del mismo estatuto.

Surge de lo expuesto que no está demostrada la incompetencia de jurisdicción aducida por el demandante y, por consiguiente, el cargo debe rechazarse.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Delegado de las Fuerzas Militares y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Arturo Valencia Caicedo contra la sentencia del Tribunal Superior Militar de fecha 11 de marzo del año en curso, proferida en el presente juicio y de la cual se ha hecho mención en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO JOSE MARIA VELASCO GUERRERO

Al discutirse el recurso de casación interpuesto por el procesado Arturo Caicedo Valencia contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar de Bogotá, que lo condenó a la pena principal de 4 años de prisión y a las incorporales del caso, como responsable del delito de robo continuado

contra los intereses patrimoniales del Ejército Nacional, la Sala le negó su aprobación al proyecto presentado por el suscrito Magistrado.

Debo, por tanto, sintetizar los motivos que me asisten para mantener mi posición.

Respetuosamente consigno mi conformidad con el pronunciamiento de mis compañeros de Sala, en la siguiente forma:

PRIMERO.— La Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, administran justicia. El Senado ejerce determinadas funciones judiciales, reza el art. 58 de la Carta.

Lógicamente, los Tribunales que establezca la ley, en desarrollo del mandamiento supremo y siempre actual de la Carta, no han de ser creados por el legislador a su arbitrio, sino en consonancia con los imperativos de aquella.

Si el art. 170 de la norma fundamental colombiana prescribe el conocimiento por las Cortes Marciales y por los Tribunales Militares de los delitos “cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio”, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar, no es posible, por amplitud, privar a los particulares que delinquen de la garantía constitucional que hacen del conocimiento de la justicia ordinaria las infracciones penales, con la sola excepción establecida en el art. 170 de la Constitución Política.

No es valedera, en consecuencia, la consideración traída por el Procurador Delegado de las Fuerzas Militares, haciendo cita del art. 13 del C. de J. P. M., según la cual éste se aplicaría a todas las personas que infrinjan sus disposiciones —las del C. de J. P. M.— pues ellas abarcan la casi totalidad de las infracciones contempladas en el C. P., y así no habría delito que no fuera del conocimiento de la justicia castrense.

Por extensión se admite la aplicación del C. de J. P. M., cuando el sindicado pertenece al Cuerpo de la Policía Nacional. El fuero establecido por el art. 170 de la Carta, que atribuye a las Cortes Marciales y a los Tribunales Militares el conocimiento de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, comprende al personal de la Policía Nacional, cuando infrinja la ley penal, den-

tro de las mismas circunstancias. Así lo dispuso el art. 11 del Decreto 1.887 de 1966, adoptado luego por la Ley 48 de 1967.

Sobre el particular, dijo la Corte en reciente providencia:

“El citado Estatuto organizó la Policía Nacional en desarrollo del mandato contenido en el artículo 167 de la Carta, y la define como ‘Cuerpo Armado’, eminentemente técnico, de personal jerarquizado que hace parte de la fuerza pública, con régimen y disciplinas especiales, bajo la inmediata dirección y mando del Ministro de Defensa Nacional y tiene por objeto la función de prevenir la perturbación del orden y de tutelar los derechos ciudadanos”. “Esta concepción de la Policía Nacional, que encuentra fundamento en el artículo 168 de la Constitución, explica el que se haya adscrito a tribunales militares especiales el conocimiento de las infracciones penales de naturaleza oficial ejecutados por quienes forman parte de esa fuerza armada”.

“La Sala no observa incompatibilidad alguna entre el artículo 11 del Decreto 1.667 citado y el 170 de la Constitución Nacional, para dejar de aplicar el principio en guarda de la integridad de la Carta y por la vía de excepción que esta consagra en su artículo 215. La Constitución no dice en aquel precepto, ni en ningún otro, que las cortes marciales o tribunales militares juzgarán únicamente los delitos cometidos por militares en servicio activo, hipótesis en la cual pugnaría con sus ordenamientos la norma legal del acotado artículo 11, por cuanto los miembros de la Policía no son en verdad militares, sino que se atribuye a tales tribunales el conocimiento de determinados ilícitos de los militares. Siendo ello así, no se encuentra que la Constitución se oponga de un modo manifiesto a que la ley extienda la competencia de aquellos tribunales especiales para el conocimiento de los delitos oficiales del personal de la policía, institución que hace parte de la Fuerza Pública y que acusa notorio paralelismo con el cuerpo armado del ejército”.

Ha de anotarse que el Decreto 1.667 precitado, limita la competencia de la justicia castrense al conocimiento de las infracciones que se cometan por los miembros de la Policía Nacional "con ocasión del servicio y en relación con el mismo servicio", pues de los delitos comunes que puedan serles atribuidos, conocen los Tribunales y Jueces ordinarios. En caso de guerra, turbación del orden público y conmoción interna, la justicia castrense, conoce, sin discriminación, de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y por los particulares adscritos a las fuerzas armadas (numeral 2º del art. 308 del C. de J. P. M.).

SEGUNDO.- Se comprende que ciertos delitos cometidos por los particulares, puedan calificarse como "delitos militares" cuanto atentan contra el fundamento mismo de la institución castrense, como sería el caso de los civiles que trafican con armas de guerra, las sustraen de los arsenales, atacan al centinela o se incautan de secretos militares o realizan actos de espionaje, etc., pues en estos supuestos, entra en juego la seguridad misma de la institución y se comprometen los intereses superiores de la defensa nacional. Aquí no se da obstáculo ninguno para dejar en manos de la justicia castrense, en tiempo de guerra, o conmoción interior, el juzgamiento de tales hechos, cometidos por los particulares, y son sus tribunales y jueces los más capacitados para conocerlos.

Pero es inaceptable librar al Código de Justicia Penal Militar la determinación ad libitum de todos los casos en que ella ha de conocer de los delitos cometidos por civiles, siendo como son tan claros los ordenamientos contenidos en el art. 170 de la Carta, que por ser de carácter exceptivo, ha de interpretarse, como tal, en sentido restricto, sin olvidar que en materia penal toda interpretación ha de ceñirse a la misma restricción.

TERCERO.- Los fueros, en el derecho contemporáneo, pero especialmente en el derecho nacional, no son privilegios. Son competencias especiales. Excepcionalmente se conceden en razón de las personas, como

en el caso del juzgamiento de los altos funcionarios del Estado. Pero lo común es que se reconozcan en razón de la materia. Y así los militares no son juzgados por la justicia castrense, por razón de su estado o carácter militar, sino por la naturaleza de la norma que resulta infringida y por la necesidad de preservar el orden y la disciplina militares, cuya guarda ha sido confiada, universalmente, a los tribunales castrenses como el medio más adecuado y eficaz de mantenerlas. Lo propio ocurre con los particulares adscritos al servicio de las fuerzas armadas, pero respecto de éstos, únicamente cuando cometan delitos y el país se encuentre en estado de guerra, perturbación del orden público o conmoción interna. Excepcionalmente, en dichas circunstancias, la justicia castrense podrá conocer de los delitos cometidos por los particulares, no adscritos a las fuerzas armadas, cuando sus actos adquieran de suyo —como se dijo— el carácter de "ilícitos militares", porque atentan sustancialmente contra la integridad de la institución o menoscaban su disciplina o la defensa de la Nación.

Más allá de estas naturales previsiones que se relacionan, como se ha visto, con normas de cultura de superior jerarquía, cuantas veces el legislador rebase las restricciones prescritas en la Carta, se coloca en abierta oposición con sus ordenamientos, y surge para el intérprete la obligación ineludible de respetar, en la aplicación de la ley, en cada caso, la norma prevalente.

CUARTO.- Los hechos por los cuales fue condenado el recurrente Arturo Caicedo Valencia, circunscriben su objeto material a bienes patrimoniales pertenecientes a fondos rotatorios de las fuerzas armadas. Se cometieron por el sindicado en dos ocasiones diferentes. En ninguna de ellas el país acusaba un período de anormalidad.

Por este orden de ideas débese concluir que los hechos delictuosos que se predicán del sindicado constituyen infracción común, del conocimiento de la justicia ordinaria, pues sólo excepcionalmente, en tiempo de guerra, turbación del orden público o con-

moción interior puede la justicia castrense—sus cortes y tribunales militares— conocer de los delitos comunes cometidos por los militares en servicio activo, por los civiles adscritos a las fuerzas armadas, y por los simples particulares que incurran en delitos militares, así calificados por el código de la materia.

QUINTO.- A ésta y similares conclusiones puede llegarse por interpretación extensiva del art. 170 de la Carta.

Su texto no autoriza expresamente al legislador a definir las situaciones concretas en que los particulares puedan incurrir en "delitos militares", como acontece, por ejemplo, en la Constitución Argentina. Allí el constituyente de 1949, incorporó a la Ley Fundamental, como parte integrante del art. 29, la siguiente cláusula:

"Los militares y las personas que les están asimiladas estarán sometidos a la jurisdicción militar en los casos que establezca la ley. El mismo fuero será aplicable a las personas que incurran en delitos penados por el código de justicia penal militar y sometidos por la propia ley a los tribunales castrenses".

Pero los tratadistas, ni la doctrina de la Corte Suprema de aquella nación admitieron jamás que la justicia castrense pudiera conocer de los delitos cometidos por los particulares en tiempo de paz, y reiteradamente han sostenido que "excepto la situación de guerra no es procedente la aplicación a los particulares de las leyes militares. Y solamente a los particulares que cometen dichos delitos militares en las zonas de guerra.- Pues esta jurisdicción específica se funda en las necesidades de mantener la disciplina en el ejército, factor esencial de su cohesión y unidad, y fundamento de su jerarquía. "Los particulares —dice Bielsa— no están vinculados por este factor de la disciplina. Autorizar a la ley a que determine discrecionalmente los casos de sujeción de los particulares a esa justicia, es una evidente anomalía".

La Constitución italiana, también como

la nuestra admite algunas jurisdicciones especiales: en el ámbito penal y penal administrativo, tales como las Corti D'assises y los tribunales militares.- El apartado tercero del art. 103 de su Constitución ha mantenido allí los tribunales militares, cuya jurisdicción es mucho más amplia en tiempo de guerra, con sentencias que, por evidentes motivos jurídicos, pueden sustraerse al recurso de casación por violación de ley.- Pero en tiempo de paz, dicha competencia, se limita notadamente para tutelar mejor la libertad de los ciudadanos, cuyo juzgamiento queda condicionado a un doble requisito: uno objetivo (que se trate de un delito estrictamente militar y contemplado con ese carácter en el código de la materia, y no de un simple delito militarizado, es decir, común, pero cometido por los militares, o de un delito de la misma categoría común, pero reprimido también por el código militar). Y otro subjetivo (que el reo "sea miembro de las fuerzas armadas" o una persona que les esté subordinada en relación concreta de obligada dependencia).

El mismo criterio informa la doctrina y la jurisprudencia de plurales sistemas constitucionales, con fundamento en el principio universalmente admitido por los regímenes democráticos de que todos los habitantes de la república, sin exclusión, tienen en principio el derecho a ser juzgados por la justicia ordinaria o común, por el poder de soberanía de que ésta se encuentra revestida y porque asimismo es incuestionable el no eludible sometimiento de los ciudadanos a sus jueces naturales, principio reconocido en el derecho nacional por el art. 58 de la Carta.- La aplicación exacta de los ordenamientos contenidos en los arts 58 y 170 de la Constitución Política debería conducir al criterio consecuencial de que en "tiempo de paz" la competencia de la justicia castrense queda limitada al conocimiento de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, con arreglo a las prescripciones del C. P. M.- Pudiendo conocer "en tiempo de guerra" o conmoción interior de los delitos cometidos por los militares en servicio activo, y de los delitos militares cometidos por los particulares ad-

critos al servicio de las fuerzas armadas, en relación concreta y dependiente de un cuerpo armado del ejército. Si esto es lo admitido por los sistemas constitucionales cuyas normas sí prescriben el enjuiciamiento de los particulares por la justicia militar, con cuanta mayor razón ha de ser prudente la jurisprudencia nacional en la extensión de la competencia de la justicia castrense para conocer de los delitos cometidos por los particulares, cuando unos mismos hechos se encuentran reglados como conductas delictuosas en los códigos penal ordinario y militar, frente a las claras limitaciones establecidas por el art. 170 de la Carta.

Por similares razones y salvo los casos expresamente exceptuados por la ley, resulta lógico afirmar que cuantas veces se planteen conflictos de competencia entre la justicia militar y la ordinaria, derivados de conexiones subjetivas —delito genuinamente militar cometido en concurso por sujetos activos militares y no militares—, y objetivas —vinculación causal entre delitos militares y no militares— debe dirimirse siempre en favor de la justicia ordinaria.

Asimismo, cuando, “en tiempo de guerra” o conmoción interior se abre para la justicia castrense la posibilidad de ensan-

char su competencia para conocer de los delitos militares cometidos por los particulares adscritos a las “fuerzas armadas”, habría de procederse limitando, con la mayor prudencia, el ámbito que en dichos casos le señala el ordinal 2º del art. 308 del C. de J. P. M.

Sobra advertir que los casos de duda han de absolverse con mérito a la justicia ordinaria.

SEXTO.- Las anteriores consideraciones destacan el valor de la impugnación a la sentencia, pues ciertamente, como lo dice el recurrente, si el país se encontraba en estado de normalidad, el sindicado era, como lo es, un particular, y los hechos a él atribuidos son por añadidura materia de los delitos comunes, no cabe duda que la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar, confirmatoria de la que fue dictada por el Comando de la Décima Brigada, se pronunció en un juicio viciado de nulidad y se configuró, a cabalidad, la incompetencia de jurisdicción alegada por el impugnador.

Fecha ut supra.

JOSE MARIA VELASCO GUERRERO



VEREDICTO DEL JURADO

El dado por los jueces de Conciencia de que el procesado "sí es responsable, pero obró por ira injustamente provocada" y mantenido después de haber solicitado aclaración de él por la defensa, no se puede considerar como un reconocimiento de la atenuante a que alude el art. 28 del C. P., sino como la circunstancia de menor peligrosidad a que se refiere el ord. 3º del art. 38 del C. P.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto).

(Aprobado: Acta N° 51 de diciembre cuatro de 1970).

VISTOS:

Contra la sentencia de diez y ocho de junio del año en curso, proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el juicio que, por el delito de homicidio se adelanta contra BRAULIO GONZALEZ o SALAS y en la cual se confirmó, reformándola, la del Juzgado Superior de Garzón, fechada a 6 de octubre del año pasado, interpuso el procesado en tiempo oportuno y le fue concedido, el recurso extraordinario de casación, que se declaró admisible por esta Sala y se tramitó debidamente, habiendo llegado el momento de resolverlo.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

En las horas de la mañana del 29 de junio de 1968, se hallaba en la cantina de Angel María Muñoz, ubicada en la parte de la población de La Plata, en el Departamento del Huila, Braulio González o Salas quien desde la noche anterior estaba entregado a ingerir bebidas embriagantes. En determinado momento González fue al sanitario del establecimiento, y estando allí, sintió que un individuo, que después fue identificado como Jesús Antonio Sánchez

Calderón, le introducía la mano en uno de los bolsillos del pantalón y le sacaba una suma que después fue calificada por el primero como de "unos pocos pesos" hecho lo cual salió del establecimiento, seguido por González quien le dió alcance y luego de intimarle a que le devolviera su dinero, lo encuelló y le dió una puñalada a consecuencia de la cual murió cuando era conducido al hospital.

Con base en esos hechos se abrió la correspondiente investigación durante la cual se oyó en injurada a González o Salas quien no reconoció en un principio haber lesionado a Sánchez sino que dijo (fs. 10 vto., cdno. N° 1) que como éste no le había querido entregar el dinero, se fue y el otro quedó allí. Posteriormente lo reconoció pero alegó falta de intención de matar.

Cerrada la investigación, se la calificó por medio de auto de fecha 26 de septiembre de 1968 en el cual se llamó a juicio a González o Salas por el delito de homicidio y en cuya parte motiva se desechó la legítima defensa alegada por el procesado en una de sus intervenciones y se dijo que los antecedentes penales de éste revelaban "un estado de inadaptación social que aflora con frecuencia en reacciones violentas, a veces de tipo espontáneo, no orientadas por la inteligencia y sí contrapuestas al orden que debe regir las relaciones humanas, vale decir, del orden social y de la seguridad de las personas.

En dicha parte, no se mencionó para nada la circunstancia atenuante de que trata

el art. 28 del C. P. ni ninguna otra del mismo carácter.

Esta providencia fue apelada y el Tribunal la confirmó por la suya de 14 de febrero del año pasado en la cual tampoco se hizo calificación especial sobre el hecho, manifestándose expresamente esto pero añadiéndose que "lo único que puede reconocerse al encausado es la circunstancia de menor peligrosidad consagrada en el numeral 3º del art. 38 del C. P. consistente en que actuó "en ímpetu de ira provocada injustamente" (fls. 19 cdno. Nº 2).

La audiencia pública se llevó a cabo el 16 de junio del año pasado y en ella se sometió a los jueces de conciencia el siguiente cuestionario:

"El encausado Braulio González o Salas, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, es responsable, SI o NO, de haber ocasionado la muerte, con el propósito de matar, a JESUS ANTONIO SANCHEZ CALDERON, a consecuencia de herida causada con arma cortopunzante, que produjo anemia aguda por la hemorragia interna y concomitante debido a la lesión bronco-pulmonar que ocasionó igualmente una insuficiencia respiratoria aguda, según hechos ocurridos en las horas de la mañana del 29 de junio de 1968, en la cantina del señor Jesús María Muñoz, ubicada en el perímetro urbano del Municipio de La Plata, correspondiente a este Distrito Judicial".

El jurado contestó, por unanimidad, "SI ES RESPONSABLE PERO OBRO POR IRA INJUSTAMENTE PROVOCADA".

En la vista pública el vocero sostuvo la tesis de la legítima defensa de la vida y de los bienes y el homicidio preterintencional, así como también el estado de ira e intenso dolor que consideró, sin embargo, absorbió por la tutela legítima.

También el defensor alegó la legítima defensa de los bienes, aunque aceptó que su defendido pudo obrar con exceso al ejercer esa facultad.

En la parte final del acta de audiencia se dice lo que se transcribe a continuación:

"Una vez que fue leído el veredicto por el Juez, intervino el señor defensor del procesado y manifestó que solicitaba se aclarara el veredicto, porque si el jurado tenía la intención de reconocer la modalidad atenuante del artículo 28 del C. Penal, debería agregar que la "ira injustamente provocada" fue "grave". En vista de la petición del defensor, el señor Juez les manifestó a los miembros del jurado que si era voluntad de ellos, podía hacer la aclaración solicitada. Los jueces de conciencia pensaron durante unos minutos y en seguida decidieron volver a deliberar llevando consigo el Código, después de haberle indicado el defensor a uno de ellos, la página donde se halla el citado artículo 28. Luego de haber deliberado durante diez minutos en esta segunda oportunidad entregaron al Juez el cuestionario manifestando: 'queda como está', por lo cual el Juez leyó de nuevo el veredicto y manifestó que los señores jueces de conciencia al no hacer la aclaración que exigía el defensor doctor Valenzuela, se habían ratificado en su primer veredicto. El suscrito Juez deja constancia de que instantes después el doctor Luis Enrique Valenzuela le preguntó a los miembros del jurado que si 'entonces se trata del caso del artículo 28'? y a esta pregunta solo uno de los jurados dio su asentimiento. En esta forma se dio por terminada la audiencia".

Por sentencia de seis de octubre del año pasado, el juzgado acogió el veredicto que se deja transcrito atrás y condenó al procesado a la pena de setenta y seis meses, diez días de presidio, más las accesorias correspondientes.

En la parte motiva de esa providencia se desechó, en forma expresa, la modalidad atenuante contemplada por el art. 28 del C. P. manifestando el juez que "para reconocer la circunstancia atenuante del delito de homicidio, según el art. 28 del C. Penal, es imprescindible que el Jurado popular exprese "por grave e injusta provocación", que estos esenciales requisitos se exigen acompañados de la provocación porque lo

que excusa no es la simple ira o el dolor, sino la justa causa de la ira o el dolor" (fs. 64 ibidem).

Agrega el juez, más adelante, que tal como aparece el veredicto, lo que el jurado reconoció fue la circunstancia de menor peligrosidad mencionada en el artículo 38 y acorde con esto, reconoce que obran en el presente caso cuatro de las contempladas en esa disposición, entre ellas, el obrar en estado de pasión excusable o en ímpetu de ira causada injustamente, reconocida por el jurado popular en su veredicto.

Esta sentencia fue apelada y al memorial en que el defensor sustentó la alzada, acompañó la declaración de uno de los jurados, el señor Jesús Iriarte Ch. quien manifestó, en lo principal de ella, que "el jurado expuso en el cuestionario donde se preguntaba sobre la responsabilidad penal del procesado que sí es responsable pero que obró por ira provocada injustamente. En seguida el defensor Valenzuela solicitó que el jurado aclarara el veredicto en el sentido de que anotara que esa ira fue grave. El jurado después de una nueva deliberación entregó al suscrito el cuestionario manifestando: "queda como está", o sea que no hizo la aclaración solicitada. Luego el defensor doctor Valenzuela Ramírez preguntó al jurado que, si se trataba del caso del artículo 28 del Código Penal... Es verdad que a la anterior pregunta el jurado doctor Gabriel Melo Orozco dio su asentimiento manifestando que sí. No puede decir el suscrito que el doctor Melo contestara "a nombre del Jurado", ya que no hizo ninguna manifestación al respecto y los otros jueces de conciencia guardaron silencio sobre la pregunta del señor defensor... Es cierto que entre otros planteamientos favorables al procesado, se alegó también la situación de la ira del artículo 28 del Código Penal" (fs. 71 y vto. del Cdno. N° 2).

Pese a esa declaración y al alegato del recurrente en que basándose en lo dicho por el declarante, solicitó que se reconociera la atenuante del art. 28 del C. P., el Tribunal de Neiva, en la sentencia que ahora es objeto de la casación, dijo que lo deci-

dido por el jurado "reveló claramente su intención de no reconocer la modalidad atenuante según se desprende de las circunstancias que antecedieron a la ratificación del veredicto, circunstancias que fueron consignadas en el acta de la audiencia pública" añadiendo que "la decisión del jurado implícitamente contraria al reconocimiento de la atenuante está corroborada por el acervo probatorio del cual se desprende que aunque González o Salas obró por ira injustamente provocada, tal provocación no fue grave" (fs. 22 del cdo. N° 3).

En tal virtud, desechó lo pedido por el defensor y reconoció, en cambio que se presentaba la circunstancia de menor peligrosidad contemplada en el numeral 3° del art. 38 por haber obrado el procesado en ímpetu de ira provocada injustamente, razón por la cual confirmó la sentencia del inferior, modificándola en cuanto a la sanción accesoria de pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, a que había sido condenado González por el Juez y que el Tribunal revocó.

DEMANDA DE CASACION:

Un solo cargo contiene la presentada por el apoderado contra la sentencia que se acaba de mencionar, y ese ataque lo hace en el ámbito de la causal 2ª del art. 56 del Decreto 528 de 1964, por considerar que la sentencia no está en consonancia con el veredicto del jurado.

Estima, en síntesis, el recurrente que esa discrepancia entre la sentencia y el veredicto estriba en que en éste los jueces de conciencia reconocieron la existencia de la atenuante prevista en el art. 28 del C. P. como se desprende de la declaración de uno de los miembros del tribunal de conciencia (el jurado Iriarte Ch.), pese a lo cual el Juez a-quo y el Tribunal de Neiva se negaron a tomar en cuenta esa modalidad de la conducta juzgada y no hicieron la disminución de pena que ordena esa norma.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA:

El Procurador Primero Delegado en lo

Penal coincide en un todo con las apreciaciones del recurrente y, como éste, solicita que se case la sentencia con base en la causal aludida.

En su concepto hace hincapié el Ministerio Público en la declaración que se acaba de mencionar y dice que aun cuando el jurado Iriarte Ch. solo estaba hablando en su nombre, se expresó en presencia de sus colegas del "juri" quienes no lo rectificaron, asintiendo, con su silencio, a lo que el jurado en cuestión estaba diciendo, por lo cual puede considerarse que el criterio de los jueces del pueblo fue el de favorecer al procesado con el reconocimiento de la atenuante que se deja citada. De no ser así, añade, hubieran rectificado las palabras de su compañero del jurado.

Agrega que la doctrina de la Corte sobre interpretación del veredicto ha evolucionado de una extrema rigidez, que no daba ningún margen a la complementación de las voces del veredicto, hacia una postura más flexible en que es lícito inferir el criterio del jurado con base en el caudal probatorio y en las alegaciones hechas por las partes, tanto en la audiencia pública como a lo largo del proceso.

Señala que en el caso presente hay un elemento más de juicio que es la interrogación que el defensor hiciera, una vez terminada la vista pública, a los miembros del jurado de conciencia sobre el alcance del veredicto habiendo obtenido una respuesta expresa en favor del reconocimiento del art. 28 del C. P. por parte de uno de ellos, y un asentimiento tácito por la de los otros dos.

Por esas razones termina solicitando, como ya se dijo, que se case la sentencia y se dicte la que haya de reemplazarla.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

De acuerdo con lo que se deja expresado en los apartes anteriores, el ataque a la sentencia se plantea exclusivamente sobre el alcance del veredicto emitido por los señores jueces de conciencia.

En este punto discrepan fundamentalmente los jueces de derecho y el recurrente, pues en tanto que aquellos (Juzgado Superior y Tribunal) están de acuerdo en que la respuesta del jurado no conlleva el reconocimiento de la situación contemplada en el art. 28 del C. P., el segundo sostiene lo contrario.

Como muy bien lo anota la Procuraduría, el presente caso ofrece la particularidad de que el jurado, a petición de la defensa, consideró, en una nueva reunión para deliberar, si su respuesta tenía que ajustarse a los términos de la mencionada disposición, para lo cual el Juez los congregó nuevamente, código en mano, para ver de aclarar su veredicto. Siendo el resultado de esa deliberación lo dicho por ellos, es decir, sin hacerle modificación de ninguna especie.

Esta contestación oral del jurado no deja, a juicio de la Sala, duda alguna de que los jueces de conciencia, instados por el defensor, casi pudiera decirse, urgidos por él para que dieran a su respuesta la forma que permitiera interpretarla como una aplicación del art. 28 del C. P., se negaron a ello, pese a tener a la vista el Código con cuyas palabras hubieran podido modificar su veredicto si su propósito hubiera sido el de darle ese alcance.

La respuesta aislada de uno de los jurados, dada con posterioridad al momento anotado en el párrafo anterior, y cuando ya no estaba en función oficial, no puede alterar el concepto de la Sala por cuanto se trataba, en primer término, de un solo jurado, y porque, en segundo lugar, es inaceptable explicar el silencio de los otros como un asentimiento a esa contestación, ya que eso sería suplantar arbitrariamente el criterio de esas personas por una interpretación acomodaticia del juzgador, anulando la autonomía del tribunal del pueblo para decidir, en conciencia, sobre los asuntos sometidos a su consideración.

Dadas estas consideraciones, tiene que convenir la Sala en que tanto el Juzgado como el Tribunal procedieron correctamen-

te al limitar el alcance del veredicto a una afirmación de la circunstancia de menor peligrosidad contemplada en el numeral 3º del art. 38, cuya apreciación, si bien es cierto, no corresponde al jurado sino al Juez de derecho, tampoco puede considerarse que desentona, como indicación para el Juez, en la respuesta del "juri".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribu-

nal Superior de Neiva, de fecha 18 de junio del presente año y ordena que se devuelva el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.



NULIDAD POR AUSENCIA DE DEFENSA

Para que esta nulidad de carácter constitucional se estructure, es necesario que la carencia de asistencia técnico-jurídica, se haya operado dentro del juicio, como lo dice el art. 26 de la Constitución y no en la etapa del sumario.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, once de diciembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

(Aprobado: Acta N° 52, Diciembre 11/70).

VISTOS:

Por sentencia de 18 de febrero de 1970 el Juzgado Cuarto Superior de Bucaramanga condenó a LUIS ROBERTO CIFUENTES TIBAQUIRA a la pena principal de 18 años de presidio, a más de las accesorias de rigor, "como autor y responsable de un delito "DEL HOMICIDIO" (Cap. I, Tit. XV, Lib. II del C. P.) en la persona de Bertha Barajas de Hernández, cometido en las horas de la mañana del siete de abril de mil novecientos sesenta y ocho, en el hotel "Bucarica" de esta ciudad".

Recurrida en apelación la providencia por el defensor y su procesado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por la suya de 30 de junio del mismo año, la confirmó pero modificándola "en el sentido de imponer al acusado Luis Roberto Cifuentes Tibaquirá la pena de quince (15) años de presidio, en lugar de los dieciocho años que trae el fallo apelado, y la REVOCA con relación a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, por no ser procedente esta medida".

Contra este fallo el sentenciado interpuso recurso extraordinario de casación y, como

la tramitación correspondiente se encuentra agotada, ha de procederse a resolver lo que se estime de ley.

HECHOS:

Por el Juzgado del conocimiento, éstos han sido resumidos de la siguiente manera:

"En piezas de una casa de inquilinato ubicada en la calle quince de esta ciudad de Bucaramanga y marcada su puerta de entrada con el número 9-69, desde hacía algún tiempo habitaban los sujetos Luis Roberto Cifuentes y Berta Barajas de Hernández, quienes separados de sus cónyuges legítimos, vivían amancebados. Ambos desempeñaban cargos en el Hotel Bucarica de esta ciudad: el primero como celador y Berta como jefe de la sección de repostería de dicho establecimiento. El sábado seis de abril del corriente año de mil novecientos sesenta y ocho, época en que Luis Roberto Cifuentes se encontraba disfrutando de vacaciones concedidas por la Empresa del Hotel Bucarica, acertó a llegar a las habitaciones en donde hacía vida marital con Berta Barajas de Hernández y al oír de labios de ésta la petición de que "no le siguiera más los pasos", se retiró de aquel lugar, no sin antes prometerle que la mataría, promesa que hizo bajo juramento prestado de rodillas ante los allí presentes. Seguramente Berta sabía que Luis Roberto cumplía lo que prometía porque inmediatamente, junto con sus menores hijas, su padre y una mujer que estaba de visita en su casa, tomaron un taxi y se alejaron de aquel lugar para buscar albergue en una casa ubicada cerca al edificio donde funciona el

Colegio Santander. Al día siguiente, en la madrugada, como era de costumbre, Berta se dirigió al Hotel Bucarica para cumplir con los deberes de su empleo. Allí llegó faltando diez minutos para las cinco de la mañana y después de marcar la tarjeta de control de asistencia se dedicó a ejecutar sus cotidianas labores. Conocedor de la hora en que su concubina tenía que presentarse al hotel a prestar sus servicios, cinco minutos después de su llegada penetró Luis Roberto Cifuentes al establecimiento a buscarla y cuando la encontró disparó sobre ella repetidas veces su revólver causándole heridas que le ocasionaron la muerte casi en forma instantánea, para luego emprender la fuga, perseguido por otros empleados de la misma empresa, quienes lograron que la policía lo capturara a varias cuadras de distancia cuando pretendió ocultarse dentro del edificio del hotel "Príncipe" de esta ciudad".

ACTUACION PROCESAL:

La Inspección Primera Departamental de Permanencia —Primer Turno— de Bucaramanga inició esta investigación el mismo día en que ocurrieron los hechos. Pasada al Juzgado Sexto Penal Municipal, luego de practicadas algunas pruebas se decretó la detención preventiva del sindicado (fls. 20 ss.). Una vez perfeccionada, el Juzgado Cuarto Superior de aquella ciudad, al cual correspondió en reparto su conocimiento, por auto de 5 de agosto de 1968 la declaró cerrada y dispuso que permaneciera en la Secretaría "a disposición de las partes por el improrrogable término de cinco días, para que formulen sus alegatos" las partes (fl. 53).- El 26 de agosto de ese mismo año el sindicado Luis Roberto Cifuentes Tibaquirá fue llamado a responder en juicio criminal, con intervención del jurado popular por el delito de homicidio en Bertha Barajas de Hernández, "homicidio con características de asesinato (art. 363, ordinales 2º y 6º del C. P.)".- El defensor de oficio que a petición suya le fuera nombrado al encausado, apeló de la providencia enjuiciatoria (fl. 76). Subido el expediente al Tribunal, esta entidad por auto de 24 de octubre del mismo año confirmó el llama-

miento a juicio pero modificándolo en el sentido de descartar las causales 2ª y 6ª como agrantes del homicidio, para deducirle, en vez de aquéllas, la 5ª del artículo 363 del Código Penal (Cuaderno Nº 2, fls. 6 ss.). Previa la tramitación correspondiente, durante los días 11 y 12 de febrero de 1970 se celebró la respectiva audiencia pública. A la consideración del jurado fue sometida la siguiente:

"CUESTION UNICA: El acusado LUIS ROBERTO CIFUENTES TIBAQUIRA, cuyas anotaciones personales constan a los autos, es responsable de haber ocasionado la muerte a Bertha Barajas de Hernández, mediante heridas que le infiriera en las primeras horas de la mañana del siete de abril de mil novecientos sesenta y ocho, en el hotel "Bucarica" de esta ciudad de Bucaramanga, y al cumplir su actuación lo hizo con el propósito de matar y dentro de circunstancias que colocaron a su víctima en condiciones de indefensión e inferioridad (alevosía)?"

La respuesta unánime fue: "SI".

Aceptando tal veredicto el Juez a quo dictó la sentencia anotada y el Tribunal la confirmó con las modificaciones que ya se indicaron. Luego se interpuso el recurso extraordinario de casación, según se dejó dicho.

LA DEMANDA:

/Manifiesta el actor, que es un abogado distinto de aquél que venía atendiendo oficiosamente al acusado; que acusa la sentencia "con base en la causal 4ª del Art. 56 del DECRETO 528 de 1964, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, así:

"1) El procesado careció de asistencia técnico-jurídica real y efectiva en la etapa sumarial. Su apoderado apenas lo fué para la indagatoria, lo cual quiere decir que Luis Roberto Cifuentes no tuvo defensa formal en esta importante etapa del diligenciamiento y no se abogó por el sindicado llegado

el momento de formular los alegatos precalificatorios.

"2) El procesado careció de asistencia técnico-jurídica real y efectiva en la etapa del juicio, pues no se sustentó el recurso de apelación, ni en correspondiente término probatorio se demandó la práctica de pruebas.

"3) La defensa formal, mediante petición de contra pruebas y de presentación de contra alegaciones, no tuvo cumplimiento en el proceso, en el sumario y en el juicio, razón por la cual, la alegación en Audiencia, sin asistencia jurídica anterior, representaba apenas el cumplimiento de una rutina simplemente, pese a los denodados y seguramente hábiles recursos del distinguido Defensor, con resultados en extremo previsibles, o, si se quiere, seguros, en cuanto a una condena, como en efecto sucedió.

"4) La nulidad referida es supra-legal, pues se violó el Art. 26 de la Constitución Nacional que dice: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante el Tribunal competente, o (sic) observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de precisar los hechos, de reseñar la actuación procesal y de presentar los cargos de la demanda, solicita que la Corte deseche el recurso de casación, puesto que en el caso sometido a examen no existe nulidad en la etapa sumarial con fundamento en el artículo 26 de la Constitución Nacional, como tampoco en la del juicio, ya que la defensa sí actuó dentro de éste al interponer recurso de apelación contra el auto de proceder y dentro de la audiencia pública.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Como se recordará, el cargo formulado por el recurrente consiste en afirmar que "el procesado careció de asistencia técnico jurídica real y efectiva" tanto en la etapa

sumarial como en la del juicio. En la primera, puesto que "su apoderado apenas lo fue para la indagatoria" y, en la segunda, "no se sustentó al recurso de apelación —(del auto de proceder)—, ni en correspondiente término probatorio se demandó la práctica de pruebas", violándose así el artículo 26 de la Constitución Nacional, lo cual genera una nulidad supra-legal.

1. Etapa sumarial: Téngase en cuenta que tanto la diligencia de indagatoria (fls. 5 ss.), como en la ampliación de ésta (fls. 18 sgt.), el sindicado estuvo asistido por el apoderado que él mismo designó. De manera que en este sentido, no puede afirmarse que se menoscabaron o atropellaron sus derechos ni que se violó la ley procedimental penal al respecto.

Además, el artículo 26 de la Constitución hace referencia a la etapa del juicio, es decir, a aquélla en donde en definitiva se va a decidir acerca de la suerte del acusado. Por otra parte no puede juzgarse subjetivamente acerca de los propósitos que pueda albergar un apoderado, con fines al plan general de defensa. Casos habrá y, los ha habido, en que es más prudente guardar silencio para desarrollar la labor defensiva en etapa posterior. Con toda razón dice el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal:

"Se ha hecho referencia, en primer término a la falta de asistencia en la etapa sumarial. Cabe advertir, a este respecto, que si bien, sería de indiscutible conveniencia que dicha asistencia por apoderado la tuviera el procesado en todos los actos de la investigación, no puede exigirse bajo sanción de nulidad en el período inicial del proceso, dada la dificultad que representaría y por cuanto el juzgamiento propiamente dicho, tiene lugar en la segunda etapa, en la cual el procesado y su defensor —cuya designación e intervención es imprescindible— tiene— la oportunidad de solicitar pruebas y presentar alegaciones, para que el fallo que deba dictarse se ajuste a la ley y sea en lo posible favorable al primero.

"Por lo dicho, se considera que no se

produjo o existe la nulidad alegada en la etapa investigativa”.

Las anteriores razones son más que suficientes para concluir con el Ministerio Público, que no se observa nulidad ninguna en cuanto hace relación a la etapa sumarial. Luego, por este aspecto, no puede prosperar el cargo propuesto.

2. Etapa del juicio: Durante ésta el defensor de oficio que a propia solicitud le fue nombrado al procesado, interpuso recurso de apelación contra el auto de proceder (fl. 76), el cual le fue legalmente concedido (fl. 76 vto.). Y, si bien es cierto que no lo sustentó ante el Tribunal, no lo es menos que, por una parte, hasta esta fecha, no hay ninguna disposición legal que a éllo obligue y, por otra, la interposición de ese recurso tuvo como efecto el que el *ad-quem* modificara el enjuiciamiento recurrido para deducir no dos causales de agravación del homicidio, como así se había hecho, sino una sola.

Por otra parte, consta en la respectiva Acta de Audiencia Pública que el mismo defensor hizo persistentes esfuerzos durante su intervención por convencer al jurado de que en la consumación del homicidio no había mediado circunstancia ninguna de agravación, por lo cual debería considerarse como simplemente voluntario o de propósito. Con tal fin, presentó sus argumentaciones con cita de pruebas y con confrontación del auto de proceder del Juzgado y el del Tribunal.- De manera que en la etapa del juicio el procesado no estuvo abandonado a su propia suerte, sino que contó con asistencia técnica y jurídica. Otra cosa perfectamente distinta es que el tribunal popular no hubiera sido convencido por las alegaciones de la defensa, “pese a los denodados y seguramente hábiles recursos del distinguido Defensor”, calificativos éstos que pertenecen al mismo recurrente en casación.

“En ya numerosas oportunidades ha expresado la Corte el criterio —ratificado recientemente en sentencia de casación de 27 de febrero y 9 de marzo del año en curso, entre otras—, que la nulidad suprallegal generada por el abandono del procesado al

arbitrio exclusivo del funcionario, sólo se produce cuando la indefensión ha sido total” (Casación de 29 de mayo de 1970).

Y, en otra ocasión, también dijo esta entidad:

“Al desarrollar la doctrina de la nulidad constitucional o suprallegal, 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 causales legales de nulidad” (Casación de Régulo Vargas Lozada, 17 de octubre de 1969).

Y, se acaba de ver cómo en el caso sometido a estudio no hubo abandono total del procesado a su propia suerte ni al arbitrio exclusivo del funcionario juzgador, ni se le privó de oportunidades ni de garantías algunas de defensa. Sino que, por el contrario, tuvo un defensor que veló por sus derechos, que expuso sus tesis de defensa y que cumplió con su deber.- En consecuencia, el cargo no prospera.

Sin lugar a otras consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 30 de junio de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga dentro de las presentes diligencias.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

J. Evencio Posada V., Secretario.



CAUSAL 1ª DE CASACION

Se reitera la doctrina de la Corporación, sobre las cuatro garantías que consagra el artículo 26 de la Constitución, cuyo quebrantamiento origina la nulidad Constitucional. — Reglas que rigen la causal 1ª, de Casación.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, once de diciembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobado: Acta N° 52 de 11 de diciembre de 1970).

VISTOS:

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado EMILIANO MAHECHA MONTERO contra la sentencia de fecha nueve de febrero de mil novecientos setenta, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, reformando la de primer grado, lo condenó a la pena principal de dos (2) años de prisión como responsable del delito de falsedad en documento privado.

ANTECEDENTES

a) “Según la denuncia —se expresa en la sentencia de primera instancia resumiendo los hechos de que se ocupa el proceso—, EMILIANO MAHECHA MONTERO propietario del expendio denominado ‘CAFE COMERCIAL’ situado en la carrera 9ª N° 19-37 de esta ciudad, el día veinticinco de agosto de mil novecientos sesenta y cinco, le vendió la mitad del establecimiento al joven ALBERTO SALAZAR LOSADA —el denunciante—, por la suma de CATORCE MIL (\$ 14.000.00) PESOS, los cuales fueron cancelados. De esta declaración de voluntades se elaboró un documento, el cual, so pretexto de registrarlo, fue tomado por Mahecha Montero quien lo ocultó con el ánimo de

desconocer el derecho adquirido por el otro contratante, valiéndose, a la vez, de otras artimañas.

“El reclamo extrajudicial que hiciera el perjudicado al presunto contratante doloso ocasionó una investigación por los delitos de EXTORSION, CHANTAJE y ABUSO DE CONFIANZA en contra de Salazar Losada; investigación que injustificadamente fue incorporada a la promovida por éste, por el delito de falsedad documental, según providencia dictada por un Juez de la Justicia Castrense”.

b) Luego de accidentado decurso investigativo, el Juzgado Segundo del Circuito de Bogotá calificó el mérito del sumario, en providencia calendada el 10 de octubre de 1967, sobreseyendo temporalmente a Mahecha Montero “de los cargos imputados y por los cuales rindió declaración indagatoria” y disponiendo la reapertura de la etapa instructiva (fls. 344 a 363).

c) Al revisar, por vía de apelación, el referido auto calificador, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo revocó mediante proveído del 4 de marzo de 1968, y, en su lugar, decidió “Llamar a responder en juicio criminal ordinario a EMILIANO MAHECHA MONTERO, de condiciones civiles y personales registradas en su injurada, por el delito de falsedad en documentos, de que dió cuenta ante la justicia el señor Jesús Alberto Salazar, y que le es imputable de conformidad con lo anteriormente expuesto” (fls. 340 a 350, Cd. 2).

d) Celebrada la audiencia pública, el Juez de la causa condenó a Emiliano Mahe-

cha Montero, mediante fallo del 23 de abril de 1969, a la pena principal de treinta y ocho (38) meses doce (12) días de prisión, como responsable del delito de falsedad en documento privado, fallo que el Tribunal reformó en el que luego fue acusado en casación.

LA DEMANDA DE CASACION

Estima la Sala que los siguientes apartados del concepto de la Procuraduría Segunda Delegada contienen una cabal y acertada síntesis de la acusación y por ello carece de objeto presentar un nuevo compendio de la misma.

"Primero.- La H. Sala de Casación Penal por auto del 2 de octubre de este año admitió la demanda por el solo aspecto formal pues, al menos, se hizo una relación de hechos, por demás extensa, se invocaron causales de casación y se formularon peticiones.

"Segundo.- El artículo 63 del Decreto 528 de 1964 señala los requisitos que debe reunir la demanda de casación y son: resumen de los hechos debatidos en el juicio, invocación de la causal que se aduzca para solicitar la invalidación del fallo, indicación clara y concreta de los fundamentos jurídicos de la causal aducida (concepto de la violación), señalamiento de las normas sustantivas que el actor estime infringidas (complemento del requisito anterior) y, si son varias las causales invocadas, su demostración en capítulos separados.

"Tercero.- La demanda en cuestión apenas cumple el primer requisito y en exceso pues a la relación de hechos se dedicaron 12 de los 15 folios del libelo. En cuanto a las demás exigencias se tiene lo siguiente:

"Una parte de la demanda se denomina 'violación de la ley procedimental penal' y lejos de señalarse alguna norma a ese respecto, se indican como 'infringidas' las relativas a los numerales 1º y 4º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964. Es difícil imaginar que la sentencia del Tribunal Supe-

rior de Bogotá que condenó a Emiliano Mahecha Montero haya violado las disposiciones legales relativas a las causales primera y cuarta de casación...

"En este mismo capítulo el actor transcribe el primer apartado de la causal primera de casación pero sostiene que en el fallo impugnado se atribuyó a los testimonios de Eccehomo Trujillo y Eugenio Urdaneta 'un valor probatorio que no tienen' y a pesar de esta confusión de conceptos no se intenta siquiera la demostración del cargo y menos se indican las normas adjetivas y sustantivas que resultaron infringidas.

"En cuanto a la causal cuarta de casación su fundamnto se reduce a estas palabras:

'Y en lo referente a la CAUSAL 4ª, se dictó sentencia en juicio viciado de nulidad por cuanto, al definir la situación de mi mandante, se omitió hacerlo en relación con el indagado y sindicado ALBERTO SALAZAR LOSADA, cuya conducta procesal no se juzgó con arreglo a lo ordenado por el procedimiento'.

"El motivo de nulidad invocado, no haberse definido la situación jurídica del acusado Alberto Salazar Losada, en nada concierne al recurrente Mahecha Montero. y ni siquiera está considerado como nulidad legal en el estatuto procesal vigente.

"En otra parte del libelo el recurrente cita el artículo 26 de la Constitución Nacional pero no señala cuál de las garantías procesales contempladas en esta norma fue vulnerada por el fallo de segunda instancia y menos consigna el concepto de la violación.

"Finalmente, se consideran como normas vulneradas el artículo 26 de la Constitución Nacional, el 203 del Código de Procedimiento Penal y 'causales invocadas' y se pide a la H. Corte Suprema, en consecuencia, invalidar el fallo por uno u otro motivo de casación, ya que no se propone uno como principal y otro como subsidiario.

"El breve comentario anterior pone de presente las protuberantes fallas en que se

incurrió y las cuales impiden, por ministerio de la ley, estudiar la demanda”.

LA CORTE CONSIDERA:

Causal Cuarta

El artículo 26 de la Constitución Nacional entraña una tácita concreción del derecho de defensa, expresa o subentendidamente reconocido en la legislación de todos los países civilizados, síntesis que —como lo ha observado esta Sala en varias oportunidades— está integrada por cuatro garantías fundamentales: a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento; b) Legalidad de la jurisdicción; c) Observancia plena de las formas propias del juicio, y d) Preferente aplicación de la ley sustancial permisiva, aunque sea posterior al acto imputado. Tales principios vienen incorporados al ordenamiento jurídico de Colombia desde hace mucho tiempo, y últimamente han sido acogidos, con el específico nombre de “derecho de defensa”, por la Ley 74 de 1968.

La demanda cita como infringido el artículo 26 de la Carta, pero ni siquiera intenta demostrar el cargo, explicando cuál o cuáles de las garantías que tal norma consagra fué quebrantada por el fallo recurrido. Y, de otro lado, trata de erigir en motivo de nulidad un hecho que el artículo 37 del Decreto 1.358 de 1964 no contempla en su taxativa enumeración de las causales de invalidez susceptibles de afectar los procesos penales ventilados sin intervención del jurado. La causal, desde luego, carece de toda justificación.

Causal Primera

Tampoco se realizó esfuerzo demostrativo alguno respecto de la causal primera. Importa recordar una vez más que como la casación no constituye una tercera instancia, la Corte sólo puede entrar a juzgar de la sentencia recurrida a la luz de las acusaciones que en el libelo impugnatorio se le hayan formulado, en la forma clara y precisa que exigen las normas reguladoras

del recurso. Esa precisión en el fundamento de las causales, cuando de la primera se trata, implica la necesidad de ceñirse a las siguientes reglas: a) Fijar con exactitud el modo de la violación de la ley sustancial que se imputa al sentenciador; b) Si la acusación parte del supuesto de un quebrantamiento directo de la ley sustancial, menester será concretar si se produjo por omisión, o por aplicación indebida, o por interpretación errónea; c) Si el ataque tiene como plataforma inicial el error de hecho en la apreciación de pruebas trascendentes, entendiéndose por tales las que determinaron el fallo acusado, sobre ello habrá de alegar el impugnante, individualizando el medio mal apreciado y demostrando el error mismo; d) Si la censura se pretende construir sobre un error de derecho en la valoración probatoria, además de señalar la prueba en que el yerro incide, es imprescindible demostrar que el juzgador le dió a un determinado elemento de juicio un valor que la ley le niega, o le negó el que ésta le otorga.

Ninguna de estas reglas, que en su conjunto conforman o gobiernan la técnica propia del recurso, fue aplicada por el demandante, quien se limitó a sugerir deshilvanadamente, sin vertebración alguna, temas de cariz impugnatorio, olvidando que la Corte, en sede de casación, no puede examinar oficiosamente el contenido de la sentencia acusada, que llega amparada por una presunción de acierto, porque su actividad jurisdiccional está circunscrita a los límites que, conforme a las normas reguladoras del recurso, le trace el impugnante.

DECISION:

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha nueve (9) de febrero de mil novecientos setenta (1970), mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a Emi-

liano Mahecha Montero a la pena principal de dos (2) años de prisión, como responsable del delito de falsedad en documento privado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario

Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

RECURSO DE CASACION

No procede en los procesos penales adelantados contra los funcionarios públicos de los cuales conoce en primera instancia, la Sala Penal de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, once de diciembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobado: Acta N° 52 de 11 de diciembre de 1970).

VISTOS:

Mediante sentencia del veintiséis de junio de mil novecientos sesenta y nueve el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín absolvió al doctor ALFONSO ISAZA GARCIA del delito de abuso de autoridad, por el cual fue llamado a responder en juicio según providencia del tres de agosto de mil novecientos sesenta y ocho.

Contra tal sentencia interpuso el recurso extraordinario de casación el doctor Julio Hincapié Santa María, quien, como se expresa en el auto que concedió dicho recurso, "venía como apoderado de la parte civil" (fls. 268 a 273, cdo. 1°).

Ante la Corte se ha agotado el trámite propio del asunto: El recurso fue declarado admisible (fl. 3, cdo. 3); la demanda sustentatoria del mismo fue estimada, desde el punto de vista formal, acorde con las exigencias legales sobre la materia, y oportunamente presentaron sus alegatos la Procuraduría Primera Delegada y el apoderado del doctor Isaza García (fls. 9 a 51, cdo. cit.).

Se considera

a) El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín venía conociendo, en única instancia, de este proceso, en virtud de la norma contenida en el artículo 12 del Decreto 528 de 1964.

b) Cuando se surtía la instancia y antes de que el Tribunal proferiera el fallo correspondiente, que como se dijo tiene fecha de veintiséis de junio de mil novecientos sesenta y nueve, se hallaba ya en virgor la Ley 16 de mil novecientos sesenta y ocho que atribuyó el conocimiento de asuntos como el presente a las Salas Penales de los Tribunales en primera instancia (artículo 2° letra b), pues la condición impuesta para la vigencia de las nuevas normas sobre competencia contempladas en el artículo 14 de la citada Ley 16, se cumplió desde el 31 de mayo de 1969, fecha esta en la cual entró a regir el Decreto 900 de 1969 por el cual se estableció la organización judicial dispuesta por aquella ley.

c) Por la razón anterior, a partir del 31 de mayo de 1969 compete a la Sala Penal de la Corte el conocimiento en segunda instancia de los asuntos de que conozcan en primera las Salas Penales de los Tribunales Superiores (artículo 42 del C. de P. P., que corresponde al 17 del Decreto 528 de 1964).

d) Como las normas relativas a la competencia son de orden público y de aplicación inmediata, resulta claro que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el presente proceso era susceptible del recurso de apelación para ante esta

Sala de la Corte, recurso del que no se hizo uso oportunamente por las partes, y que obviamente no admite el recurso extraordinario de casación que consagraba el ordinal 3º del artículo 55 del Decreto 528 de 1964, norma que quedó tácitamente derogada por la Ley 16 de 1968.

e) Ciertamente es que la Corte declaró admisible el recurso de casación interpuesto en este proceso por el apoderado de la parte civil y dispuso su trámite preparatorio del fallo, pero no por esa circunstancia esta Corporación puede decidir de fondo respecto del mérito del fallo acusado. Las razones fundamentales del criterio que caba de exponerse las expresó esta Sala en providencia de 24 de julio del año en curso, que importa transcribir:

“6º. De lo expuesto se colige por modo obvio que no es procedente el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal de Ibagué, con arreglo al ordinal 2º del artículo 55 del Decreto 528 de 1964.

“7º. Si ello es así, como de veras lo es, no puede la Sala fallar en el fondo sobre la demanda de casación contra una providencia que por su naturaleza no es objeto del recurso extraordinario, conforme a la ley. “Las disposiciones legales sobre jurisdicción y competencia son de orden público y no pueden ser modificadas por convenio de las partes ni por decisión de los jueces o tribunales so pretexto de hacer efectivos los derechos reconocidos por la ley sustantiva. La Corte no se puede investir por sí misma de atribuciones para decidir en casación sobre negocios que la ley no ha sometido a este recurso...”

“Y el error en que haya incurrido la Sala al admitir el recurso respecto de una providencia que no era susceptible de casación, mal puede obligarla a persistir en su conducta desviada de la ley, a decidir en el fondo una demanda de casación contra un fallo que legalmente no está sujeto al re-

curso” (C. S. J., auto de la Sala de Casación Civil, de 13 de mayo de 1954).

“Y en casación civil de 30 de noviembre de 1961, esta Corporación expuso:

“En varias ocasiones ha dicho la Corte que cuando erradamente declara admisible el recurso de casación, el auto correspondiente no la obliga a tomar decisión alguna de fondo al estudiar los reparos hechos a la sentencia del Tribunal y darse cuenta cabal de la índole del pleito. Ciertamente, si al entrar en el examen detenido del recurso propuesto advierte que le ha dado cabida sin fundamento legal, mal procedería atribuyéndole al auto admisorio de la demanda capacidad para comprometerla en el nuevo error de asumir una competencia de que carece. Porque el auto en cuestión nunca tiene fuerza de sentencia, no cohibe a la Corte para declarar en providencia posterior improcedente el recurso” (Tomo LXX, Nº 2.107-2.108, 850, 1ª y 2ª).

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No es el caso de estudiar los cargos de la demanda de casación por no ser susceptible de este recurso el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín el día veintiséis de junio de mil novecientos sesenta y nueve.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

J. Evencio Posada V., Secretaric.

CAUSAL 4ª DE CASACION

La Corte recoge su jurisprudencia en el sentido de que, la causal 4ª de casación procede con perfecta autonomía cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad, no estando subordinada a la del inciso 2º del ord. 1º del art. 56 del Decreto 528 de 1964, puesto que dicha subordinación equivaldría a la creación de una causal híbrida de la primera y la cuarta, no estatuida por el legislador.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, 15 de diciembre de 1970.

(Magistrado Ponente: Dr. José María Velasco Guerrero).

(Aprobado: Acta Número 51 de 1970).

VISTOS:

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Héctor Uriel Rincón Molina y su defensor y por el encausado Mario Enrique Ordóñez, contra la sentencia de fecha 5 de noviembre de 1969, mediante la cual, el Tribunal Superior de Cali, reformó la de primera instancia y condenó a los recurrentes a la pena principal de 24 años de presidio, como responsables del delito de homicidio con características de asesinato en concurso material con el de robo.

Hechos y actuación procesal:

Los hechos que dieron origen a las presentes diligencias los sintetiza el Juez Primero Superior de Cali al calificar el mérito del sumario, en la siguiente forma:

"El 20 de octubre de 1964, el agente José Tulcán Urbano, informó al Inspector Departamental de Policía de San Antonio, de la presunta desaparición de Isaac Díaz Paz, quien hacía unos cuatro meses había llegado al caserío, donde se dedicó a labores agrícolas. El agente presumía que se hubiera cometido un crimen movido por el robo, pues se sabía que el ciudadano desapareci-

do portaba algún dinero y además, 'el señor agente Rivera Arcila José, destacado en este puesto, encontró en el camino que de esta población conduce a Chusopelado (sic), una chaqueta de color azul y morado, la cual se cree haya sido (sic) del señor desaparecido, por tener conocimiento de que éste siempre (sic) portaba una similar'.

"Las sospechas del policía fueron confirmadas plenamente, cuando el Inspector de Policía practicó la diligencia de levantamiento de un cadáver 'más o menos a un kilómetro hacia la parte alta del puente que conduce del poblado a la vereda de San Miguel' " (fs. 212 a 212 vto. C. N° 1º).

Con base en la anterior denuncia el Inspector de Policía de San Antonio de Jamundí (V.) avocó el conocimiento y dictó auto cabeza de proceso el 22 de octubre de 1964. Numerosas declaraciones señalaron como responsables del homicidio a Héctor Uriel Rincón Molina y Mario Enrique Ordóñez. En noviembre 24 del mismo año, el Juzgado 27 de Instrucción Criminal, con sede en Cali, continuó la investigación. El 2 de diciembre siguiente dictó el respectivo auto de detención contra los inculcados. En 22 de abril de 1965, el Juez 27 de Instrucción Criminal envió las diligencias al Juez Superior (reparto). Le correspondió avocar conocimiento al Primero. Ordenó la práctica de varias pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos. El 11 de abril de 1967 cerró la investigación y, el 3 de junio siguiente calificó el mérito del sumario y abrió causa criminal contra los sindicados Mario Enrique Ordóñez y Héctor Uriel Rin-

cón Molina por los delitos de homicidio y robo, cometidos en concurso material, en condición de coautores. Apelaron los procesados Ordóñez y Rincón. El Tribunal Superior de Cali el 31 de agosto de 1967 confirmó en todas sus partes la providencia recurrida y negó la nulidad impetrada por el Fiscal 4º.

La audiencia pública se inició el 25 de marzo de 1969. Sesionó durante seis días. Los Jurados de Conciencia respondieron los cuestionarios en la siguiente forma: "Cuestionario N° 1, para Héctor Uriel Rincón Molina 'SI ES RESPONSABLE COMO CO-AUTOR DEL DELITO DE ASESINATO AGRABADO (sic)'. Para el cuestionario N° 2, del mismo sindicado, que trata del delito de 'robo': 'SI ES RESPONSABLE'. Y en la misma forma, y por unanimidad, contestaron dos cuestionarios sobre la responsabilidad de Mario Enrique Ordóñez, por homicidio y robo, en Isaac Díaz Paz".

El 12 de mayo de 1969 el Juzgado Primero Superior de Cali condenó a los procesados Héctor Uriel Rincón Molina y Mario Enrique Ordóñez a la pena principal de veinte (20) años sin especificar ninguna (presidio o prisión), y a las accesorias de rigor.

Apelaron los procesados Héctor Uriel Rincón Molina y Mario Enrique Ordóñez. El Tribunal Superior de Cali mediante sentencia del cinco de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, reformó la del a quo e impuso a los sindicados la pena principal de 24 años de presidio como responsables del delito de homicidio, con características de asesinato en concurso material con el delito de robo.

Oportunamente Rincón y Ordóñez interpusieron el recurso extraordinario de casación.

El día 20 de marzo de este año la Sala declaró admisible el recurso de casación interpuesto por el procesado Héctor Uriel Rincón y su defensor, y por el encausado Mario Enrique Ordóñez. Este no formuló demanda de casación. En cuanto a él se declaró desierto el recurso.

El apoderado recurrente presentó demanda de casación a nombre del procesado Héctor Uriel Rincón Molina.

Con fundamento en la causal 4ª del art. 58 del Decreto 528 de 1964, el recurrente impugna la sentencia de segundo grado por haberse incurrido en ella en error respecto del nombre y apellido del ofendido. Y con apoyo en el art. 26 de la C. N., por inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio, que hace consistir en el hecho de no haberse practicado la diligencia de inspección ocular decretada por el funcionario instructor y que el juez del conocimiento consideró necesaria para el perfeccionamiento de la investigación.

El recurrente transcribe algunos documentos con los cuales pretende demostrar que Isaac Díaz Paz, la víctima de los acontecimientos, tenía para la época de su muerte una edad superior a los 50 años, sin embargo de lo cual el dictamen médico-legal le señaló la de 25. En esta disparidad encuentra el actor base para afirmar como demostrado el motivo de la impugnación.

Puntualiza asimismo algunas irregularidades en la actuación procesal, entre otras, la falta de firma del Juez Primero Superior en la diligencia de ratificación del informe que obra a folios 280 del expediente, la falta de notificación a los defensores (folios 273 y 73) y, asimismo, a los jurados Luis A. Fernández B. y Ricardo Bonilla. Lo propio asegura respecto del auto de fecha 27 de septiembre de 1968 (folios 259) que no fue notificado al fiscal del juzgado. Y observa por último que en la notificación del auto por medio del cual se tuvieron como miembros del jurado a quienes resultaron sorteados en la diligencia pertinente, se omitió la cifra correspondiente al día del mes de febrero de 1969.

Concepto del Procurador:

El Procurador 2º Delegado en lo Penal, en su vista de fecha 12 de setiembre último manifestó:

"1º. a) El actor acusa el fallo dictado

acusados Rincón y Ordóñez por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo '... al nombre o apellido del ofendido', lo cual supone, obviamente, que el juzgador de instancia incurrió también en error de hecho por apreciación equivocada de las pruebas a consecuencia de lo cual se produjo la violación de la ley penal. En este caso la causal pertinente sería la primera inciso 2º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 (en el supuesto de que fuera admisible en juicios con intervención del jurado), por cuanto el recurrente desestima los elementos fácticos que sirvieron de base en el auto de proceder para la identificación de la víctima, los cuales, si modifican, es claro que hacen variar la calificación del sumario.

"Como el recurrente no acepta los hechos que el juez tuvo en cuenta para la calificación ha debido aducir y demostrar los motivos propios de la causal primera en cita, en vez de la cuarta invocada en forma autónoma e independiente, y luego si ésta como consecencial de la anterior.

"La jurisprudencia ha repetido que la causal cuarta invocada como fundamento de la errónea apreciación de la prueba por razones de hecho o de derecho, resulta, como en este caso, improcedente por sí sola (G. J. Tomo CXV, N° 2.280, pág. 241).

"Lo anterior sería suficiente para desecharse la demanda por ausencia de técnica; sin embargo, este Despacho se ocupará del aludido reparo para demostrar que también incurrió en equívocos respecto de la apreciación de la prueba por parte del actor.

"b) El recurrente a este respecto acepta expresa y categóricamente que existe absoluto desconocimiento en cuanto a las condiciones civiles de la víctima de los delitos de homicidio y robo, Isaac Díaz Paz (fl. 8 c. de la C.), pero pone en duda la identidad del cadáver objeto de la autopsia por cuanto en ella los legistas expresaron, sin motivación alguna que respaldara su aserto, que la edad aproximada de Isaac Díaz Paz sería de 'veintiocho años aproximadamente', en tanto que el informe del Comandante

del Puesto de San Antonio hace referencia a que la misma víctima tenía 'unos cincuenta y un años más o menos' y el declarante Manuel Dolores Díaz, quien dio aviso al Notario Cuarto de la muerte de Díaz Paz, situó la edad en cincuenta y cinco años, de ahí que en la partida de defunción expedida por el funcionario en referencia aluda a esa edad, sin que el documento constituya prueba de ese hecho ni de la veracidad de las declaraciones del denunciante. Si así fuera, la muerte de Díaz Paz habría ocurrido el 13 de noviembre de 1964, según se expresa en la partida de defunción del Registro Civil (fl. 120), cuando la autopsia practicada en tal fecha, la ubica en 'lapso no inferior a 30 días contados hacia atrás, teniendo en cuenta el avanzado grado de putrefacción cadavérica (fl. 73).

"De otra parte, absolutamente todas las pruebas allegadas a los autos, la testimonial, la pericial, la documental y aún la confesoria, indican, sin lugar a dudas, que la víctima de los delitos cometidos por los acusados fue Isaac Díaz Paz y por tanto no se puede afirmar, sin contrariar la verdad procesal, que se incurrió en el auto de proceder en error relativo el nombre del ofendido.

"Tampoco puede ponerse en duda la edad de la víctima, la cual no está contemplada como motivo de nulidad en el numeral 5º del artículo 37 del Decreto 1.358 de 1964, porque no fue objeto especial de peritazgo y porque en restos humanos de características de las encontradas en el cadáver de Díaz Paz, 'solamente el esqueleto...', es posible la comisión de errores superiores a veinte años en la determinación de la edad, según lo afirman los tratadistas de esta materia.

"Al respecto el libro de medicina legal del profesor Uribe Cualla enseña:

" ' Cuando la osificación es completa en todos los huesos, se puede afirmar que el sujeto tenía por lo menos de veinte a veinticinco años, siendo este dato con frecuencia totalmente insuficiente. Varios casos pueden presentarse en la determinación de

la edad de un adulto, según que el cadáver esté intacto o que esté más o menos mutilado y hasta carbonizado.

“ ‘ Si el cadáver está bien conservado, si la putrefacción no está muy adelantada puede hacerse una estimación aproximada de la edad, según la densidad y coloración de los pelos y cabellos, la falta o abundancia de arrugas, estado de la dentición. Sin embargo, debemos tener en cuenta la posibilidad de errores considerables que pasen de diez y hasta veinte años, a indicar para la edad los límites correspondientes, diciendo: ‘El cadáver parece pertenecer a un sujeto de más de treinta años y de menos de cincuenta’ (pág. 548).

“La determinación de la edad en esqueletos que sobrepasan los veinticinco años, por regla general, está sujeta a mayores errores dada la similitud de osificación que presentan los restos humanos después de ese tiempo.

“En definitiva, la acusación resulta inane por ausencia de técnica, porque el motivo de nulidad invocado no corresponde al contemplado en el numeral 5º del artículo 37 del Decreto 1.358/64 y, finalmente porque no existe prueba respecto del fundamento de la impugnación.

“2º. La demanda se refiere a un segundo motivo de nulidad: ‘la inobservancia de las formas del juicio’, con apoyo en el artículo 26 de la Constitución Nacional, la cual se hace consistir en no haberse practicado la diligencia de reconstrucción de los hechos decretada por el funcionario instructor. El recurrente vuelve a incurrir en falta de técnica en la formulación del cargo por cuanto apenas enuncia la omisión de una prueba, la que consideramos intrascendente ante el cúmulo de elementos de juicios demostrativos de la materialidad y responsabilidad de las infracciones, pero no destaca la importancia jurídica de la omisión, ni señala los quebrantos de las garantías procesales que en su opinión menoscabaron el derecho de defensa o lesionaron un presupuesto básico de la acción, únicas situaciones admitidas por la juris-

prudencia de la H. Corte Suprema como violatorias de las formas del juicio. En tales condiciones se carece por completo de elementos demostrativos de la impugnación y de su finalidad, ya que no se expresa en la demanda el concepto de la violación.

“Ahora bien, insistiendo en la falta de técnica en la formulación del cargo, se considera que es impertinente aducir como causal de nulidad en los procesos penales el artículo 26 de la Constitución Nacional cuando la irregularidad se advierte en el sumario, tal como ocurre en el presente caso, porque el precepto se refiere, no a la inobservancia de las formas en las diligencias investigativas sino a las propias del juicio. Así, los cargos hechos por el actor referentes a pretendidas informalidades en el sumario no pueden prosperar porque ni está probado el menoscabo del derecho de defensa y porque la ley concreta las nulidades en esta etapa del proceso a la incompetencia de jurisdicción y a la ilegitimidad de personería del querellante, únicamente.

“La H. Sala de Casación Penal ha reiterado en recientes doctrinas el criterio esbozado, en el sentido de que solo en el caso de que la sentencia vulnere ostensiblemente el derecho de defensa se viola el mandato de la carta según el 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 de cada juicio’.

“3º. Finalmente, el actor se refiere a informalidades en el trámite procesal, como la omisión en notificar personalmente a los defensores el auto fechado el 24 de octubre de 1968 (fl. 263 v.) el cual se hizo por Estados, y en cuanto al proveído del 14 de febrero de 1969, por el cual se reconocieron dos jurados (fl. 273 v.), en verdad no se notificó a los defensores pero sí al Ministerio Público y a los dos acusados. De todas maneras, oportunamente se enteraron del sorteo parcial sin que concurrieran a la diligencia (fl. 272) y se les dio a conocer la fecha de iniciación de la audiencia pública, y en ninguna de las dos ocasiones

reclamaron sobre su invalidez, reparo que es procedente, conforme al numeral 1º del artículo 38 del Decreto 1.358 de 1964, cuando se formula en el acto del sorteo o dentro de los cinco días siguientes, lo cual no ocurrió en el presente caso.

“El actor no indica las normas violadas ni la causa de la nulidad del proceso, si del orden legal o constitucional. Si lo primero, debieron invocarse y demostrarse los motivos contemplados en los artículos 37 y 38 del Decreto antes citado, únicos casos previstos en la ley procesal para invalidar la actuación, y si lo segundo, era indispensable que se analizara el desconocimiento de las garantías que la Constitución Nacional consagra para el juzgamiento, señalando el ostensible perjuicio para la defensa del procesado recurrente por las omisiones que apenas enuncia el señor apoderado.

“En las condiciones expresadas los cargos que se formularon a la demanda no pueden prosperar” (fs. 24 a 30 C. Nº 2).

Consideraciones:

Da por sentado el Procurador que cuando el recurrente acusa el fallo dictado por el Tribunal Superior de Cali contra los sindicados Rincón y Ordóñez por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo “el nombre o apellido del ofendido”, ello supone, obviamente, que el sentenciador incurrió también en error de hecho por apreciación equivocada de las pruebas, como consecuencia de lo cual se produjo la violación de la ley sustancial. Y señala que, en dicho caso, la causal pertinente sería la del inciso segundo del art. 56, numeral 1º del Decreto 528 de 1964, “en el supuesto de que fuera admisible en juicios con intervención del jurado”, ya que el recurrente desestima los elementos fácticos que sirvieron de base en el auto de proceder para la identificación de la víctima.

Dicho en otras palabras: si el recurrente no acepta los hechos que el juez tuvo en cuenta para la calificación, ha debido aducir y demostrar los motivos propios de la causal primera, inciso segundo, en vez de la cuarta invocada en forma autónoma e

independiente, pues la jurisprudencia ha repetido, en múltiples ocasiones, “que la causal cuarta invocada como fundamento de la errónea apreciación de las pruebas por razones de hecho o de derecho, resulta, como en este caso, improcedente por sí sola”.

No se da ciertamente razón valedera para que la Sala mantenga dicha jurisprudencia, pues cada una de las causales es autónoma y debe invocarse con fundamento en sus proyecciones peculiares, dentro del ámbito preciso de su incidencia y demarcación.

La causal cuarta de casación procede con perfecta autonomía cuando la sentencia haya sido dictada en juicio viciado de nulidad y para su relevancia no requiere requisitos diversos a los necesarios para su demostración. El haberse incurrido en el auto de proceder en uno cualquiera de los eventos a que se contrae el numeral 5º del art. 37 del Decreto 1.358 de 1964, es nulidad per se de las que taxativamente define como tales el mismo precepto.

Si se considera impropio que el recurrente involucre en un mismo cargo a la sentencia motivos de diferentes causales y reiteradamente se ha sostenido por la Corte que cada una de ellas obedece a una motivación peculiar, tiene su propia estructura y proyección, no se ve por qué motivo, en este caso concreto y únicamente porque resulta imposible soslayar la evaluación de los hechos, debe exigirse al recurrente acudir a motivos ajenos a los que sustentan la causal cuarta, derivándolos de la segunda, cuya invocación inocua, si no han de tener culminación en ella, la privan de sus propios alcances y efectos en la impugnación.

El problema planteado cobra mayor significación si se medita en que la Corte ha venido sosteniendo que no es posible aducir los motivos de la causal primera, inciso segundo, en los juicios con intervención del jurado, arguyendo la tesis de que el juri es soberano para apreciar los hechos sobre los cuales se pronuncia en conciencia, y la sentencia debe dictarse en consonancia con el veredicto. Esto es evidente cuando el pro-

nunciamiento del jurado se da en un proceso legítimo, no viciado de nulidades.

El veredicto es la respuesta del jure al cuestionario que el juez somete a su consideración. El cuestionario debe reflejar con exactitud los hechos calificados por el juzgador en el auto de proceder. Este puede eventualmente contener, en sí mismo, error en cuanto a la denominación jurídica de la infracción o a la época o lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido y determinar, en consecuencia, el veredicto injusto o simplemente equivocado. Cuando uno de estos supuestos menoscaba el auto de proceder y no es advertido por el juez, en su caso, ni por el jurado de conciencia, en el suyo, y tampoco por el tribunal de instancia, trasciende a la sentencia viciándola de nulidad cuestionable en el recurso de casación. No porque esté de por medio la actuación del jurado de conciencia que pronunció el veredicto, la nulidad es intocable. Ni el error palpitante cometido por el juzgador en un evento de tal naturaleza adquiere por ello el mérito de la cosa juzgada.

Dictada la sentencia por el tribunal, surge para el sindicado, su defensor, el Ministerio Público y la parte civil el derecho de recurrir en casación, si el máximo de la sanción imponible, privativa de la libertad, es o excede de cinco años. Y el recurso de casación carece de limitaciones que no se hallen implícitas o expresadas en las disposiciones que tratan sobre la materia. Procede contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los tribunales, haya o no intervenido el jurado, pues el art. 55 del Decreto 528 de 1964, reformado por la Ley 16 de 1968, art. 16, no establece distinciones.

Corresponde a la Corte, en el recurso de casación, una vez admitida la demanda, decidir sobre la prosperidad de la misma. Estudiar los cargos a la sentencia, separadamente. En igual forma debe proponerlos el impugnador. El rigorismo del recurso obliga a la par al impugnante y al sentenciador.

Está dicho ya que la causal cuarta, bien

mirada las cosas, no es subalterna de la segunda. Lo contrario equivaldría a que la Corte creara una causal híbrida de la primera y la cuarta, no estatuida por el legislador.

En esta forma la Corte recoge la jurisprudencia a que alude el Procurador 2º Delegado en lo Penal y ratifica su doctrina tradicional sobre la independencia y autonomía de las diferentes causales de casación.

Anota la Procuraduría que el recurrente pretende demostrar en un alegato de instancia violaciones sustanciales de ley, sin puntualizar disposición alguna, acusando la sentencia por vicios de nulidad en la suma del proceso.

Considera la Sala muy puestos en razón los argumentos que el Procurador 2º Delegado en lo Penal esgrime contra los motivos invocados por el recurrente y los acoge en lo fundamental, pues resulta evidente que si parte de la base absoluta de que eran desconocidas las condiciones civiles de la víctima de los delitos de homicidio y robo imputados a su poderdante, mal puede concluir que el cadáver objeto de la autopsia no corresponda al de aquella, solamente porque los legistas expresaron, sin motivación alguna, que la edad aproximada de Isaac Díaz Paz fluctuaba entre los 28 años, contraponiéndolo al informe del comandante del puesto de policía de San Antonio que fija la edad del occiso en 51, más o menos, y con la declaración de Manuel Dolores Díaz, quien la sitúa en los 55.

Lo que sí resulta incontrovertible es que toda la prueba recogida, sin excluir la de confesión, indica que la víctima de los delitos del homicidio y robo, objeto de la averiguación, fue Isaac Díaz Paz, y así no puede afirmarse paladinamente que en el auto de proceder se hubiera incurrido en el error apuntado por el actor o sea el relativo al nombre del ofendido.

Ni cabe erigir en motivo de nulidad el entredicho respecto de la edad de la víctima, pues no lo contempla como tal el nu-

meral 5º del art. 37 del Decreto 1.358 de 1964, que no fue materia de la pericia médica. Errores de tal naturaleza son de ordinaria ocurrencia en peritajes realizados en restos humanos en avanzado estado de putrefacción cuyo fue el caso ocurrido con el cadáver de Isaac Díaz Paz.

Así pues el cargo resulta irrelevante por falta de técnica y queda indemostrado el fundamento de la impugnación.

Ya se dijo atrás que el no haberse practicado la diligencia de inspección ocular decretada por el funcionario instructor en nada mengua jurídicamente el auto de proceder, pues fue numerosa la prueba recogida por los investigadores, conteste en el señalamiento de Isaac Díaz Paz como víctima de los deplorables hechos averiguados.

En reiteradas ocasiones ha dicho esta Sala que la demanda de casación debe ceñirse al rigorismo propio del recurso extraordinario que lo motiva, indicando el recurrente la norma sustancial violada, la causal precisa y el alcance de la impugnación, sin omitir indicar la forma de su ocurrencia.

No basta afirmar que en determinado caso ha incurrido el sentenciador en la inobservancia de las formas propias del juicio aduciendo que una determinada prueba dejó de practicarse, para que se dé la violación suprallegal. La prueba omitida ha de ser de tal naturaleza que, sin su concurso, resulte imposible establecer el nexo de causalidad entre el hecho averiguado y la

persona imputada. Pero cuando la atribución del hecho ilícito aparece indiscutiblemente demostrada con múltiples elementos de convicción, sin excluir el confesorio —tal es el caso de autos—, no puede alegarse con propiedad ni a pie juntillas, la pretensión del actor de que en las averiguaciones fueron agravadas las normas del art. 26 de la C. N. que ordenan la rigurosa observancia de las formas propias del juicio, o que se ofendió al sindicado en su derecho de defensa, sin indicar cuál de las garantías precisas consagradas por la norma constitucional ha sido pretermitida.

El cargo no prospera.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de fecha 5 de noviembre de 1969, por el procesado Héctor Uriel Rincón Molina.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero, Carlos Delgado Morales.

J. Evencio Posada V., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

CUARTO TRIMESTRE DE 1970

Octubre - Noviembre - Diciembre.
Relator Dr.: Ignacio Gómez Zapata.

CUOTA POR BENEFICIO DE LA CONVENCION

En ningún caso el acuerdo individual del trabajador no sindicalizado con el patrono para gozar de las ventajas de la convención, pero por fuera de su régimen, excluye éste y libera el no sindicalizado de las cuotas que consagra el artículo 39 del Decreto 2351 de 1965.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda.- Bogotá, D. E. primero de octubre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Crótatas Londoño).

(Acta Número 39).

EL SINDICATO DE TRABAJADORES DE SHELLMAR DE COLOMBIA S. A., interpuso, mediante apoderado, recurso de casación contra la sentencia de fecha veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, en el juicio ordinario del sindicato recurrente contra la empresa SHELLMAR DE COLOMBIA S. A.

El fallo recurrido absolvió a la empresa demandada de las peticiones sobre indemnización por incumplimiento de algunos artículos de la convención vigente entre aquella y el Sindicato de base. El juez de primer grado, en decisión de veintiuno de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, había declarado configurada la excepción perentoria de "inexistencia de la obligación", y contra tal sentencia recurrió el sindicato demandante.

Este, como apoyo de sus pretensiones, había afirmado la violación por la Sociedad de los artículos 22, 24, 25 y 29 de la convención suscrita entre las partes, que tratan sobre aporte de fondos para vivienda, evaluación de oficios conforme a las normas sobre administración del escalafón de personal, servicio de restaurante y retención de aportes sindicales del personal beneficiado con la Convención. Al incumplimiento del citado artículo 29 se vinculó el del artículo 39 del Decreto 2.351 de 1965.

La Compañía demandada se opuso a las solicitudes de la demanda y propuso varias excepciones perentorias. En cuanto a los hechos, aceptó los dos primeros, relativos a la firma de la convención el 25 de abril de 1965 por los representantes del Sindicato y de la Compañía, y negó el tercero, que afirma la violación por parte de aquella de los nombrados artículos convencionales.

El recurso extraordinario

El recurrente sustentó el recurso con demanda de casación presentada en la oportunidad legal y con el lleno de los requisitos legales de forma. Por su parte la sociedad demandada en el juicio no formalizó

en tiempo la oposición, pues el escrito presentado para el efecto lo fue por quien en el momento oportuno no tenía poder para hacerlo y el otorgamiento de éste con posterioridad al plazo legal, no convalidó la oposición por no tratarse de agencia oficiosa.

En el petitum de la demanda el recurrente propone la casación total de la sentencia impugnada, para que la Corte, como tribunal de instancia, revoque el fallo de primera instancia, proferido por el Juez Quinto del Trabajo de Medellín y, declare que la compañía "Shellmar de Colombia S. A.", violó la convención colectiva de 26 de abril de 1965 en sus artículos 24 y 29, éste último en relación con el artículo 39 del Decreto 2.351 de 1965, y condene a dicha compañía al resarcimiento de los perjuicios sufridos por el Sindicato demandante, conforme a los artículos 480 y 553 del C. J.

Para sustentar esta pretensión, el casacionista formula un cargo contra la sentencia censurada, con apoyo en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, cuyo planteamiento hace en los siguientes términos:

"La sentencia acusada viola por vía indirecta los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 1.964 (art. 8 Decreto 2.351 de 1965), 373, 400 (Artículo 23 del Decreto 2.351 de 1965), 467, 468, 471 (Artículos 38 y 39 del Decreto 2.351 de 1965), 475 del Código Sustantivo del Trabajo. Ley 48 de 1968 (Artículo 3º), y los artículos 1.546, 1.615 y 1.602 del Código Civil, al dejar de aplicarlas y por la no aplicación de los artículos 51, 145, del Código Procesal del Trabajo, 480, 553, 604, 605, 606, 609, 637, 639 y 645 del Código Judicial, por haber incurrido el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en errores de hecho de manifiesto en los autos provenientes de la mala apreciación de las pruebas que a continuación individualizaré".

En desarrollo del planteamiento precedente, el impugnador empieza por singularizar como elementos de prueba mal apreciados por el Tribunal: a) "Comunicación

de correspondencia interna dirigido por la Gerencia de Producción a cargo de Enrique Ponce de León al señor Stanley P. Mavromates de fecha veintinueve (29) de marzo de mil novecientos sesenta y seis (1966) (folios 10 y 11 del expediente)". Anota que en este documento la Empresa acepta que no ha dado cumplimiento a la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con el Sindicato, especialmente a la cláusula 24 referente a la evaluación de oficios, situación que ha prolongado por más de un año, lapso durante el cual existen más de 230 casos de trabajadores que están ocupando cargos con salario inferior al que debían estar devengando. Critica la apreciación que el ad-quem hace de esta prueba y concluye que el no cumplimiento del precepto convencional afectó no solo los intereses de los trabajadores individualmente considerados sino también los del Sindicato, por la reducción del aporte de tales trabajadores para la entidad.

Sostiene que estando demostrado el perjuicio, el Tribunal ha debido condenar en abstracto, conforme a los artículos 480 y 553 del C. J. para establecer la cuantía de aquél.

b) "Lista de personal que renunció a los beneficios de la Convención (folios 159 a 162), suscrita por el Pagador de Shellmar de Colombia S. A., aceptada como verdadera por el Director de Personal de la sociedad demandada". Respecto de esta prueba dice que en ella queda establecido que a 123 trabajadores dejó de descontárseles las cuotas sindicales ordinarias por haber renunciado a los beneficios de la Convención, no obstante que en realidad siguieron gozando de ellos. Censura las apreciaciones del Fallador, que transcribe en parte, para afirmar nuevamente el error de estimación de esta prueba, especialmente al relacionarla con la que examina en seguida.

c) "Confesión Judicial del apoderado de la sociedad Compañía Shellmar de Colombia S. A. en el escrito de respuesta a la demanda (folios 22 a 29 del expediente)".

Al respecto observa que el apoderado de

la sociedad demandada al contestar la demanda acepta que los 123 trabajadores de la Compañía que renunciaron a los beneficios de la Convención Colectiva y dejaron de cotizar para el Sindicato, continuaron en el disfrute de los beneficios. Reitera que el hecho de que no aparezca demostrado caso por caso el valor dejado de descontar para el Sindicato no es fundamento para absolver a la entidad demandada, pues establecido el perjuicio ha debido condenarse en abstracto para fijar luego el valor concreto conforme el procedimiento de los artículos 480 y 553 del C. J.

De la equivocada estimación de los tres elementos probatorios antes relacionados, el recurrente deduce los siguientes seis errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal:

"1º. No dar por demostrado, estándolo, que la Empresa SHELLMAR DE COLOMBIA S. A. incumplió la disposición contenida en el artículo 24 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con el SINDICATO DE TRABAJADORES DE SHELLMAR DE COLOMBIA S. A. el día veintiséis (26) de abril de mil novecientos sesenta y cinco (1965).

"2º. No dar por demostrado, estándolo, que la Sociedad SHELLMAR DE COLOMBIA S. A. pagó salarios reducidos o inferiores a por lo menos doscientos treinta (230) de sus trabajadores por tiempo superior a un año.

"3º. No dar por demostrado, estándolo, que al incumplir la Sociedad demandada lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención Colectiva de Trabajo pagando salarios reducidos durante más de un (1) año a por lo menos doscientos treinta (230) de sus trabajadores, se produjo un grave perjuicio económico al Sindicato recurrente imputable a la Sociedad demandada, representado en la inferior cotización o aporte por cuotas de dichos trabajadores en la organización sindical.

"4º. No dar por demostrado, estándolo, que la Empresa SHELLMAR DE COLOM-

BIA S. A. incumplió la disposición contenida en el artículo 29 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con el Sindicato de sus trabajadores el día veintiséis (26) de abril de mil novecientos sesenta y cinco (1965), en relación con el artículo 39 del Decreto 2.351 de 1965 (Ley 48 de 1968 artículo 3º).

"5º. No dar por demostrado, estándolo, que ciento veintitrés (123) trabajadores de la Sociedad SHELLMAR DE COLOMBIA S. A. dejaron de contribuir con las cuotas legales estatutarias a los fondos del Sindicato de Trabajadores de la Empresa Shellmar de Colombia S. A., no obstante que continuaron obteniendo idénticos beneficios a los consagrados en la referida Convención Colectiva.

"6º. No dar por demostrado, estándolo, que al dejar de cotizar a los fondos del Sindicato ciento veintitrés (123) trabajadores de SHELLMAR DE COLOMBIA S. A., no obstante continuar beneficiándose de la Convención Colectiva, se causó un grave perjuicio económico al Sindicato recurrente, imputable a la Sociedad demandada, representado en las cuotas sindicales que dejaba de percibir la Entidad Sindical".

Como remate de la sustentación del ataque, el casacionista vincula los errores de hecho con la violación de los preceptos citados en el planteamiento del cargo.

SE ESTUDIA EL CARGO

La censura se concreta, como se ha visto, a dos aspectos solamente del conjunto de pretensiones propuestas en la demanda del juicio: el relativo a la afirmada deuda por salarios que afecta a más de doscientos treinta trabajadores que por no haber sido reubicados conforme a la evaluación de oficios que ha debido realizarse de tiempo atrás, continuaron desempeñando trabajos con salarios inferiores a los que les corresponderían de haberse efectuado tal evaluación, y, al lado de este derecho de los trabajadores, el del Sindicato a percibir los respectivos aumentos de cuotas sindicales; y en segundo lugar, el tocante con la sus-

pensión de los descuentos por cuotas sindicales ordinarias a ciento veintitrés trabajadores que renunciaron a los beneficios de la Convención Colectiva pero que no obstante, según afirmación del recurrente, siguieron disfrutando de las ventajas de dicha convención.

El cargo en cuanto se refiere a la posible deuda de la Compañía con "más de 230 trabajadores" por concepto de la diferencia de salarios correspondiente a la remuneración de los oficios que han venido desempeñando y la que correspondería a los que han debido desempeñar desde hace algún tiempo de haberse cumplido la cláusula 24 de la Convención Colectiva sobre evaluación de oficios y consecuencial reubicación de tales trabajadores, no puede estudiarse a fondo, por cuanto tratándose de la aspiración al reconocimiento y pago de salarios, no se señalaron como violadas las disposiciones sustanciales que definen este derecho e imponen la obligación respectiva al patrono para su pago. Es decir, no comprende la censura que el quebrantamiento del artículo 127 del C. S. del Trabajo en relación con el 57 del mismo Estatuto. Esto equivale al planteamiento de una proposición jurídica incompleta, pues no contiene la totalidad de las disposiciones legales de carácter sustancial que se consideran quebrantadas con la setencia recurrida, falla que, conforme a reiterada jurisprudencia de todas las Salas de Casación de la Corte, impone la ineficacia del ataque. Y como lo relativo al aumento de aportes con destino al Sindicato es una cuestión subsidiaria del derecho a mayores salarios, su decisión queda sometida a la suerte del punto principal.

Sobre la obligación de realizarse por parte de la Compañía el descuento de la cuota sindical a los trabajadores no sindicalizados que se beneficiaron de las ventajas obtenidas por el Sindicato con la Convención Colectiva y de pagar a éste las sumas no descontadas a los ciento veintitrés trabajadores que, aunque renunciaron a tales ventajas, siguieron gozando de ellas, es necesario examinar y establecer dos cuestiones determinantes del derecho pretendido;

es la primera la consistente en la continuidad del disfrute por tales trabajadores de los mismos beneficios convencionales a pesar de su expresa renuncia; y es la segunda la relacionada con la prueba de la proporción entre los trabajadores sindicalizados y los no sindicalizados dentro de la Compañía, para saber si el Tribunal violó o no el artículo 29 de la Convención en relación con el 39 del Decreto Legislativo 2.351 de 1965, adoptado como norma legal permanente por la Ley 48 de 1968, y cuál de los dos regímenes consagrados en el precepto legal debió aplicarse.

Para demostrar la identidad de los beneficios disfrutados por los ciento veintitrés trabajadores renunciantes y los consagrados en la Convención Colectiva, el recurrente se remite a la prueba de confesión contenida en la respuesta dada a la demanda por el apoderado de la sociedad demandada, en lo tocante con el punto. Conviene, por ello, transcribir lo dicho por tal apoderado. Son estas sus palabras: "Si algunos trabajadores que renunciaron a los beneficios de la Convención disfrutaban de ciertas prerrogativas similares a las convencionales, es porque ellas fueron concebidas con anterioridad a la primera convención o por que lo han convenido a título personal e individual con la Compañía en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad y libertad de la contratación que existe en derecho laboral, cuando no cercena los mínimos legales, siendo esas, precisamente, las verdaderas causas de los beneficios comentados ciñéndose estrictamente al derecho vigente".

Cabe anotar a lo transcrito, que su texto no contiene una confesión clara de que las prerrogativas de que gozan los renunciantes a los beneficios convencionales, sean sustancialmente las mismas que la Convención comporta, ya que, aunque se las califica de similares, se habla de "ciertas" prerrogativas concedidas con anterioridad a la "primera convención". No obstante esto, lo dicho por el apoderado de la Compañía encierra un concepto que no puede quedar sin rectificación, pues de acuerdo con el sentido y la expresión misma del ar-

título 39, inciso 2. del Decreto Legislativo 2.351 de 1965, lo que crea la carga para los trabajadores no sindicalizados y el derecho del Sindicato a percibir las cuotas allí determinadas, es el hecho de beneficiarse de las ventajas de la Convención. Por consiguiente, una renuncia formal de los trabajadores no afiliados al Sindicato a disfrutar de las conquistas convencionales no tiene ningún valor frente al hecho de que por concesión "graciosa" del patrono o por acuerdos individuales, los "renunciantes" gocen de las ventajas convencionales. Esto debe decirse respecto de los casos en que los afiliados al Sindicato sobrepasen la tercera parte de los trabajadores de la empresa, pues entonces, conforme al artículo 38 del citado Decreto, las normas de la convención colectiva se extienden a todos los trabajadores de tal empresa, y solo tiene efecto la renuncia expresa y real al régimen convencional. Pero cuando los miembros del sindicato no exceden la tercera parte de los servidores de la empresa, la convención sólo se aplica a los sindicalizados y a quienes adhieran posteriormente a ella o ingresen al sindicato, como lo manda el artículo 37 del Decreto Legislativo mencionado. Entonces es el silencio de los trabajadores no sindicalizados el que implica la no aplicación a éstos de las normas convencionales. Pero si aceptan, aunque sea de manera implícita, las ventajas de la convención, quedan cobijados por la obligación de aporte al sindicato que determina el inciso 1. del artículo 39 del Decreto 2.351. Entonces las dos situaciones se diferencian en que respecto de la convención celebrada por sindicato que no agrupe más de la tercera parte de los asalariados de la empresa, la extensión de sus normas a los no sindicalizados no ocurre de pleno derecho sino que requiere su adhesión expresa o tácita, mientras que respecto de la convención suscrita por el sindicato que tiene como sus afiliados más de la tercera parte de dichos asalariados, su régimen se extiende a todos los trabajadores de la empresa por ministerio de la Ley, y sólo la renuncia expresa y real deja por fuera de los beneficios a los no sindicalizados que la presentan al patrono. De manera que en ningún caso el acuerdo individual del tra-

bajador no sindicalizado con el patrono para gozar de las ventajas de la convención pero por fuera de su régimen, excluye éste y libera al no sindicalizado de las cuotas que consagra el varias veces nombrado artículo 39 del Decreto 2.351.

Resta todavía aclarar sobre este punto que la identidad de beneficios debe decirse en lo tocante con las ventajas fundamentales conseguidas en la convención, porque no es admisible que la aceptación de éstas, al tiempo con una renuncia formal que sólo viene a tener efecto sobre cuestiones adjetivas, pueda, en el caso del artículo 38 en relación con el inciso 2º del 39 del Decreto 2.351, quitar a la convención la naturaleza de la ley de la empresa, es decir, de norma reguladora de las condiciones individuales de trabajo en ella que le asigna el mandato del Legislador, y que, como derivación, logra impedir que el sindicato se beneficie con las cuotas de todos los favorecidos con las prerrogativas convencionales.

Pero en el caso examinado no es posible establecer con la sola respuesta a la demanda que dio el apoderado de la Sociedad, cuáles son al menos los principales beneficios consagrados en la convención de 1965 de que gozan los trabajadores no sindicalizados que renunciaron expresamente a sus normas. Por ello no puede partirse de la equivocada apreciación de esta prueba por el Tribunal, al no darle el valor de confesión respecto de la identidad de beneficios, para entrar a decidir sobre la obligación empresarial de retener la cuota sindical, ya sea dentro del sistema del inciso 1. del artículo 39 en relación con el 37 del Decreto 2.351 o dentro del régimen del inciso 2. del precepto en relación con el artículo 38.

No definido este factor de la identidad, al menos fundamental, de los beneficios, el punto de la condena en abstracto que pudo haber realizado el Sentenciador de haber dado por probado el perjuicio causado al sindicato demandante no cabe entrar a definirse, porque no ha sido demostrado el error de hecho que de existir daría pie para el examen de este segundo e interesante aspecto de la acusación.

Por lo demás, como la acusación de violación del artículo 39 del Decreto 2.351 de 1965 ha debido relacionarse con la de los artículos 37 o 38 del mismo Decreto, según la situación del Sindicato dentro de la empresa por el número de afiliados, y haberse demostrado tal situación en el juicio, faltó a la censura el apoyo de una disposición sustancial imprescindible para que la Corte hubiese podido luego, de establecerse el quebrantamiento del artículo 39, definir cuál de los dos regímenes allí previstos era el aplicable para la condena de la Empresa.

Del examen precedente se desprende que la acusación no ha logrado el objetivo de probar los errores de hecho presuntamente cometidos por el Tribunal y que, como resultado, tampoco estableció la violación de los preceptos que cita el cargo además de

que incurrió en las fallas de apoyo jurídico que se anotaron. Por ello tal acusación no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL" Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

José Enrique Arboleda Valencia, Tito Octavio Hernández, Crótatas Londoño,.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 1º de octubre de 1970, HOMOLOGA el Laudo Arbitral de 3 de agosto del año en curso, que desató el conflicto laboral suscitado entre la Cooperativa Santandereana Ltda. (Copetrán), y el Sindicato Unico de Conductores Profesionales del Transporte Automotor Terrestre de Santander.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Sección Segunda.- Bogotá, D. E., primero de octubre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta N° 39).

Por virtud del recurso de homologación interpuesto por los apoderados de ambas partes, revisa la Sala el Laudo Arbitral proferido el 3 de agosto próximo pasado para dirimir el conflicto colectivo surgido entre la Cooperativa Santandereana de Transportes Ltd. (COOPETRAN) y el Sindicato Unico de Conductores Profesionales del Transporte Terrestre de Santander, a cuyo fin se hacen las siguientes consideraciones:

Aunque la homologación fue pedida por la Cooperativa y por el Sindicato dichos, aquella no se hizo presente ante la Corte para manifestar los puntos de su inconformidad con el fallo recurrido; los del Sindicato se conocen, porque al interponer el recurso dijo su representante que lo hacía "únicamente en lo referente al punto 4º del fallo, en el cual no reconoció el reintegro del personal despedido por Copetrán, personal en su mayor parte sindicalizado, algunos de los cuales gozan del fuero sindical".

El Laudo en cuestión fue proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante Resolución número 0670 de 1º de junio de 1970, en cum-

plimiento de sentencia dictada por esta misma Sala y que ordenó la convocación de dicho Tribunal al declarar inexecutable el fallo pronunciado por uno anterior, que se abstuvo de decidir en el fondo el pliego de peticiones originario del conflicto laboral colectivo existente entre las partes referidas.

Este nuevo Tribunal quedó integrado por Jorge Orduz Ardila, Antonio Ferrer García y Ciro López Mendoza, y dictó su fallo dentro del término de la prórroga que le concedió el Ministerio de Trabajo (Resolución número 1.086 de 30 de julio de 1970), con las siguientes decisiones de los nueve puntos del Pliego de Peticiones:

El primero, referente al reconocimiento del Sindicato pactante como representante de los trabajadores de Coopetrán, en forma afirmativa, que no comporta ilegalidad al redactarlo diciendo que "la Empresa reconoce al Sindicato como la organización sindical representativa de sus trabajadores y en consecuencia puede intervenir en defensa y representación de sus afiliados, como lo establece la ley".

El segundo fue acogido también en la forma siguiente, que se ajusta a la ley que invoca y a la sentencia de esta Sala que ordenó la convocación del nuevo Tribunal: "Desde la vigencia del presente Laudo Arbitral, todos los contratos de trabajo del personal asalariado, que presta sus servicios en los vehículos afiliados a "COPE-TRAN", se entienden celebrados, entre los trabajadores y la Empresa "COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSPORTES

LTDA." (COPETRAN), de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 35 de 1959. Estos contratos, tendrán la duración del presente Laudo Arbitral.

"La "COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSPORTES LTDA." (COPETRAN) y los propietarios de los vehículos afiliados a ella, son solidariamente responsables para el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones. Para este efecto, la Empresa deberá llevar el control de los contratos de trabajo y vigilar directamente el pago oportuno de los salarios, prestaciones e indemnizaciones, cuando no se haya pactado en los contratos de administración el pago directo de ellos".

El tercero, relacionado con aumento de salarios, no fue decretado en forma favorable, limitándose el Laudo a hacer una recomendación a las partes para que efectúen un estudio económico que permita establecer una escala justa de remuneración de servicios.

El cuarto, objeto de la inconformidad de los trabajadores, buscaba el reintegro "de todos y cada uno de los conductores que fueron despedidos a raíz de la fundación del sindicato" y "el pago de los salarios caídos, primas, subsidios, cesantías, etc. dejados de devengar por los conductores hasta el momento del reintegro".

El Tribunal, luego de larga deliberación, por mayoría de votos, desechó el anterior pedimento y produjo la decisión siguiente: "Salvo en las situaciones individuales sometidas a la justicia laboral, se ordena la revisión de las documentaciones del personal que fue suspendido con base en el Acuerdo número 004 de fecha 14 de febrero de 1968, del Consejo de Administración de la Cooperativa Santandereana de Transportes Ltd. (Copetrán), para que los conductores que resultaron afectados con esa medida las completen y consecuentemente darles un derecho preferencial en los futuros contratos".

Ni la negativa del Tribunal de aceptar la petición de reintegro, ni la fórmula que

adoptó en su reemplazo conllevan extralimitación de funciones o desconocimiento de derechos o de facultades reconocidos a las partes por la Constitución o por las leyes, casos que permiten a la Sala declarar inexecutable, en todo o en parte, un fallo arbitral. Cuando se trata de cuestiones de conveniencia o meramente económicas no es dable a la Corte anular disposiciones arbitrales o proveer de manera distinta de como lo hicieron los arbitradores, de acuerdo con los artículos 141 y siguientes del C. P. del T., que reglamentan el recurso de homologación, y con la doctrina en ellos contenida, que esta Sala ha expuesto en numerosas sentencias, según puede verse, entre otras, en la de 31 de marzo de 1966 (G. J. número 2.280, T. CXV. Pág. 373), en que, acogiendo una de 1961, asienta:

"El arbitrador sustituye a las partes en la formación del contrato que ellas no pudieron concluir; adopta la fórmula más conveniente para la solución de los intereses en conflicto, de acuerdo con los dictados de su sentimiento natural de equidad, pudiendo rechazar o acoger las pretensiones del pliego en todo o en parte, o transigir las pretensiones opuestas".

Carece, pues, la Sala de poderes legales para invalidar, y con mayor razón para sustituir, el punto a estudio, como ahincadamente lo ha solicitado el Sindicato.

Las restantes decisiones del Laudo no aparecen con vicio que lleve a la Corte a considerarlos inexecutable, pues el Quinto, relacionado con permisos remunerados, dice que los concederá la empresa "de acuerdo con la ley"; el Sexto se limita a afirmar que "Copetrán es responsable de la prestación de los servicios asistenciales establecidos por la ley a los conductores asalariados de vehículos afiliados a ella"; el Séptimo establece que cuando haya viajes extraordinarios "deberá emplearse conductores supernumerarios, a fin de garantizar el descanso de los permanentes"; el Octavo se refiere al recaudo de cuotas sindicales de acuerdo con el artículo 39 del Decreto 2.351 de 1965, y, el Noveno determina que "el presente Laudo Arbitral tendrá una vigen-

cia de un (1) año, contado a partir de la fecha en que quede en firme”.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, HOMOLOGA el Laudo Arbitral de 3 de agosto del año en curso, que desató el conflicto laboral suscitado entre la Cooperativa Santandereana de Transportes Ltd., (Copetrán) y el Sindicato Unico de Conductores Profesionales del Transporte Automotor Terrestre de Santander.

PUBLIQUESE, COPIESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA GACETA JUDICIAL Y REMITASE EL EXPEDIENTE AL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL PARA SU CUSTODIA Y ARCHIVO.

José Enrique Arboleda Valencia, Tito Octavio Hernández, Crótatas Londoño.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PROCEDIMIENTO PARA SANCIONES

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Sección Segunda.- Bogotá, D. E., dos de octubre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta N° 39).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el Banco Cafetero, mediante apoderado, contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 30 de abril de 1970, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Séptimo Laboral de la misma ciudad el 28 de enero de 1968 y que condenó a dicho Banco a pagar a la demandante Gladys Herrera Díaz-Granados \$ 9.119.38 por concepto de lucro cesante y \$ 69.09 diarios, como indemnización moratoria, desde el 28 de enero de 1968, fecha que el Tribunal corrió el 15 de febrero del citado año.

Los hechos fundamentales que dieron origen a estas condenas consisten en que la actora trabajaba al servicio de la entidad condenada desde el 3 de abril de 1962, como mecanotaquígrafa, con una asignación mensual de \$ 2.009.95 y que el 25 de octubre de 1967 fue despedida por medio del oficio número 44031, con pretermisión del procedimiento establecido para esos casos por el artículo 32 de la Convención Colectiva de trabajo de 1966.

Fija el recurrente el alcance de la impugnación en forma equivocada, pues pide

“la casación de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral— para que la H. Corte, convirtiéndose en Tribunal de instancia, revoque la sentencia de segunda instancia, absolviendo de consiguiente a la entidad demandada...”, sin caer en la cuenta de que al casar una sentencia la Sala la invalida o anula y, por consiguiente, no puede proceder a revocarla, y de que, en función de instancia, la Corte ocupa el sitio del fallador de segundo grado, a quien corresponde revisar la de primero, motivo por el cual debe el casacionista indicar si esa primera sentencia deberá confirmarla o modificarla o revocarla, son indicación de las reformas que deben hacerse.

Los cargos formulados son tres, que, como lo anota el opositor, adolecen de fallas técnicas graves, que impiden su prosperidad, como pasa a indicarse:

El segundo y el tercero citan como violado únicamente el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, en el uno por interpretación errónea del mismo y en el otro por indebida aplicación a causa de error de hecho en la apreciación de pruebas. Pero como esta Sala lo ha expresado en numerosos fallos, algunos de los cuales cita el opositor, aquel Decreto es meramente reglamentario, ya que fue dictado para sustituir el artículo 52 de 2.127 de 1945, que reglamentó la Ley 6ª del mismo año, y sabido es que las disposiciones de los estatutos de esta índole no tienen el carácter de sustanciales que deben tener las normas cuyo quebranto se acusa en casación. El desconocimiento de

tales preceptos sólo puede aceptarse en este recurso cuando a su vez se acusa la violación de las normas por ellos reglamentadas.

No prosperan, pues, estos dos cargos.

El primero dice que acusa la sentencia "de ser violatoria, en forma indirecta, del artículo 32 de la Convención Colectiva de Trabajo incorporada del folio 26 al folio 49 del expediente y del artículo 8º, literal c) del Decreto 2.351 de 1965, por aplicación indebida de tales normas, violación en que incurrió el H. Tribunal por error de hecho manifiesto, consistente en la apreciación errónea del contenido del documento auténtico visible al folio 19A, o sea, la carta por medio de la cual el Banco Cafetero dió por terminado, por justa causa, el contrato de trabajo celebrado con la actora, señorita Gladys Herrera Díaz-Granados".

Anota el opositor: "que el cargo adolece de un error de técnica, pues acusa como violada la convención colectiva de trabajo, que no es una norma sustancial de carácter nacional, pues rige únicamente las relaciones de los trabajadores sindicalizados y de los que a ellas se acojan, con el respectivo patrono. No siendo de carácter nacional, mal puede dar origen a la causal primera de casación, como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia. Además, siendo un acto convencional, un acuerdo entre dos personas, sindicato y patrono, es un documento, una prueba del proceso, que no puede violarse, sino apreciarse errónea o correctamente, como también lo ha sostenido la jurisprudencia".

Estas anotaciones del apoderado de la actora son correctas y se ajustan a la doctrina expuesta de manera constante por la Sala. No obstante lo cual, si se considera el cargo no surge manifiesto u ostensible error de hecho en la estimación que hizo el Tribunal de la carta de despido de la demandante.

En efecto: El ad quem sostiene en su sentencia que "dicha nota de despido descarta

como motivo de la determinación tomada por el Banco Cafetero, los actos delictivos, inmorales o de violencia" y tal surge con claridad del texto de la misma, que dice:

"Bogotá, octubre 25 de 1967.— Señorita GLADYS HERRERA DIAZ GRANADOS — Presente.— En los días de ayer y de hoy, siendo aproximadamente las 3:30 p.m. y estando usted desempeñando su puesto en la Sección de Reconciliaciones, procedió a fomentar un escándalo dentro de su Departamento.— Con su proceder no solo desempeñó mal su cargo sino que hizo todo lo posible por interrumpir el trabajo normal del Departamento y de sus compañeros.— Esto lo hizo usted también el día 11 de octubre a las 10:30 a.m.— Por lo anterior, se ha resuelto dar por terminado su Contrato de Trabajo, por justa causa, en el día de hoy, de conformidad con el artículo 7º del Decreto 2.351, ordinales 2º, 4º, 5º, 6º, 9º y 10.— Sírvase pasar por el Departamento de Prestaciones y Servicios, con el fin de retirar sus salarios pendientes y las prestaciones sociales a que hubiere lugar.— Atentamente, (FDO) SUB-GERENCIA ADMINISTRATIVA —División de Relaciones Industriales WALTER LOPEZ ARIAS— Jefe encargado".

Nótese cómo las causales indicadas en el documento transcrito son: "procedió a fomentar un escándalo dentro de su departamento" y "no sólo desempeñó mal su cargo, sino que hizo lo posible por interrumpir el trabajo normal del Departamento y de sus compañeros", sin que en forma alguna califique que ese proceder envuelve "actos delictivos, inmorales o de violencia". Luégo no es manifiesto que estimara con error dicha carta el Tribunal, al sostenerlo así en el fallo acusado.

Ahora bien. La Convención Colectiva de Trabajo invocada por el recurrente establece en su artículo 32 que para despedir a uno de los trabajadores amparados por ella debe dársele "la oportunidad de ser oído, asistido por dos representantes del Sindicato al cual perteneciere", salvo "cuando se aduzcan actos delictivos, inmorales o de violencia" y como los aducidos por el

Banco no fueron, al menos en forma explícita, de esta índole, tampoco resulta equivocado el sentenciador al considerar que la institución demandada no debió pretermitir el procedimiento aludido para despedir a la actora.

En consecuencia, no prospera el cargo.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad

de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA GACETA JUDICIAL Y DEVUELVA-SE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

José Enrique Arboleda Valencia, Tito Octavio Hernández, Crótatas Londoño.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES

El criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público no es el de la actividad individual de éste, sino el de la dependencia administrativa a que presta sus servicios.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Sección Segunda.- Bogotá, D. E., dos de octubre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta N° 39).

Rosendo Jiménez Ruiz, mediante apoderado, afirmando haber servido "mediante contrato verbal de trabajo en la Secretaría de Educación, como conductor del carro del señor Secretario de Educación", demandó ante el Juzgado 1° Laboral de Bogotá al Departamento de Cundinamarca y al Instituto de Seguridad Social del mismo, "solidariamente, a fin de que sean condenados al reconocimiento y pago de los siguientes derechos laborales:

"1°. **Pensión de invalidez.**- La causada y no pagada por haber perdido su capacidad para trabajar como chofer.

"2°. **Cesantía.**- La causada y no pagada por su tiempo de servicios.

"3°. **Horas extras.**- Las causadas y no pagadas durante su tiempo de servicios.

"4°. **Subsidio familiar.**- El causado y no pagado por su hijo GUSTAVO JIMENEZ CH.

"5°. **Lucro cesante.**- La indemnización por su despido intempestivo e injusto.

"6°. **Indemnización por no pago.**- Por este concepto un salario diario en los términos del Decreto 797 de 1949 y hasta

cuando se cancele a mi poderdante la totalidad de sus acreencias laborales".

Al descorrer el traslado de la demanda el Departamento dijo que negaba "todo derecho o razón a la parte demandante" y que "la Constitución Nacional en sus arts. 182, 183 y 187 da a los Departamentos autonomía para manejar sus patrimonios, nombrar a sus empleados y asignarles funciones y sueldos".

El Juez del conocimiento decidió el litigio mediante sentencia de 11 de diciembre de 1969, cuya parte resolutive es de este tenor:

"1°. **CONDENASE** al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, representado legalmente por el señor Gobernador, a pagar, tres (3) días después de la ejecutoria de esta providencia en favor del señor ROSENDO JIMENEZ RUIZ, las siguientes cantidades de dinero:

"a) La suma de UN MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS CON CUATRO CENTAVOS (\$ 1.264.04) por concepto de cesantía.

"b) La suma de UN MIL SEISCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$ 1.624.00) por concepto de lucro cesante.

"c) La cantidad de VEINTINUEVE PESOS (\$ 29.00) m/cte., DIARIOS a partir del día 1° de noviembre de 1966 y hasta cuando se paguen las condenas anteriores, por concepto de indemnización moratoria,

"2º. ABSUELVESE al Departamento de los restantes cargos formulados en el libelo.

"3º. ABSUELVESE al Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca de todos los cargos formulados.

"4º. SIN COSTAS".

El apoderado del acto apeló de este fallo "en lo desfavorable" y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por sentencia de 18 de febrero del año en curso, lo revocó en todas sus partes y absolvió al Departamento de los cargos formulados, teniendo en cuenta el recurso de consulta establecido en favor de entidades de derecho público por el inciso último del artículo 69 del C. P. del T. y que el actor no estuvo ligado por contrato de trabajo al Departamento aludido.

Son consideraciones de la sentencia a este respecto, las que se copian en seguida:

"Como pruebas para acreditar la existencia del contrato ficto de trabajo y el despido injusto por parte del DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, fueron pedidas, decretadas y allegadas en su oportunidad legal, las siguientes: a).- Un certificado de tiempo de servicios del demandante ROSENDO JIMENEZ RUIZ expedido por el Jefe de Personal de la Gobernación (folio 28); b).- Un certificado proveniente de la Secretaría de Educación del Departamento sobre el tiempo servido por el actor como chofer de la Secretaría de Educación del Departamento sobre el tiempo servido por el actor como chofer de la Secretaría de Educación desde el 14 de febrero de 1957 hasta el 31 de julio de 1966 (folio 29); y, c).- Una comunicación del Secretario de Educación según la cual da cuenta que por Decreto N° 1.177 de julio 29 de 1966 fue declarado insubsistente.

"Con los anteriores elementos de juicio debe establecerse en primer lugar, si el demandante JIMENEZ RUIZ está cobijado por la excepción de que trata el artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945, porque debe tenerse en cuenta que la regla general es que

las relaciones entre los empleados públicos y la Administración no están amparadas por las normas que regulan el contrato de trabajo, sino todo lo contrario por una relación de derecho público, salvo en los siguientes casos: a) Cuando se trata de la construcción y sostenimiento de las obras públicas; b) Cuando el Estado organice y explote empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas con fines de lucro; y, c) Cuando se trate de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma. Precisamente a la imprecisión de dicha norma pusieron fin las disposiciones del Decreto 1.050 de 1968 y en especial el artículo 5º del Decreto 3.135 de 1968, que distingue claramente entre empleados públicos vinculados por una relación legal o reglamentaria y trabajadores oficiales ligados por una relación de trabajo simplemente.

"

"De los documentos aportados por el actor JIMENEZ RUIZ, se establece que prestó sus servicios en el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA en la Secretaría de Agricultura y Ganadería en el cargo de CHOFER desde el 5 de febrero de 1955 (folio 29) y desde el 14 de febrero de 1957 hasta el 31 de julio de 1966 en el mismo cargo en la Secretaría de Educación. No puede decirse sin ambages que la labor de la Secretaría de Educación se trate de una de las actividades contempladas en la excepción del artículo 4º; por el contrario, una de las funciones propias y especialísima del Estado es la suprema instrucción y vigilancia de los Institutos docentes públicos y privados y también las Secretarías de Educación y en forma regional o departamental cumplen los mandatos que emanan de la Carta Fundamental (artículo 41) y de las leyes que así se lo señalan. Entonces no puede estimarse que en el presente caso, la actividad del Estado esté suplantando la iniciativa privada o se trata de una Institución idéntica a la de los particulares, etc., sino todo lo contrario se está frente a una de las actividades propias del Estado (a través de la Nación, Departamento o Municipio), y por tanto sus trabajadores son

típicos empleados públicos, así se trate de funcionarios que desempeñen cargos de responsabilidad o trabajadores manuales, como es la situación del chofer del Secretario de Educación del Departamento.

“De conformidad con lo anotado, la Sala, considera que el demandante JIMENEZ RUIZ dada la actividad (secretaría de Educación), donde desempeñó su cargo lo sitúa dentro de la calidad de “Empleado público” cuyo nexo jurídico con el DEPARTAMENTO es de derecho público, posición diferente a la acogida por el Juzgado, quien determinó que se trataba de un trabajador amparado por la excepción del mencionado artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945”.

Contra esta providencia recurrió en casación el actor y presentó sin réplica del Departamento, la correspondiente demanda cuyo “alcance de la impugnación” no se ajusta a la técnica del recurso extraordinario ya que, de un lado, solicita la casación de la sentencia de segunda instancia y su revocación, sin tener en cuenta que “casar” un fallo es invalidarlo, anularlo, lo que hace imposible revocarlo en seguida, y, de otro, no indica qué debe hacer la Sala como Tribunal de instancia respecto del del juzgado. No debe perderse de vista que es doble la función de la Corte en esta materia: a) Como Tribunal de casación examina la legalidad del fallo definitivo y si encuentra que viola la ley, lo “casa”, es decir, lo invalida, lo anula, lo deja sin efecto, que es lo que significa el término: “casar una sentencia”; b).- Luégo, en función de instancia, ocupa el lugar del que dictó la invalidada y procede a revisar la de primer grado, ya para confirmarla, ora para modificarla o bien para revocarla, substituyendo sus ordenamientos por los que sean legales, tal como si fuera el Tribunal que decide el recurso de apelación.

Dedúcese de lo dicho que el “Alcance de la impugnación” debe contener: 1º.- Si se aspira a la casación total o parcial de la providencia recurrida, y, en este segundo caso, a qué puntos ha de extenderse la invalidación. 2º.- Cómo debe actuar la Sala respecto de la pronunciada por el a quo,

para confirmarla, modificarla, o revocarla, con indicación de las respectivas modificaciones o de la manera de reemplazar las disposiciones revocadas.

Débase lo indicado a que en nuestro derecho la casación no sólo está instituída en interés de la ley “con el fin de unificar la jurisprudencia nacional”, sino también con el objeto de restablecer los derechos desconocidos por la sentencia ilegal. De allí que el “alcance de la impugnación” equivale al *petitum* de toda demanda con que se promueve una acción judicial y deba tener la claridad y precisión que para éste se exige.

Formula en seguida dos cargos que, aunque por distintos conceptos de violación de la ley, tienden a un mismo fin: demostrar la existencia del contrato de trabajo con el actor. Por éso la Sala los estudiará en conjunto.

Dice el primero: “La sentencia materia de este recurso incurrió en infracción indirecta por error de hecho, e indebida aplicación de los Artículos 1º, 11 y 58, inciso final de la Ley 6ª de 1946; Artículos 2º y 3º de la Ley 64 de 1946; Artículos 4º y 20 del Decreto 2.127 de 1945; y Artículos 17 letra a) de la Ley 6ª de 1945; artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del Decreto 1.160 de 1947; artículos 40, 43 y 51 del Decreto 2.127 de 1945; y artículo 1º del Decreto 797 de 1949; Decreto 2.767 de 1947, artículo 1º, por haber apreciado mal las siguientes pruebas:

“a) Certificado de tiempo de servicios sobre ROSENDO JIMENEZ RUIZ, expedido por el Jefe de Personal de la Gobernación - folio 28 -; b) Certificado de la Secretaría de Educación del Departamento sobre el tiempo servido por ROSENDO JIMENEZ RUIZ, como chofer de la Secretaría de Educación desde el 14 de febrero de 1957 hasta el 31 de julio de 1966 - Folio 29 y c) Comunicación del Secretario de Educación según la cual mi poderdante fue notificado de que fue declarado insubsistente por el Decreto 1.177 de julio 29 de 1966”.

Para sustentarlo, arguye: "Podría aceptarse, en gracia de discusión, que las actividades de instrucción y vigilancia de los Institutos docentes, públicos y privados y también las Secretarías de Educación y en forma regional o departamental cumplen los mandatos que emanan de la Carta Fundamental (Artículo 41) y de las leyes que así se lo señalan, son actividades propias del Estado, y no encajar dentro de la excepción final del artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945 por no ser Instituciones idénticas a la de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por estos en la misma forma.

"Sin embargo en el caso de Autos al demostrarse que mi poderdante desempeñaba las funciones de chofer de la Secretaría de Educación, se estaba con ello significando sus actividades no de educador, ni menos aún de instructor o vigilante de dicha educación, sino llanamente, las de mecánico que conduce un carruaje automotor, para transportar en dicho vehículo las personas ó las cosas de la Secretaría de Educación ó de la respectiva entidad Oficial, a la cual se presta tales servicios de chofer.

"Estas actividades de conducir un vehículo automotor para el transporte de las personas ó las cosas de la respectiva Entidad Oficial, sí caben dentro de la letra c) de las excepciones a que se refiere el artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945, por ser el transporte automotor para las personas ó las cosas, actividades idénticas a la de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas, por éstos en la misma forma.

"No es pues, criterio consagrado por el art. 4º del Decreto 2.127 de 1945 en sus distintas excepciones la función o actividad desempeñada por la Entidad Oficial sino la actividad específica desarrollada por el trabajador autónomamente de la naturaleza de la función desarrollada por la Entidad Oficial, la que tipifica el contrato de trabajo, en uno cualquiera de los casos exceptivos, entre la entidad oficial y el trabajador oficial que, dadas sus funciones, presta sus servicios personales a la primera".

El segundo lo plantea, así:

"La sentencia de segunda instancia incurrió en infracción directa, por errónea interpretación, y no aplicación de los artículos 1º, 11 y 58, inciso final de la Ley 6ª de 1945; artículos 2º y 3º de la Ley 64 de 1946; artículos 4º y 20 del Decreto 2.127 de 1945; y Artículo 17 letra a) de la Ley 6ª de 1945; artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del Decreto 1.160 de 1947; artículos 40 - 43 y 51 del Decreto 2.127 de 1945; y artículo 1º del Decreto 797 de 1949; Decreto 1.767 de 1947, artículo 1º".

Luégo de transcribir algunos apartes de la sentencia acusada, copiados al comienzo de este fallo, sostiene lo siguiente:

"Se observa por la anterior transcripción cómo el H. Tribunal al determinar el alcance interpretativo del artículo 4º del Decreto 2.127, da primacía a la actividad desarrollada por la Secretaría de Educación Pública, sin tener en cuenta, el factor funcional de las actividades desempeñadas por el chofer de la Secretaría de Educación.

"Por ello tal interpretación es restrictiva y equivocada.

"No puede ser valedero ni acertado dicho criterio interpretativo, porque debe ser no sólo la actividad desarrollada por la entidad oficial la que debe prevalecer, sino además, y de un modo esencial, también, la naturaleza de la función desempeñada por el trabajador oficial en la interpretación del artículo 4º del Decreto 2.127.

"Sólo así dándole prelación a la naturaleza de las funciones desempeñadas por el trabajador oficial, se puede calificar acertadamente, su localización dentro de uno de los casos exceptivos del artículo 4º para concluir si su vinculación es de derecho público o de relación contractual laboral.

"En efecto, si el trabajador oficial desempeña actividades técnicas, agrícolas, ganaderas, forestales, industriales, manuales o mecánicas, de construcción o mantenimiento de Obras Públicas, cuyo contenido y ex-

tensión es apolítico, subordinado, y en ningún caso autónomo y soberano, será un trabajador vinculado mediante contrato de trabajo, respecto a la Entidad Oficial a la cual se prestan los servicios personales”.

LA SALA CONSIDERA:

No aparece ni el error de hecho manifiesto, ni la equivocada interpretación del artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945 de que el casacionista acusa la sentencia, pues el criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público no es el de la actividad individual de éste, sino el de la dependencia administrativa a que presta sus servicios.

Nótese cómo el precepto citado dice relación a las funciones de la entidad y no a las del trabajador a ella ligado, según surge con claridad de su sola lectura, así: “No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal no constituyen contratos de trabajo, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas o manejadas por éstos en la misma forma” (los subrayados son de la Sala).

Por otra parte, la regla general es la de que el que sirve a la administración nacional, departamental, municipal, etc., es empleado público, y sólo, por excepción, son trabajadores oficiales, es decir, ligados por contrato de trabajo, los que laboran en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, en empresas industriales, etc. que se exploten con fines de lucro o en instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma.

Estos principios fueron amplia y reiteradamente expuestos, tanto por el Tribunal

Supremo del Trabajo como por esta Sala, en numerosos fallos, y resumiendo tal jurisprudencia el artículo 5º del Decreto Extraordinario 3.135 de 1968 sentó las dos siguientes reglas generales:

a) “Las personas que presten sus servicios a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, son empleados públicos...” b) “Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales...”

Estas dos reglas sufren excepciones, así: 1ª. “Los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales”. 2ª. “En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo” y “los estatutos de dichas empresas (comerciales e industriales del Estado) precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.

Esta disposición no deja duda alguna respecto de que todos los servidores de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias son empleados públicos, sin que quepa excepción sobre el particular, pues la norma la concede para los trabajadores de Establecimientos Públicos; pero no para los de aquellas dependencias o entidades nacionales. En consecuencia, carece de campo jurídico el efectuar discriminación, por razón del oficio, para clasificar como ligados por contrato de trabajo a algunos de los que laboran en éstas.

Y esta situación que se predica de los trabajadores nacionales debe hacerse extensiva a los departamentales, municipales, intendenciales y comisariales, pues donde existe la misma razón ha de haber igual precepto, y, de esta manera, el motorista del automóvil oficial del Ministro de Educación es empleado público, como lo es el del Secretario de tal ramo en cualquiera de las otras entidades menores de derecho

público, para concretar el ejemplo al caso sub judice.

Lo que se ha expuesto muestra que la sentencia acusada al tener al actor como empleado público no incurrió en error de hecho en la estimación de las pruebas de su vinculación oficial, ni interpretó con error el artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945, aclarado por el 5º del 3.135 de 1968.

No prosperan, pues, los cargos formulados.

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema

de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas.

PUBLIQUESE, COPIESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA GACETA JUDICIAL Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

José Enrique Arboleda Valencia, Tito Octavio Hernández, Crótatas Londoño.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DEFINICION DE TRABAJO

Según el artículo 5º del Código Sustantivo, el trabajo que regula éste Código es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera.- Bogotá, D. E., cinco de octubre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

(Acta Nº 61).

El doctor ADAN HIGUITA LARA, demandó por conducto de apoderado a la sucesión testamentaria de GUSTAVO GAVIRIA BLAIR, fallecido el 19 de octubre de 1965 y representada por sus herederos Monseñor Miguel Angel Builes, Obispo de Santa Rosa de Osos, el Hospital del Municipio de Sopetrán, el Seminario Conciliar de Santa Rosa de Osos y el de Misiones de Yarumal, para que con su citación y audiencia, se les condene, solidariamente, a pagarle la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$ 150.000.00), por servicios médicos que le prestó el causante, o la suma que, en su defecto, se acredite por medio de peritos en el juicio.

La anterior pretensión la fundamenta el actor en seis hechos, cuya síntesis es la siguiente:

a) Fallecimiento del señor Gaviria Blair el 19 de octubre de 1965;

b) Institución como herederos universales del señor Obispo de Santa Rosa de Osos, del Hospital del Municipio de Sopetrán, del Seminario Conciliar de Santa Rosa de Osos y del Seminario de Misiones de Yarumal;

c) Atención permanente con consagra-

ción, “soportándole y excusándole su condenado mal genio habitual”, atendiéndole consultas a cualquiera hora del día o de la noche, en casa del demandante, en el consultorio, en la calle y en la propia residencia del enfermo;

d) Dentro de la atención médica prestada acompañarlo varias veces a Medellín, para un tratamiento radiológico que le practicó de acuerdo a diagnóstico hecho por el doctor Hernando Echeverry, y además, internarlo en la Clínica del Hospital San Juan de Dios de Sopetrán, pero el paciente “debido a su estado mental prevenido e inconforme y también porque no le tenía confianza a la persona que le estaba manejando las llaves de la casa, al segundo día, aún estando delicado de salud, se hizo trasladar a su residencia, aduciendo como excusa que no podía tolerar a las religiosas y se consideraba muy mal atendido”;

e) Falta de pago de los servicios profesionales prestados, por la persona que ha debido cancelarlos, o sea, el señor Gaviria Blair.

Conoció de la demanda el Juzgado Civil Municipal de Sopetrán, quien la admitió y ordenó correr traslado de la misma a las personas en ella indicadas.

Surtidos los traslados respectivos el libelo fue contestado aceptándose sus dos primeros hechos y negándose los demás. En las respectivas contestaciones se propusieron las excepciones de carencia de acción, petición de lo no debido, inexistencia de la obligación, inepta demanda, prescripción y la genérica.

Tramitada la primera instancia, el Juzgado le puso fin por sentencia de fecha 16 de mayo de 1969, en la cual resolvió no acceder a las pretensiones solicitadas en el libelo y condenar en costas al demandante, quien inconforme con esta decisión interpuso recurso de apelación para ante el Superior.

El Tribunal del Distrito Judicial de Medellín, que conoció de la alzada, la resolvió en fallo de 14 de octubre de 1969, según el cual fue revocado el de primer grado, disponiendo en su lugar la condena a los herederos de la sucesión señalados en el auto de apertura de la misma, a pagar al doctor Adán Higueta Lara, a prorrata de sus cuotas hereditarias, la suma de noventa mil ochocientos pesos (\$ 90.800.00), valor de los servicios prestados por éste al causante Gaviria Blair. No impuso costas.

Contra la resolución del Tribunal, se interpuso recurso extraordinario de casación el cual pasará a resolverse de acuerdo con la demanda que lo sustentó y el escrito de réplica a la misma.

EL RECURSO

De acuerdo con el alcance de la impugnación se aspira a que la Corte "por intermedio de su Sala Laboral, y en cumplimiento de la función unificadora de la jurisprudencia nacional que le asigna la Ley, proceda a casar el proveído del *ad-quem* y en su lugar se mantenga la sentencia del *a-quo* que rechazó las pretensiones del demandante y absolvió a los demandados". En subsidio, que "case parcialmente el fallo impugnado, y, erigida en Tribunal de instancia, reforme la sentencia del *ad-quem* en el sentido de reducir la condena al valor de aquellos servicios sobre los cuales no incide la prescripción".

Para llegar a las finalidades indicadas en el petitum de la demanda, el recurrente formula tres cargos: el primero por la vía indirecta y los dos últimos por la directa, con fundamento, dice, en el numeral 1º del

artículo 60 del Decreto 528 (sic), y las modificaciones contenidas en el artículo 23 de la Ley 16 de 1968, y en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969.

PRIMER CARGO

Se formula así:

"La sentencia viola indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 1º del Decreto 456 de 1956 y los artículos 1.494, 1.502 y 1.541 del C. C. en relación con el artículo 61 del C. de P. L., a través del error de hecho en que incurrió el sentenciador por la falta de apreciación de la confesión del demandante que obra a folios 64 a 66 del cuaderno principal, y del documento auténtico consistente en la certificación del Médico Director del Hospital de San Juan de Dios de Sopetrán que aparece al folio 17 del cuaderno N° 2".

En seguida el acusador transcribe partes del artículo 1º del Decreto 456 de 1956 y dice que su debida aplicación exige que el juzgador examine "la relación jurídica" o "el motivo" que originan los servicios, y que en este caso, si se hubiere apreciado la confesión del actor, le habría indicado que el acaudalado "tío rico" era tratado "por el médico y sobrino político", debido a un motivo tácito pero obvio: "la legítima aunque aleatoria esperanza de que los bienes del pariente, sin otro heredero que la esposa del galeno, habrían de entrar al patrimonio familiar de los últimos después de la muerte de Gaviria".

Se refiere luego el casacionista a la advertencia que hace el médico en el libelo sobre "el condenado mal genio habitual" de su paciente y, además, transcribe una parte de lo que cree dijo el actor al absolver posiciones.

En seguida entra a hacer una serie de consideraciones, más de índole personal, nada conformes desde luego a los requerimientos formales de la demanda de casación, como la afirmación de que Higueta al no ver favorecida a su esposa en la sucesión de Gaviria Blair, resolvió formular

cuenta de cobro por sus servicios; los cuales en opinión del recurrente son vagos, imprecisos e inciertos en su calidad y cantidad.

Dentro de lo que más adelante el recurrente denomina la propia confesión del actor, lleva su crítica al "documento confesado" (folios 3 y 4, cdno. pal.) en el que éste hace la apreciación valorativa de los servicios que prestó el de-cujus. Dice que la apreciación del documento hecha por el ad-quem, si es que se detuvo a hacer tal valoración, implica la violación indirecta de los artículos 1.494 y 1.502 del Código Civil que estatuyen en su orden la fuente de las obligaciones y su nexo vinculante.

Sigue el acusador precisando cuál fue la indebida aplicación del artículo 1º del Decreto N° 456 de 1956, a consecuencia de la falta de apreciación o a la indebida apreciación de la prueba de confesión y termina:

"... Si el juzgador de segundo grado hubiera estimado la prueba confesoria habría colegido que el nexo fue la adopción de una postura aleatoria del actor en que éste se formuló el siguiente itinerario: le presto los servicios a Gaviria y me gano su estimación para ser favorecido con su herencia. Antes le sobraba la atención médica. Cuando en 1960 consideró que el deceso de Gaviria se aproximaba, dejó de cobrarle honorarios para halagar la favorable decisión testamentaria del pariente enfermo. Oigámoslo en su confesión: "Antes de la fecha citada en la demanda, es decir, hasta el año 60 el señor Gaviria me pagaba a veces con algún atraso los honorarios que quedaba a deberme por servicios profesionales" (Fol. 65 C. P.). Naturalmente el fallador no apreció este aserto, ni evaluó la causa de este repentino desprendimiento. Segunda etapa: El testamento de Gaviria no incluye a su mujer. Entonces el médico reclama sus honorarios, en relación elaborada por él después de la muerte de Gaviria y con fundamento exclusivo en una lista que —según el propio demandante— apenas puede 'dar una idea' de los servicios, pero que el fallador se permite acoger como si los indicara con indubitable exactitud.

"La confesión patentiza que la relación de médico a paciente familiar y rico se parapetaba sobre la siguiente determinación unilateral del demandante: la abstención de cobrarle los servicios al tío Gaviria estaba condicionada a que éste lo favoreciera en el testamento. Como no se cumplió la condición, procede al cobro de los servicios. Esta no es una inferencia: es una realidad del proceso que surge de la desapercibida prueba confesoria. ¿El derecho puede proteger, acaso, esta suerte de relaciones aleatorias? ¿Puede surgir una obligación condicional tácita impuesta unilateralmente en esta clase de búsquedas herenciales? De ninguna manera, porque la condición no fue convenida, y tanto por no haberlo sido, cuanto por no haberse percatado el fallador de la confesión que la revela, la sentencia quebrante indirectamente y por el concepto expresado el Artículo 1.541 del Código Civil que preceptúa: 'Las condiciones deben cumplirse literalmente en la forma convenida'".

Finalmente, se refiere el casacionista al documento del folio 17, cdno. N° 2, y dice:

"Tampoco apreció el fallador el documento, que reviste el carácter de auténtico por haber sido expedido por el médico oficial del Hospital de Sopetrán (funcionario público de una entidad pública), el cual hace plena fe sobre los verdaderos servicios del Doctor Higueta al señor Gaviria del 1º al 2 de agosto y del 10 al 19 del mismo mes de 1965 (un total de 12 días). Estos servicios son los únicos que aparecen fehacientemente probados. Los demás constituyen apenas un 'tema probandum' que en el proceso se quedó en la atmósfera nebulosa de las meras hipótesis".

LA CORTE CONSIDERA:

En reiterada jurisprudencia ha expresado la Corte su criterio respecto a la técnica de casación, para indicar cómo la demanda se debe ajustar a requisitos formales que le permitan considerar las censuras que el recurrente formula. Si tal no sucede, aquéllas resultan inestimables.

Pertenece a este elemento el presentar el cargo en forma que objeque la causal o motivo del recurso, el concepto de la violación y las normas que se consideren infringidas por el fallador.

De otro lado, es preciso que el cargo integre una proposición jurídica completa, es decir, que contenga el señalamiento de todas aquellas disposiciones de carácter sustantivo que consagran los derechos discutidos.

En el caso del ataque que se estudia, se observa que éste adolece precisamente de un error de índole fundamental. Cita en efecto como violados por el Tribunal el artículo 1º del Decreto 456 de 1956, y los artículos 1.494, 1.502 y 1.541 del Código Civil, en relación con el 61 del Código Procesal Laboral, a través de un error de hecho, como se dejó explicado al sintetizar el ataque.

Sucede, empero, que el Decreto mencionado es solamente un estatuto atributivo de competencia y de trámite, y los preceptos del orden civil se refieren concretamente al origen de las obligaciones, a los actos y declaraciones de voluntad y al fenómeno jurídico de las obligaciones condicionales.

La Corte considera entonces, que el planteamiento lógico, para que pudiera aceptarse como completa la proposición jurídica sustentatoria del cargo, era el de invocar además la violación de aquellas disposiciones de la ley que ciertamente consagran el derecho a los honorarios profesionales demandados. Si fuera cierto que, el Tribunal Superior de Medellín, en su Sala Laboral, desconoció por vía indirecta los artículos del Código Civil citados, tal desconocimiento por cuestiones de concordancia jurídica lo habrían llevado, elementalmente, a infringir aquéllos que se refieren a la relación de derecho consagradorios de la obligación de remunerar los servicios profesionales del médico, y entonces, era necesario para la completa presentación y estudio del cargo, que éstos hubieran sido indicados como violados también.

Se observa igualmente que, el recurso fue interpuesto por la parte demandada el 22 de octubre de 1969, y por tanto, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y en relación con el 154 del C. P. del T., se rige por la ley aplicable en aquel momento, o sea, que si la violación de la ley, como el *sub lite*, se predica por la vía indirecta, sólo puede alegarse para que se configure el error de hecho, "la falta de apreciación de documento auténtico", tal como lo dispone el artículo 23 de la Ley 16 de 1968.

En el cargo que se está examinando, se dice por el acusador que al *sub-lite* se aplica en casación lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, que amplió el concepto del error de hecho a la indebida apreciación de documento auténtico y de la prueba de confesión judicial y de inspección ocular, lo cual es una equivocación pues dicha ley no regía cuando se interpuso el recurso.

De esta nueva glosa hecha al cargo, se concluye que, no es posible alegar para tratar de configurar error evidente de hecho, la falta de apreciación de la prueba de posiciones, pues como en varias sentencias lo ha dicho esta Sala de la Corte, tal medio probatorio no constituye, al tenor del artículo 23 de la Ley 16 de 1968, "documento auténtico" (Sentencias: de septiembre 23 de 1969, en el juicio seguido por Ramón Jacinto Achique Viáfara contra el "Fondo de Trabajadores de Providencia"; Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana. Y de septiembre 26 de 1970, en el juicio adelantado por Domingo Reales contra la empresa Puertos de Colombia Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla. Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

Se refiere el acusador al documento que obra a los folios 3 y 4 del cuaderno principal, para decir unas veces que el Tribunal le atribuyó el carácter de confesión, pero en otros pasajes dice que no sabe en qué carácter fue estimado en la sentencia, si se apreció o no.

Esta pieza no reúne las características propias de la confesión, ni es documento auténtico, es sólo un cuadro enumerativo allegado a los autos por el médico y del que hizo uso el sentenciador para analizar la prueba pericial con la cual se evaluaron los servicios prestados por Higuita al señor Gaviria Blair.

En todo caso, se ha hecho alusión a esta censura para indicar la verdadera naturaleza de tal escrito, no obstante no ser él fundamento del error de hecho alegado.

Por último, el recurrente afirma que no se apreció el escrito del folio 17, cdno. N° 2, que reúne las características de documento auténtico.

Si bien es cierto que el tal documento no se individualiza en el fallo, sí fue tenido en cuenta y apreciado por el sentenciador cuando estudió el valor de la pericia que incluía "atención permanente durante los últimos 17 días (incluyendo 9 de hospitalización)", y dijo: "La Sala encuentra que la fijación de los honorarios hecha por el perito está basada en la realidad procesal" (se subraya).

Pero en el supuesto que, en realidad, ese documento no hubiera sido apreciado, él no prueba más de lo que dice, es decir: a) Gaviria Blair estuvo pensionado dos veces en el año de 1965. La primera, el 1° y 2 de agosto, y la segunda, desde el 10 de octubre hasta el 19 del mismo mes, en total 12 días; b) Las dos veces que estuvo hospitalizado fue atendido por el Dr. Adán Higuita Lara; c) La última hospitalización fue continua dentro del pensionado; d) La pensión y drogas de los días 1 y 2 de agosto de 1965 por \$ 94.00 fueron pagados por el señor Gaviria Blair; y, e) Por pensión, drogas y enfermera extra de la última hospitalización cobró el hospital \$ 677.80, cuenta aún no cancelada.

Lo expresado en el documento ameritado no quiere decir, en ningún caso, que el Dr. Higuita Lara sólo hubiera prestado al causante los servicios personales a que él alude. Precisamente el soporte de la sentencia acusada es otro. El Tribunal con fundamen-

to en las declaraciones de Monseñor Francisco Medina Pérez (folios 86 a 89), Diego Avendaño (folios 70 a 73), Oscar Ruiz Pérez, médico oficial de Sopenrán (folios 74 a 76), Presbítero Luis Enrique Restrepo Muñoz, párroco de la población (folio 100) y además, en el de otro grupo de declarantes, vecinos del Municipio, como Fernando Orrego Valderrama (fols. 76 a 80), Isaías Muriel (fols. 80 y 81), y quien en los últimos meses fue lazarillo del causante, ciego en los años finales de su vida, de Eduardo Valderrama (fols. 90 y 91), Luis Jiménez (fols. 91 y 92), Emilio Bedoya García (fols. 92 y 93) y Primitivo Cañola (fols. 142 a 145), llegó a la conclusión de que el médico doctor Higuita había prestado los servicios al señor Gaviria Blair, por el tiempo indicado, es decir, entre 1961 inclusive y el 19 de octubre de 1965.

Refiriéndose a esta prueba dijo el Tribunal:

"Aunque todas las declaraciones se basan en el conocimiento directo de los hechos, y son fundadas, algunas tienen mérito especial por provenir de personas que, además de tener excepcional valor moral, por razón de sus funciones o su situación podían apreciar más cabalmente el estado de salud del señor Gaviria, la relación profesional que con él tuvo el doctor Higuita Lara, y las modalidades de ésta. Como son, Monseñor Medina Pérez, su vecino colindante durante tantos años, quien tenía trato diario e inmediato con el enfermo; el señor Avendaño, farmaceuta encargado de despacharle las fórmulas y remedios, y el médico oficial, doctor Ruiz Pérez.

"La prueba testimonial relatada demuestra plenamente que el señor Gustavo Gaviria Blair fue atendido durante muchos años, desde 1961 hasta su muerte en 1965, por el doctor Adán Higuita Lara, y que los servicios de éste fueron continuos, porque así lo exigía la naturaleza y el carácter crónico de las enfermedades padecidas, consecuencia de la avanzada edad del paciente. Fueron, pues, servicios constantes, prolongados en el tiempo, prestados donde lo demandaban las circunstancias, bien en el consultorio del médico, en la residencia del enfermo, a ve-

ces en el Hospital, de día o de noche, con la solicitud y entrega que reclamaba un paciente de difícil carácter cuya salud había entrado ya en el proceso degenerativo propio de la vejez. También fué una asistencia médica eficiente, con la dedicación característica en el doctor Higuita en su ejercicio profesional, que lo reconocen todos los testigos. Fue, en suma, el doctor Higuita, el médico de cabecera del señor Gaviria durante todos esos años, hasta su muerte.

“Estando debidamente acreditado que se prestó un servicio profesional en las condiciones descritas, de aquéllos que por su naturaleza son remunerados, circunstancia que no desconocen los demandados, ha debido darse por éstos la demostración de que fueron oportunamente cancelados, y en los autos no hay prueba al respecto”.

La Corte encuentra, como se dejó establecido, que el cargo no contiene una proposición jurídica completa, que el recurrente trata de configurar el error de hecho evidente con medios de prueba distintos al “documento auténtico” y que, el escrito que podría ser de esta naturaleza y que fue apreciado por el Tribunal, en ninguna de sus partes acredita, como opina el acusador, que solamente durante doce (12) días prestó el doctor Higuita servicios personales de carácter privado al señor Gaviria Blair.

En consecuencia, el cargo se desestima.

SEGUNDO Y TERCER CARGOS:

Estos cargos se estudiarán en conjunto, ya que ellos se formulan por la vía directa, indicándose como violadas aunque por dos motivos distintos, las mismas disposiciones, en la siguiente forma:

SEGUNDO CARGO

“La sentencia impugnada —dice el casacionista— es directamente violatoria, por interpretación errónea, de los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. de P. L., que consagran la prescripción”.

TERCER CARGO

“El fallo impugnado viola, directamente, por aplicación indebida, los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. de P. L.”.

Para fundamentar el ataque por interpretación errónea, transcribe el acusador el artículo 488 del C. S. T., subrayando una parte de él, con lo cual acentúa el hecho de que los tres años a que alude “se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”.

Agrega que el art. 151 del C. P. T. consagra el mismo principio y dice que, sin entrar a discutir los hechos, y en el supuesto de una serie de servicios sin la continuada dependencia o subordinación, que nunca puede darse en las relaciones de médico a paciente, el sentido de la ley es claro en la forma indicada al comienzo de la demostración del cargo, siendo ésta la interpretación hermenéutica que debió dar el fallador a las normas indicadas, para resolver la excepción prescriptiva propuesta. Agrega que, sin embargo, el fallador las interpretó en el equivoco sentido de que el punto de partida de la prescripción no es —como lo establece la ley— aquél en que la obligación se hace exigible, sino aquél en que se presta el último servicio. Tal es, dice, la interpretación errónea que el Tribunal da a las normas o disposiciones en su fallo, y este equivocado entendimiento de la ley, lo condujo a no aceptar la prescripción correspondiente al lapso retrospectivo del 24 de febrero de 1963 hacia atrás, teniendo en cuenta que la demanda sólo fue presentada el 24 de febrero de 1966.

En cuanto a la indebida aplicación de los mismos artículos, raciocina el acusador sosteniendo que era obligatorio para el sentenciador declarar prescrita aquella parte de los servicios prestados antes del 24 de febrero de 1963, “puesto que en esa fecha terminaba, por prescripción, la exigibilidad de su pago”. Afirma que los honorarios profesionales se hacen exigibles simultáneamente con la prestación de los servicios o inmediatamente después, y que, no obstan-

te el ad-quem resolvió lo contrario suponiendo que "tales normas regulan obligaciones indefinidas, como si en el caso de autos o en cualquier otro caso, dichas obligaciones pudieran presentarse". Concreta este motivo de casación diciendo: "Si la ley ordena que el punto de partida de la prescripción es la exigibilidad de la obligación, el sentenciador la aplica indebidamente cuando, como en el sub-judice, toma otro punto de partida o sea la prestación del último servicio".

LA CORTE CONSIDERA:

Para el estudio y decisión del tema planteado por el recurrente en estos dos cargos, se hace indispensable, aunque sea brevemente, recordar a través de la noción de trabajo que da el Código de la materia en su artículo 5º, que el regulado por dicho estatuto, "es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo" (Subraya la Sala).

De acuerdo con esta noción en que el calificativo "libre", se usa en contraposición al trabajo esclavista o de penados, se halla en su esencia la condición de subordinación que precisamente tipifica el contrato de trabajo.

El trabajo independiente, o sea el no subordinado, tenía su fuente en lo que se refiere a su naturaleza, condiciones y remuneración en el Código Civil y el de Comercio y los derechos del trabajador tutelados por estos estatutos se ejercían ante los jueces ordinarios y conforme al sistema procesal indicado por la Ley 105 de 1931.

No estaba, en consecuencia, esta actividad, regulada por el artículo 5º transcrito.

Más tarde, se quiso dar una mayor protección a ese trabajador independiente, y entonces se dictó el Decreto 456 de 1956, que estableció el conocimiento de los liti-

gios para el reconocimiento y pago de honorarios por servicios personales privados a los jueces del trabajo. Pero este estatuto no varió en ninguna forma la naturaleza del trabajo independiente, simplemente como lo ha dicho la Corte, "reguló la jurisdicción, la competencia y el trámite para el juicio de conocimiento sobre declaración de obligaciones derivadas de aquellos servicios como el de ejecución de las mismas".

El precepto, dijo esta Sala de la Corte, "sustrahe de la justicia ordinaria civil el conocimiento de los negocios de la naturaleza expresada para atribuirlo a la justicia del trabajo, y al mismo tiempo señala la vía ordinaria laboral para la decisión del proceso de cognición y la del procedimiento del ejecutivo del trabajo para su cumplimiento. Según los términos de la disposición del decreto solo la relación procesal queda sometida al código del procedimiento del trabajo. Por consiguiente, la relación jurídico-sustancial, conforme a la cual debe decidirse el litigio, será la que en cada caso se establezca como causa del servicio personal independiente, no la ley sustantiva laboral" (Subraya la Sala). G. J., T. XCII.

Ahora bien, los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. T., pertenecen a la ley sustancial laboral y por tanto, no han podido ser infringidos por el Tribunal, ni por interpretación errónea ni por aplicación indebida, ya que en el juicio no se discutieron derechos emanados del contrato de trabajo ni de leyes sociales que lo hubieren modificado.

El recurrente en su acusación confunde la prescripción de acciones laborales con la de acciones y derechos civiles y por esto, en lugar de citar como violados los que consagran este fenómeno para las segundas cita como infringidas las normas que igualmente lo establecen para las primeras.

En estas condiciones los cargos segundo y tercero se rechazan.

A mérito de los razonamientos que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su

Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIE-

SE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL" Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

VACACIONES

El derecho a vacaciones es el que se otorga a quien trabajó un año continuo, con el fin de que obtenga un adecuado descanso. Nace, pues, en el momento de cumplirse ese año de labores. Y el derecho a compensar las vacaciones en dinero es el que adquiere el asalariado cuando termina el contrato de trabajo sin que haya disfrutado de ese descanso. Nace, por lo tanto, cuando no se ha gozado de vacaciones, en el momento de extinguirse el contrato de trabajo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera.- Bogotá, D. E., octubre siete de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barríos M.).

(Acta N° 54).

Dilia Esther Moradey Pugliese, por medio de apoderado demandó ante el Juzgado Unico del Trabajo de Santa Marta a la sociedad comercial denominada "J. V. MOGOLLON & CIA.", con domicilio principal en la ciudad de Cartagena y representada por su Gerente, con el fin de que se la condene a pagarle:

Los salarios correspondientes al tiempo faltante para el vencimiento del contrato presuntivo de trabajo; los salarios caídos por todo el tiempo de retardo en el cumplimiento de las obligaciones patronales; el valor de las prestaciones e indemnizaciones a que se considera con derecho, por todo el tiempo trabajado; las prestaciones reclamadas son: Cesantía, vacaciones (en dinero), primas de servicio y las indemnizaciones que se desprendan de la demanda y se prueben en el juicio; los salarios correspondientes a la última década servida por la demandante; el valor de las indemnizaciones legales y gastos médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, hospitalarios y los exámenes complementarios por la enfermedad no profesional contraída al servicio de la demandada, y por último, los perjuicios morales y materiales, por haber sido

roto el contrato de trabajo injusta, unilateral e intempestivamente por acción de la demandada. Además, solicita que se la condene al pago de costas judiciales y de los intereses legales.

Los hechos en los cuales se apoyan las anteriores peticiones indican: Que la demandante ingresó al servicio de la demandada el 11 de marzo de 1956 en la sucursal de Santa Marta y salió por despido injusto el 9 de diciembre de 1961; que el cargo que la ex-trabajadora desempeñaba cuando se produjo la terminación del contrato fue el de 'secretaria del gerente'; que durante el último año de servicios devengó un sueldo de \$ 420.00 mensuales, o sea, \$ 14.00 por día; que hasta la fecha de la demanda no se le han pagado a la ex-trabajadora ni las prestaciones sociales ni las indemnizaciones a que tiene derecho; que la demandante fue despedida el 9 de diciembre de 1961, sin haberle pagado los salarios correspondientes a la última década servida; que la señorita Moradey sufría por la época del despido de una enfermedad no profesional, contraída al servicio de la empresa, en el mes de julio de 1959, enfermedad que ella se trató por su cuenta debido a que la demandada no le dió la asistencia médica, farmacéutica, etc.. Que en varias ocasiones la demandante viajó a Barranquilla para hacerse tratar de especialistas, sin que la empresa le hubiera reconocido suma alguna, y que encontrándose así enferma, fue retirada del servicio; que en el momento del despido no se le practicó el examen médico que ordena la ley no obstante haber sido solicitado; que la demandante no dis-

frutó de vacaciones ni se le ha cubierto su valor en dinero; que así mismo la empresa se ha abstenido de pagarle los valores correspondientes a las primas de servicio y no se le dió el aviso previo de despido.

El día 7 de febrero de 1964 el señor Juez del conocimiento dictó sentencia y dispuso: Condenar a la empresa demandada a pagar en favor de la demandante \$ 1.260.00 por lucro cesante; \$ 140.00 por salarios insolutos; \$ 434.00 por indemnización moratoria y declarar probadas las excepciones de pago en lo tocante a auxilio de cesantía y en lo relativo a primas y vacaciones de los años de 1959, 1960 y 1961 y la prescripción de las acciones tendientes a reclamar las prestaciones sociales que se hicieron exigibles con anterioridad al 6 de febrero de 1960. A su vez declaró no probadas las excepciones de carencia de acción y de cobro de lo no debido y absolvió a la demandada de los demás cargos que le fueron formulados. Se abstuvo de condenar en costas.

La decisión anterior fue apelada por el apoderado de la parte demandante y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta en sentencia de 14 de mayo de 1964 dispuso: "Modifíquese la sentencia apelada, así:

"1º. Condénase a la sociedad comercial J. V. Mogollón & Cía. a pagar a Dilia Ester Moradey Pugliese, la suma de \$ 2.215.65 por concepto de prestaciones, salarios e indemnizaciones, y

"2º. Decláranse probadas las excepciones de prescripción y pago propuestas.

"Sin costas".

Esta sentencia fue recurrida en casación por el apoderado de la demandante en cuya demanda se señala en estos términos el alcance de la impugnación: "Que esa Honorable Sala, obrando como tribunal de instancia procede a lo siguiente:

"1º. Que se confirme la sentencia recurrida extraordinariamente en el sentido de los reconocimientos que hizo el ad-quem sobre: 1º. Lucro cesante; 2º. Auxilio de cesantía; 3º. Prima de servicios; 4º. Salarios

insolutos, y, 5º. Salarios caídos o sanción moratoria.

"2º. Que se revoque el numeral 2º de dicho fallo recurrido, en su totalidad.

"3º. Que en cambio se condene a la demandada a:

"1º. Pago de los dos primeros años de vacaciones, tomando como base el sueldo de la actora que fue de \$ 420.00; 2º. Al pago de los salarios caídos a razón de \$ 14.00 diarios a partir del 13 de enero de 1962 en adelante, o sea hasta la fecha en que el ad-quem profirió la condena por el mismo concepto, condena que no comprendió la omisión en la práctica del examen médico de salida y la expedición del certificado de salud, sanción que comprenderá el lapso que abarca la fecha ya indicada y hasta el día en que la deudora cumpla con la ley en estos dos aspectos, y 4º. (sic) Al pago de la suma de \$ 1.499.65 por concepto de asistencia médica y farmacéutica que la empresa no le prestó y que élla, la demandante, tuvo que sufragar de su propio peculio".

Presenta el recurrente tres cargos, el primero de los cuales está concebido así:

"Vacaciones.- Primera causal del art. 87 del C. P. T. por violación directa al haber interpretado o aplicado erróneamente las siguientes disposiciones legales: Arts. 186, 187, 189, 190 del C. S. T., arts.: 7º y 8º del Decreto 617 de 1954 y arts. 488 y 489 del C. S. T.. Este cargo es independientemente considerado de toda situación de hecho o probatoria".

La sustentación del cargo la hace el recurrente con base en el salvamento de voto que acompaña a la sentencia del ad-quem, cuyos párrafos sobresalientes se transcriben. Dicen así: "Con respecto a la prestación 'vacaciones' el trabajador es titular de dos derechos distintos: Uno principal (el de disfrute) que se causa por cada año completo de labor y se hace exigible, dentro de la vigencia del contrato, al vencimiento del año subsiguiente (art. 187 del C. S. T.); y otro subsidiario —el de compensación en dinero— que tiene el mismo origen, pero

que solo puede ejercitarse, salvo el caso de excepción contemplado en el numeral 1º del art. 189, en defecto de aquél, y a la expiración del contrato.- ¿De cuáles periodos vacacionales puede el trabajador demandar su compensación en dinero? Lógicamente respecto de todos aquéllos cumplidos durante la vigencia del contrato, de que no hubiere disfrutado y sobre los cuales no haya recaído declaración judicial de prescripción. Este fenómeno, el de la prescripción, no opera, de acuerdo con nuestras leyes, *ipso-jure*, sino que requiere que la parte interesada lo alegue y que el Juez competente lo declare...". Agrega el salvamento: "En el caso de autos no hay constancia de que la acción del trabajador para pedir las vacaciones en tiempo, con relación a las causadas antes del año de 1958, se hubiese declarado prescrita. La acción ejercitada en el juicio es la que emana del derecho subsidiario de obtener la compensación en dinero: luego la prescripción alegada por la entidad patronal no puede referirse sino a esta acción, a la subsidiaria, y no a otra distinta". El impugnador considera así, que las disposiciones que cita como violadas lo fueron por haberlas aplicado el sentenciador erróneamente.

SE CONSIDERA:

No aparece clara la violación atribuida al ad-quem por el recurrente en relación con las disposiciones que relaciona, ya que la argumentación del salvamento de voto sobre la cual apoya el impugnador sus puntos de vista, no puede tener acogida por esta Sala por las siguientes consideraciones:

No ha desconocido la Sala Laboral del Tribunal el derecho a las vacaciones consagrado en el art. 186 del C. S. T., ni a norma que indica que la época de su disfrute debe ser señalada por el patrono (art. 187 *ibidem*), y menos las que señalan que a la terminación del contrato de trabajo las ya causadas y no disfrutadas deben compensarse en dinero (art. 189) y la que reza con la acumulación (art. 190), así como tampoco los arts. 7º y 8º del Decreto 617 de 1954. Simplemente ha considerado que las vacaciones causadas con anterioridad al año de

1958 se encuentran prescritas. De acuerdo con la tesis sustentatoria del cargo, la prescripción alegada en la contestación de la demanda, solamente toca con el fenómeno de la compensación en dinero, mas no con el disfrute de las vacaciones, como quiera que tal prescripción no fue declarada judicialmente como consecuencia de no haber sido alegada en su oportunidad. Y la prescripción alegada no ha operado ya que la demanda se intentó antes de que transcurrieran tres años contados a partir de la terminación del contrato de trabajo, de donde debe declararse que el trabajador tiene derecho al pago en dinero de todas las vacaciones causadas, con excepción de aquéllas de que disfrutó en tiempo. Y ésto porque se estima que el trabajador es titular de dos derechos distintos: Uno principal, el de disfrute y otro subsidiario, el de compensación en dinero, que tiene el mismo origen pero que solamente puede ejercitarse a la expiración del contrato. El cargo toca, pues, con las disposiciones que tienen que ver con la prescripción (arts. 488 y 489 del C. S. T.), fenómeno que se analizará en seguida.

Bien, el art. 488 del C. S. T. indica que las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres años, que se cuentan desde cuando la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo los casos de prescripciones especiales. El art. 186 de la misma obra citada, enseña que los trabajadores que hubieren prestado sus servicios durante un año tienen derecho a quince días hábiles y consecutivos de vacaciones remuneradas. Es decir, que al cumplirse el año de servicios se causa el derecho a vacaciones. Pero como el art. 187 *ibidem* prescribe que la época de las vacaciones debe ser señalada por el patrono a más tardar dentro del año subsiguiente, es en este año cuando la obligación se hace exigible, y desde cuando comienza a contarse la prescripción. De tal suerte que, no tiene cabida la tesis del salvamento acogida por el recurrente, porque la prescripción comienza a contarse, según expreso mandato, cuando el derecho se hace exigible, y de otro lado la oportunidad de proponer la excepción correspondiente,

finalizado el contrato de trabajo, no es otra que al contestar la demanda. Esta excepción así propuesta cobija los períodos vacacionales sobre los cuales hayan transcurrido más de tres años, sin que el fenómeno prescriptivo se hubiera suspendido en la forma prevenida en la ley y no hace relación a la compensación en dinero, cuya acción solamente puede ejercitarse a la expiración del contrato, y siempre que se haya intentado antes de transcurridos tres años contados a partir de la terminación de la relación laboral, pues si así hubiese ocurrido, la prescripción iría contra el fenómeno compensatorio.

La Sala ha dicho sobre este particular lo siguiente, que compendia el pensamiento actual de la Corte: "... El derecho a vacaciones es el que se otorga a quien trabajó un año continuo, con el fin de que obtenga un adecuado descanso. Nace, pues, en el momento de cumplirse ese año de labores. Y el derecho a compensar las vacaciones en dinero es el que adquiere el asalariado cuando termina el contrato de trabajo sin que haya disfrutado de ese descanso. Nace, por lo tanto, cuando no se ha gozado de vacaciones, en el momento de extinguirse el contrato de trabajo. El derecho a descansar, a las vacaciones, es de carácter principal y el de compensarlas en dinero es supletorio, porque sólo se otorga éste cuando aquél ya no puede ejercitarse o disfrutarse en su forma peculiar. Son de igual naturaleza porque nacen de hechos semejantes, principalmente del de haberse cumplido determinado tiempo de trabajo, aunque por su mismo carácter diverso de principal y subsidiario surgen a la vida jurídica en momentos diferentes. Aquél solo existe cuando se cumple un año de trabajo y éste cuando no es posible obtener aquél por haberse extinguido el contrato. Por ser de naturaleza idéntica ambos derechos, se extinguen o prescriben en igual término; pero, por nacer en momentos diferentes, la prescripción de ellos se cuenta, como es obvio, desde momentos también diversos y termina, por consiguiente, en tiempos muy distintos".

De suerte, pues, que si la prescripción, de acuerdo con lo preceptuado por el art. 488

del C. S. del T., se cuenta desde que la respectiva obligación (en el caso de autos, las vacaciones) se haya hecho exigible, es claro que el sentenciador al producir la determinación acusada se ajustó a dicha norma, de donde su violación no ha ocurrido como se predica. De otro lado no puede pretenderse que, cada vez que hayan transcurrido más de tres años sobre el momento de exigibilidad de una prestación social, deba producirse una declaración judicial de prescripción cuando la relación laboral está vigente, porque ésto convertiría el contrato en un semillero de pleitos que rompería la armonía que debe existir entre las partes.

En consecuencia, el cargo no puede tener prosperidad.

SEGUNDO CARGO

"Primera causal del art. 87 del C. P. T. por violación directa al haber interpretado erróneamente las siguientes disposiciones: Arts.: numeral tercero (3º) del art. 65 y ordinal 7º del art. 57 del C. S. T.".

Dice el recurrente que el ad-quem estimó que solamente había lugar a 31 días de sanción moratoria, porque la demandada demoró este lapso en hacer el pago por consignación de las prestaciones e indemnizaciones y parte de salarios que consideraba deber. Pero olvidó que el numeral 3º del art. 65 del C. S. del T. establece igual sanción a la consagrada en el primero, para aquéllos casos en que se omite por el patrono el examen médico de salud y la expedición del respectivo certificado. "En esto consiste la errónea interpretación del ad-quem y la violación de la calidad indicada operada dentro del fallo que se acusa, en el presente cargo".

SE ESTUDIA

La violación de la ley por errónea interpretación de la misma consiste en su equivocado entendimiento con divorcio total de toda cuestión de hecho o probatoria. En el caso sometido a la consideración de la Sala encuentra ésta lo siguiente: El ad-quem, por

estimar que la empresa demandada demoró en pagar a la demandante el valor de las prestaciones sociales que le adeudaba, o más concretamente, en consignar la suma que confesaba deberle, 31 días, produjo por dicho lapso la condenación respectiva con base en la suma de \$ 14.00 diarios, que corresponde a la remuneración diaria que recibía. En esto consistió la interpretación del art. 65 del C. S. del T., interpretación que es a todas luces acertada habida consideración de las demostraciones del proceso. Pero guardó silencio total en relación con el aspecto denunciado por el recurrente, o sea, el referente al certificado médico de salida, luego no hubo interpretación errónea de tal disposición por parte del sentenciador, de donde el cargo ha debido formularse por infracción directa por falta de aplicación. Ahora bien: La obligación patronal de hacerle practicar al trabajador que así lo solicite examen sanitario y darle certificación sobre el particular, nace de la circunstancia de que a su ingreso o durante su permanencia en el trabajo se le hubiere sometido a tal examen. Si esto no hubiere ocurrido, tal obligación no existe, así el trabajador lo haya solicitado a la expiración del respectivo contrato. De ahí por qué el cargo como ha sido formulado no pueda prosperar, ya que se repite no ha habido interpretación errónea de la norma acusada, y no habiéndose presentado en la forma indicada atrás, las posibilidades de prosperidad han debido buscarse por la vía indirecta, mediante la demostración de que el examen de ingreso le fue practicado a la extrabajadora o que se realizó durante la ejecución del contrato y además, que pese a haber sido solicitado no le fue ordenado. En estas circunstancias, el cargo no puede tener prosperidad como quiera que el Tribunal no hizo interpretación de las disposiciones señaladas como violadas.

TERCER CARGO

"Primera causal del art. 87 del C. P. T. por violación indirecta o de medio en que incurrió el ad-quem por errónea interpretación del artículo 277 del C. S. T. y de las siguientes pruebas judiciales que obran dentro del expediente y que fueron pedidas

y decretadas como tales, sin haber sido tachadas ni redargüidas de falsas en ningún momento". Procede luego el recurrente a señalar las pruebas que estima como mal apreciadas por el ad-quem.

Dice el impugnador que el sentenciador ha debido condenar a la demandada en la forma como lo pretende en el alcance de la impugnación, porque con las pruebas que ha señalado se ha demostrado que la demandante pagó de su propio peculio el valor de las drogas que le fueron suministradas y además las consultas hechas a especialistas.

SE ESTUDIA

El cargo tal como ha sido formulado carece totalmente de eficacia como quiera que conlleva involucrados conceptos incompatibles. En efecto, dice el recurrente que acusa "por violación indirecta o de medio en que incurrió el ad-quem por errónea interpretación del art. 277 del C. S. T. ...", pasando por alto que "la errónea interpretación de la ley sustancial proviene del equivocado concepto que se tenga de su contenido, independientemente de toda cuestión de hecho...".

En consecuencia, se rechaza el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA GACETA JUDICIAL Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar; Ramiro Araújo Grau, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA

Para la Sala no cabe duda de que la exigencia del artículo 6º del C. P. L., sobre agotamiento previo del procedimiento gubernativo o reglamentario, constituye un factor de competencia para el Juez Laboral, y como tal, debe estar satisfecha en el momento de la admisión de la demanda.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera.- Bogotá, D. E., octubre catorce de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta N° 60).

Por conducto de apoderado, ERNESTO CALDERON FLOREZ demandó a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, representada por su Rector, o por quien hiciere sus veces, y por el Personero de Bogotá, para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, fuese condenada a pagarle las cantidades de \$ 42.000.00 por concepto de indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato; \$ 6.923.10 por diferencia de salarios; \$ 4.200.00 por primas causadas en el año de 1965; \$ 2.520.00 como bonificación por antigüedad; \$ 140.00 diarios, desde el 1º de agosto de 1965 y hasta cuando se efectúe el pago de las anteriores sumas, como indemnización moratoria, y las costas del juicio.

Relató en el libelo que había prestado sus servicios personales a la institución demandada, como Jefe de Contabilidad y Presupuesto, desde el 1º de febrero de 1952 hasta el 20 de julio de 1965, fecha en la que fue despedido sin justa causa. El 11 de febrero de este año, el Consejo Superior Universitario, por medio del Acuerdo N° 30, creó el cargo de Jefe de Contabilidad y Presupuesto, con asignación de \$ 4.200.00 mensuales, y por Resolución N° 136 de 5 de marzo de 1965, la Rectoría nombró para ese

cargo a Daniel Nariño Pinzón, con retroactividad al 18 de febrero del mismo año. De esta manera, el actor y Nariño quedaron desempeñando simultáneamente el mismo cargo, pero mientras que a éste se le pagaba un sueldo de \$ 4.200.00 aquél sólo percibía uno de \$ 2.860.00. Fue tan protuberante la dualidad de funciones que el Auditor Fiscal de la Contraloría glosó la nómina por encontrar que para el mismo cargo existían dos funcionarios en forma simultánea. Por oficio de 11 de junio de 1965 se le comunicó que se hallaba en estado de preaviso con retroactividad al 1º de junio del mismo año, de acuerdo con la Resolución N° 322 de 11 de mayo de 1965, que no le fue notificada. Estaba sindicalizado y por tanto lo amparaba la convención colectiva de trabajo suscrita entre la Universidad y el Sindicato. La demandada reconoció la falta de notificación oportuna de la terminación unilateral del contrato y, para subsanar tal deficiencia, ordenó el pago en dinero de los diez primeros días de junio de 1965 como parte del preaviso, disposición que tampoco se cumplió. La vía gubernativa fue agotada.

En la contestación se negaron los hechos y el derecho invocados en la demanda y se propusieron las excepciones perentorias "que se desprendan del acervo probatorio en el curso del juicio".

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, desató la *litis*, en sentencia de ocho de marzo de mil novecientos sesenta y siete, condenando a la Universidad a pagar las sumas de \$ 42.000.00 por concepto de la in-

demnización consagrada en el artículo décimo quinto de la Convención Colectiva de Trabajo vigente; \$ 6.476.66 por diferencia de sueldos; \$ 2.100.00 por primas de servicios; \$ 2.520.00 por bonificación de antigüedad; \$ 140.00 diarios, desde el 1º de noviembre de 1965 y hasta cuando se paguen las deudas anteriores, a título de indemnización moratoria, y las costas del juicio.

Esta decisión fue apelada por el procurador judicial de la parte demandada, y el Tribunal Superior de Bogotá, al resolver el recurso, la modificó en el sentido de revocar los literales a) y c) del numeral segundo y el numeral tercero, para, en su lugar, absolver por los extremos de indemnización por despido injusto, primas de servicios y costas. La confirmó en lo demás.

Contra el fallo anterior, proferido el diez de julio de mil novecientos sesenta y siete, los apoderados de ambas partes interpusieron el recurso de casación que la Sala va a decidir, mediante el examen de las respectivas demandas y de los correspondientes escritos de oposición.

En razón de que la demandada aspira al quebrantamiento total del fallo, se estudiará en primer término su recurso y, dentro de éste, el cargo que persigue la nulidad de la actuación, no solo porque su prosperidad haría inoficioso el examen de los restantes, sino también porque constituye petición principal en el alcance de la impugnación.

EL RECURSO DE LA DEMANDADA

Se encamina a obtener la casación total de la sentencia acusada, para que la Corte, en sede de instancia, decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda. En subsidio, que se case parcialmente, en cuanto declaró que entre Calderón y la Universidad existió un contrato de trabajo que se inició el 1º de febrero de 1952 y confirmó el fallo de primer grado en todo lo demás, y que, en la decisión subsiguiente, revoque el aludido fallo y, en su lugar, absuelva a la Universidad de todas las súplicas del libelo inicial. Sub-

sidiariamente también, que la casación sea parcial “y se tomen las decisiones de instancia, según la prosperidad de los cargos, y en los cuales señalaré el respectivo alcance de la impugnación”.

Cinco cargos formula el impugnador con apoyo, los cuatro primeros, en la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, y el último, en la causal tercera del mismo precepto. Se procede, pues, al estudio preferencial de éste, conforme se dejó explicado.

Cargo Quinto. (Unico dentro de la causal tercera). “Acuso la sentencia por haber incurrido el Tribunal en nulidad por incompetencia de jurisdicción prevista en la causal 1ª del Art. 448 del Código Judicial, nulidad que opera a partir del auto admisorio de la demanda”.

En su demostración, sostiene que del artículo 6º del C. P. L. se desprende claramente que cuando se demanda a una entidad administrativa autónoma sólo es competente la jurisdicción del trabajo cuando se ha agotado el procedimiento gubernativo. Así lo entendieron los autores del Código al incluir dicha norma en el capítulo sobre competencia. La Universidad Nacional de Colombia es una persona administrativa autónoma (Art. 1º de la Ley 65 de 1963), luego para poderla demandar era necesario agotar previamente la vía gubernativa. Pero ésta no se agotó respecto de la petición sobre indemnización por mora, por lo cual la jurisdicción del trabajo no era competente para conocer de ella, y como esta acción se acumuló a otras, hay incompetencia para conocer de todas por indebida acumulación.

El opositor solicita el rechazo del cargo por cuanto plantea un medio nuevo, inadmisibles en casación. Para el supuesto de que se le estudie, expresa que no puede prosperar porque la vía gubernativa sí fue debidamente agotada.

La Sala considera:

La nulidad que se alega no constituye

medio nuevo, pues el hecho de si se agotó o no la vía gubernativa fue considerado en las instancias. En la demanda primitiva se hizo la afirmación de haber sido agotada y la sentencia de primer grado estudia este aspecto en capítulo especial; además, los dos fallos producidos en el juicio contienen la declaración expresa de que no existe motivo de nulidad en la actuación. De otra parte, la cuestión planteada es de orden público y su estudio para la Corte es obligatorio. Procede, por tanto, el examen del cargo en el fondo.

El artículo 6º del Código Procesal del Trabajo preceptúa que "las acciones contra una entidad de derecho público, una persona administrativa autónoma, o una institución o entidad de derecho social podrán iniciarse sólo cuando se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente". La norma, así concebida, ha sido objeto de variadas interpretaciones y aún hoy, cuando han transcurrido más de veinte años de su vigencia, no son pocas las discusiones que suscita en los estrados judiciales y en el campo doctrinario de esta rama del derecho. No existe todavía un criterio uniforme y estable para calificar aquella exigencia del precepto y las repercusiones de su incumplimiento en el proceso. Al paso que unos la catalogan como un requisito de la demanda, otros la consideran un presupuesto de la acción y otros más como un factor de competencia. Su ausencia, en el primer caso, daría lugar al rechazo de la demanda, o a la prosperidad de la correspondiente excepción dilatoria o a un fallo inhibitorio; en el segundo, la iniciación y el adelantamiento del juicio serían válidos, pero éste culminaría con la declaración de estar probada la excepción perentoria temporal o del juicio que la jurisprudencia ha denominado "petición antes de tiempo"; y en el último, se inadmitiría la demanda, o prosperaría la excepción de declinatoria de jurisdicción alegada oportunamente, u ocasionaría la nulidad de lo actuado decretada oficiosamente por el Juez o a petición de parte, bien en el curso de la tramitación o en el momento de entrar a fallar el pleito, conforme a las disposiciones legales que rigen la materia. Tal nuli-

dad operaría, desde luego, a partir del auto admisorio del libelo primitivo.

Ante esta disparidad de conceptos resalta la conveniencia de que la Sala fije su pensamiento alrededor del tema, o, mejor, lo exponga con mayor amplitud, pues ya ha tenido oportunidad de manifestarse partidaria del tercer punto de vista, es decir, del que califica el cuestionado requisito como un factor de competencia y, por tanto, como un presupuesto del proceso. Así, en el fallo proferido el 31 de octubre de 1964, en el ordinario de Federico Delgado contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, dijo:

"Como se aprecia de lo antes transcrito, el recurrente inicia el desarrollo de los cargos afirmando que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales es una institución de derecho social; que conforme al art. 6º del C. P. T., para que fuese viable la acción incoada, era indispensable que el demandante hubiese agotado el rito reglamentario correspondiente, de reclamación directa ante la entidad demandada de los derechos y prestaciones que son objeto de la presente litis, y que solo cumplido este requisito podría surgir la competencia de la jurisdicción laboral para conocer del juicio, conforme a la previsión del art. 11 del mismo estatuto. Hasta aquí, las tesis del recurrente no merecen reparo alguno" ...".

"Con vista en lo expuesto, resulta claro lo afirmado antes, que la acusación no se funda en argumentos de naturaleza jurídica exclusivamente, pues parte del supuesto de desconocer o discutir el hecho de haberse efectuado la reclamación directa del demandante al Instituto para obtener el pago de sus prestaciones, actividad que el Tribunal da por establecida en el juicio. Ese hecho, viene a constituir el cumplimiento de una condición de procedibilidad para iniciar el juicio y supone, como es obvio, la ejecución de una gestión del demandante, anterior a la promoción del proceso, por lo cual su prueba debe acompañarse a la demanda".

Ahora bien: los requisitos formales a que debe sujetarse toda demanda ordinaria la-

boral están específicamente señalados en el artículo 25 del C. P. L. y entre ellos no figura el de haberse agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario de que trata el artículo 6º del mismo estatuto. Algunos han considerado que la exigencia contenida en el ordenamiento 26 ibidem, según la cual "con la demanda deberán presentarse tantas copias cuantos sean los demandados", constituye también un requisito de aquella, y talvez con el mismo criterio le atribuyen este carácter a la necesidad de acompañar la prueba del agotamiento de la vía gubernativa; mas tal apreciación es equivocada, pues al libelo demandatorio, para ser formalmente completo y tener vocación a ser recibido por el Juez, considerado en sí mismo y como acto procesal de parte con entidad propia, le basta con satisfacer los requerimientos de la norma primeramente nombrada. La presentación de las dichas copias no configura un requisito intrínseco de la demanda, sino una condición externa para su admisibilidad, y su razón de ser estriba, según los términos del mencionado precepto, en que los traslados puedan surtir-se simultáneamente, en cumplimiento de lo estatuido en el artículo 74 del citado Código, que exige, además, que éstos se realicen mediante la entrega de la copia del libelo a los demandados. De igual manera, si con la demanda debe llevarse la prueba de que se agotó el procedimiento gubernativo o reglamentario, no es porque tal hecho esté erigido en requisito de aquella, sino porque constituye una condición para que pueda ser admitida, aunque fundada en razones distintas de las que se refieren a la presentación de las copias, como se verá más adelante. Si esto es así, como evidentemente lo es, no cabe el rechazo de la demanda bajo la consideración de que no está en forma —entendiendo esta expresión, como tradicionalmente lo han hecho la doctrina y la jurisprudencia, con referencia a los requisitos que debe cumplir el escrito que la contiene— ni puede servir ella de soporte válido a la excepción que afirme su ineptitud, con base, desde luego, en el motivo primero del artículo 333 del C. J., pues que los otros dos no guardan ninguna semejanza con el caso.

Tampoco da ocasión el incumplimiento del mencionado requisito a que se declare probada la excepción perentoria temporal de "petición antes de tiempo". Este fenómeno envuelve una cuestión de fondo y se ha entendido que procede su declaración cuando el derecho reclamado no se ha radicado definitivamente en cabeza de quien demanda la tutela del Estado a través de su organismo jurisdiccional, bien porque su nacimiento pende de un plazo o de una condición ora porque carece todavía del atributo de la exigibilidad. En verdad, cuando esto ocurre, ni el derecho ni la acción existen y lo que hay es una mera expectativa de llegar a adquirirlos. El fallo, en rigor, debería ser desestimatorio de la demanda o simplemente absolutorio. Pero como aquella expectativa generalmente aparece rodeada de ciertos caracteres de certeza y la obligación existe potencialmente, la jurisprudencia, para atenuar la drasticidad de la institución de la cosa juzgada, ha creado la figura de la "petición antes de tiempo", con efectos limitados, puesto que solo repercute sobre el juicio restándole toda eficacia, pero no mata o enerva la acción que no existía y deja abierto el camino para que ésta pueda hacerse valer en un nuevo proceso y cuando sea oportuno. De ahí que se la haya calificado como perentoria temporal o perentoria del juicio.

Mas no es ésta la situación que se presenta cuando se acude ante el Juez del Trabajo sin haberse satisfecho la exigencia contemplada en el aludido artículo 6º. El derecho del trabajador surge con innegable fuerza en el momento en que se cumplen las causas que lo generan y con él nace la acción para procurar su reconocimiento. No podría, ciertamente, la entidad obligada al pago negarse a realizarlo con fundamento en que la petición es prematura porque el solicitante aún no es titular del derecho que reclama por estar sujeto a un plazo o a una condición o porque no se ha cumplido un determinado requisito para su exigibilidad. La misma ley, al exigir el agotamiento del procedimiento gubernativo o reglamentario, parte del supuesto de que el derecho y la acción existen, según se desprende de sus propios términos. Las cir-

cunstancias que dan base para declarar la excepción de "petición antes de tiempo" se refieren al derecho mismo, a su actual existencia, pero no tienen ninguna relación con la entidad o funcionario ante quien debe hacerse valer. Si se cumplen todos los presupuestos previstos por el legislador para que tenga vida jurídica, ninguna autoridad puede desconocerlo. El derecho se tiene o no se tiene frente a las personas, naturales o jurídicas, sin respecto a los organismos encargados de administrar justicia. En otras palabras, los derechos existen cuando son sancionados o reconocidos por la norma legal, sin consideración a las categorías o facultades de los funcionarios investidos del poder jurisdiccional del Estado para protegerlos o tutelarlos. Si la acción del trabajador es completa e inobjetable cuando se trata de la reclamación de su derecho ante una entidad de derecho público, una persona administrativa autónoma, o una institución de derecho social, también tiene que serlo, a fortiori, cuando se la esgrime ante los Jueces. Ella no se modifica en su esencia ni sufre mengua alguna por el tránsito que se haga de aquella entidad a la vía jurisdiccional, como tampoco si se la instaura ante ésta sin haberse recorrido aquel camino, hasta agotarlo.

Otra cosa distinta es que no pueda promoverse ante el Juez del Trabajo y que, si se la propone, éste no pueda aprehender su conocimiento mientras no se haya surtido aquella etapa previa, en virtud de la prohibición expresa contenida en el mandato comentado. Cuando la norma estatuye que las dichas "acciones podrán iniciarse sólo cuando se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente", no se está dirigiendo únicamente al titular de ellas para significarle que su ejercicio no le es permitido mientras no cumpla con ese requisito, sino que está creando simultáneamente un impedimento en el Juez para conocer, es decir, para ejercer en ese determinado negocio la jurisdicción que corresponde a la República. La disposición tiene, pues, un doble destinatario: el presunto demandante y el Juez del Trabajo. Al tiempo que le prohíbe a aquel iniciar la acción judicial, le niega a éste la facultad

de recibirla y de ejercer sobre ella el poder jurisdiccional de que está investido; le niega, por tanto, aunque sea pro tempore, la competencia.

A este criterio se le formulan las dos siguientes objeciones: a) la competencia, conforme a la ley y la doctrina, tradicionalmente se ha determinado con base en los factores objetivo (naturaleza del negocio y cuantía), subjetivo (calidad de las partes), territorial (domicilio y lugar donde se prestó el servicio, en materia laboral), funcional (grados o jerarquías en los administradores de justicia) y de conexión (relativo al fenómeno de la acumulación de acciones), y entre ellos no se halla comprendida la falta de agotamiento de la vía gubernativa, ni podría decirse que el Juez Laboral carece de competencia cuando se conjugan todos esos factores o los que, según el caso, sean pertinentes. b) No se concibe que mientras no se cumpla la referida exigencia legal no exista funcionario competente para desatar el litigio, pues si no lo es el Juez del Trabajo, forzosamente tendría que haber otro con facultad para hacerlo, y éste no aparece señalado por la ley.

El primer reparo se destruye solo, pues basta observar que al disponer el artículo 6º que "las acciones contra una entidad de derecho público, una persona administrativa autónoma, o una institución o entidad de derecho social podrán iniciarse sólo cuando se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente" y que el Juez, en consecuencia, no puede conocer de ellas mientras no se cumpla con ese requisito, está determinando la competencia en consideración a la calidad de las partes (factor subjetivo). Precisamente, en atención a la naturaleza de esas entidades e instituciones, al carácter generalmente público de sus fondos y a los fines de utilidad común o social que persiguen, quiso el legislador rodearlas de una mayor protección impidiendo que se las compeliere, con perjuicio de sus patrimonios, a hacerle frente a juicios que en la mayoría de las veces resultarían inoficiosos o habrían podido evitarse. De ahí que haya condicionado la competencia del Juez al cumplimen-

to de aquel requisito, o suspendídosela mientras la respectiva entidad no hubiese tenido la oportunidad de revisar directamente la situación y de decidir si estaba obligada o no al pago de lo reclamado. El artículo 6º —2º en el Capítulo sobre competencia— consagra una regla general aplicable a todos los casos en que se demande, o intente demandar, a aquella clase de personas, y los siguientes —7º a 11 inclusive— regulan en concreto la materia, tendiendo, además, a los factores territorial y objetivo, en el aspecto cuantía.

Mas, podría agregarse, enfocando el asunto desde otro ángulo, que aquellos factores, reconocidos como clásicos o tradicionales en la fijación de la competencia, no son exclusivos o únicos para determinarla, es decir, excluyentes de cualesquiera otros. Nada obsta para que el legislador en determinados casos introduzca o exija de manera expresa la concurrencia de requisitos especiales o para que el intérprete los encuentre establecidos. En este orden de ideas, puede sostenerse fundamentalmente que el artículo 6º consagró un factor de competencia adicional, específico, sui generis, para esta clase de controversias, y que consiste en el agotamiento previo de la vía gubernativa o reglamentaria, pues mientras esta etapa prejudicial no se cumpla el Juez carece de facultad para conocer de ellas, vale decir, no se radica en él la competencia, a pesar de que concurran los demás factores mencionados.

La segunda objeción tampoco tiene solidez. La conclusión de que al negarse la competencia al Juez del Trabajo para conocer de las acciones examinadas el difiriendo no podría ser resuelto por no existir otro funcionario facultado para hacerlo, es totalmente equivocada. El sistema de la vía gubernativa ha sido instituido en atención a la naturaleza y fines de las entidades de derecho público y social y teniendo en cuenta que en sus actos está comprometido el interés general. Como los juicios constituyen una carga, y por su duración y costo distraen la buena marcha de la administración y deterioran el patrimonio común, se ha erigido a la respectiva entidad o insti-

tución en Juez primigenio de sus propios actos, para que sea ella, en primer término, la que defina, mediante una cuidadosa revisión del asunto, si su conducta se ha ajustado a derecho o no, y, en este último evento, reconozca su yerro y lo enmiende. La administración, pues, debe juzgarse a sí misma en todos los casos en que ello es posible de acuerdo con la ley. La controversia, por tanto, tiene que ser planteada primeramente ante la respectiva entidad y solo después de que ella se ha pronunciado, expresamente o mediante el silencio, puede ser llevada ante los Jueces. De ahí que se estime que en estos casos la vía jurisdiccional es subsidiaria de la gubernativa.

De consiguiente, el conflicto no queda sin Juez que lo decida en el interregno en que el del Trabajo no pueda conocer de él, pues entonces puede ser resuelto, como cuestión prejudicial, por la entidad beneficiaria de los servicios.

El criterio de la Sala, acerca de que el incumplimiento de la previsión contenida en el artículo 6º afecta la competencia del Juez, se afianza más al consultar cuál fue la verdadera intención del legislador al consagrarla. Y esa intención aparece de manifiesto si se advierte que el dicho precepto y los similares que le antecedieron siempre han figurado al lado de las normas reguladoras de la competencia, como acontece en la Ley 6ª de 1945, en la Ley 24 de 1947 y en el propio Código de Procedimiento del Trabajo. El argumento, prima facie, puede parecer simplista; y lo sería, si esa ubicación solamente se le hubiese dado en el Código, pero cobra fuerza ante la constante reiteración del hecho. Y se manifiesta claramente también a través de la redacción de las respectivas normas. Así, el artículo 58 de la Ley 6ª, que explica para qué se instituye la jurisdicción del trabajo y señala las materias de las cuales conoce, en su inciso 2º preceptúa:

“También conocerá la justicia del Trabajo de las controversias que se susciten por razón de las primas, bonificaciones y demás prestaciones que tengan su origen en ordenanzas, decretos y resoluciones depar-

tamentales, acuerdos municipales o reglamentos particulares, siempre que se haya agotado el procedimiento de reclamación que en tales disposiciones se establezca”.

Y el artículo 7º de la Ley 24, reformatorio del anterior, dispuso: “También conocerá la justicia del trabajo... siempre que se haya agotado el procedimiento de reclamación que en tales disposiciones se establezca”.

“Para estos efectos, se entenderá haberse agotado el procedimiento la tardanza de un mes o más en resolver la solicitud”.

El vocablo “conocer” tiene jurídicamente la misma acepción de competencia. El Juez conoce de un asunto, porque tiene competencia para hacerlo. Cuando las referidas normas expresan que “También conocerá la justicia del Trabajo de las controversias...”, están regulando la competencia; y cuando ese conocimiento lo hacen depender del cumplimiento de un determinado requisito, están disponiendo, a contrario sensu, que no puede avocarse, que no existe competencia, mientras la condición no se cumpla.

Por lo hasta aquí dicho, para la Sala no cabe duda de que la exigencia del artículo 6º del C. P. L., sobre agotamiento previo del procedimiento gubernativo o reglamentario, constituye un factor de competencia para el Juez Laboral, y como tal debe estar satisfecha en el momento de la admisión de la demanda. Si no aparece demostrada esa circunstancia —con prueba que no tiene por qué ser forzosamente literal, porque el hecho admite otros medios probatorios— es imperativo su rechazo, como ocurre siempre que falta un presupuesto procesal. Si a pesar de todo se la admite, la actuación nace viciada, y si no se alega oportunamente la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción ni se propone incidente de nulidad, el vicio sigue gravitando sobre el proceso y el Juez está obligado a declararlo nulo en el momento en que lo observa, y de plano, por ser inallanable la causal en virtud de que la competencia en este caso es improrrogable (arts. 455, C. J. en armonía con el 151 *ibidem*).

Sentado lo anterior, se examina en concreto la acusación. Esta se plantea sobre la base de que la Universidad Nacional de Colombia es una persona administrativa autónoma —punto en el cual no existe discrepancia entre el fallador y el impugnante— y de que no se agotó el procedimiento gubernativo respecto de la súplica por indemnización moratoria, lo cual resulta acreditado con las copias de folios 57 a 62 y su confrontación con el libelo primitivo.

Sin embargo, la Sala observa que la indemnización por mora es una simple consecuencia de la renuencia del patrono a reconocer y pagar al trabajador los derechos derivados de la relación de trabajo que los vinculó, o del pago tardío de éstos y tiene, por tanto, el carácter de acción accesorio o dependiente de las que amparan a aquellos derechos. De ahí que en la petición que se haga por la vía gubernativa o reglamentaria en ejercicio de las acciones principales deba entenderse incluida ésta y que la negativa que se dé a aquellas comprenda también la de la última. Quien niega la obligación principal desconoce, implícitamente, la accesorio, consecuencial o dependiente.

Por manera, pues, que cuando se ha cumplido el requisito del artículo 6º con respecto a las acciones principales y se acude luego a la vía jurisdiccional acumulando a éstas la que pretenda el pago de indemnización moratoria, el Juez no puede rechazar la demanda invocando la falta de competencia de que antes se habló y el proceso nace y se desarrolla válidamente, por las razones que acaban de expresarse. Como la causal de nulidad que se alega tiene este único fundamento, el cargo no puede prosperar.

Empero, conviene anotar que la dicha acción puede llegar a ser ejercitada en forma independiente, como ocurre, por ejemplo, cuando la entidad obligada ha pagado con retardo. En este caso el derecho del trabajador a demandar el reconocimiento de la indemnización moratoria es indiscutible, pero no es posible presumir, como cuando la acción se ha acumulado a otras, el agotamiento previo del mencionado trámite, y

debe, por consiguiente, ser acreditado en la oportunidad legal.

Finalmente, para completar el estudio de este tema, no sobra advertir que cuando en una demanda judicial se ejercitan varias acciones y el Juez es competente para conocer de algunas por haberse agotado con respecto a ellas el procedimiento gubernativo o reglamentario, y de otras no, por la razón contraria, el fenómeno que se produce no es el de incompetencia y consiguiente nulidad, sino el de una indebida acumulación de acciones por violación de la regla 1ª del artículo 209 del C. J., aplicable por analogía, que afecta el presupuesto procesal "demanda en forma", según reiterada calificación jurisprudencial, y que fuera de permitir la proposición del correspondiente medio exceptivo, inhibe al juzgador para proferir una decisión de mérito.

El cargo no prospera.

Primer Cargo. La sentencia viola, por infracción directa, el literal e) del artículo 11 de la Ley 65 de 1965 y el literal c) del art. 17 de la misma Ley, en relación con los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945, 4º del Decreto 2.127 de 1945, 17 de la Ley 10ª de 1934, 4º de la Ley 149 de 1936, 5º y 11 de la Ley 6ª de 1945, 414, 415, 416, 467, 471, sustituido por el 2º del Decreto 18 de 1958, y 476 del Código Sustantivo del Trabajo, 52 del Decreto 2.127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949.

En su demostración, el recurrente sostiene que es un hecho no discutido en el proceso que Calderón pertenecía al personal administrativo de la Universidad, pues desempeñaba las funciones de Jefe de Contabilidad y Presupuesto; y que como el ordinal e) del artículo 11 de la Ley 65 de 1963 dice expresamente que dicho personal está vinculado a ella por una relación de derecho público, al estimar el Tribunal que las partes habían estado ligadas por un contrato de trabajo, se colocó en rebeldía contra esa norma, infringiéndola directamente.

El ad-quem llegó a esta conclusión con

base en que la propia Universidad había calificado de esa manera el vínculo, pero como el nexo de un trabajador con una entidad oficial es cuestión de orden público que no puede desconocer la administración, la Universidad no podía cambiarlo, y así lo hizo, incurrió en un acto ilegal, nulo, que no produce efecto alguno. "La ley priva sobre cualquier acto administrativo de ínfima categoría, que incidentalmente determina la naturaleza jurídica de un vínculo, contrariamente a lo dispuesto en la norma superior. Basta confrontar lo dispuesto en la ley con la sentencia del Tribunal, para que resalte la infracción directa de aquella, la rebeldía del Tribunal contra la norma expresa y clara".

También infringió directamente el ordinal c) del artículo 17 de la Ley 65 de 1963 que concede al Rector la facultad de remover al personal administrativo, pues esta disposición es incompatible con el régimen contractual. Y como consecuencia de esas infracciones, violó las otras normas comprendidas en el cargo, aplicadas sobre la base de la existencia del contrato de trabajo.

Se estudia:

El impugnador, en la primera parte de la sustentación del cargo, da por establecido que el demandante pertenecía al personal administrativo de la Universidad y a este hecho le otorga el carácter de no discutido para hacer patente la rebeldía del sentenciador contra el literal e) del artículo 11 de la Ley 65 de 1963 y configurar la violación directa de esa norma. Pero la dicha premisa es falsa, porque para que pueda decirse en casación que un determinado hecho es indiscutido no basta la afirmación que el impugnante haga en tal sentido, sino que se requiere, además de la aceptación que éste le dé, que en el fallo se haya tenido como demostrado. Mas esta condición no se cumple en el sub-lite, por no contener la sentencia acusada ese supuesto. Por lo tanto, la infracción directa, examinada por este aspecto, no pudo tener lugar.

Pero es más. El Tribunal llegó a la conclusión de que las partes habían estado ligadas por un contrato de trabajo con fundamento en el análisis que hizo de la prueba de folio 51, como lo revela el siguiente pasaje del fallo:

“El vínculo laboral.— En la comunicación por medio de la cual la entidad demandada manifiesta que ha resuelto poner fin a la relación que la ligaba con el actor, expresamente dice que “la Universidad Nacional ha determinado **no reanudar el contrato...**”. Es la propia demandada, pues, quien en forma inequívoca da razón de cuál es el vínculo que la unía con el demandante Calderón Flórez, un contrato laboral. Ante esta evidencia es innecesario entrar en disquisiciones de fondo para acreditar el contrato de trabajo. Solamente podría agregarse, para mayor evidencia, que las funciones desempeñadas por el actor, trabajo de contabilidad en un organismo descentralizado, caben perfectamente dentro de las excepciones previstas en el artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945”.

Hay, pues, en el fondo de la decisión y como soporte de la misma, una prueba que fue estimada por el fallador y cuya valoración no comparte el recurrente, según se desprende del desarrollo del cargo. La vía escogida para formular el ataque es, por consiguiente, equivocada, pues la violación directa de la ley, como tantas veces se ha dicho, no ocurre a través de la apreciación de pruebas y es independiente de las cuestiones de hecho.

El cargo, en consecuencia, se rechaza.

Segundo Cargo. La sentencia viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 17, en sus literales e) y c), y 15 de la Ley 65 de 1963; 1º, 5º y 11 de la Ley 6ª de 1945, 4º del Decreto 2.127 de 1945, 17 de la Ley 10ª de 1934, 4º de la Ley 149 de 1936, 415, 416, 467, 471, sustituido por el artículo 2º del Decreto 18 de 1958, y 476 del Código Sustantivo del Trabajo; 52 del Decreto 2.127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949; 51 y 61 del Código Procesal del Trabajo y 603, 604, 607 y 632 del Código Judicial, a

consecuencia de los evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador, consistentes “en haber dado por demostrado, sin estarlo, que la Universidad Nacional de Colombia dio razón de cuál era el vínculo que la unía con el demandante Calderón Flórez, y en dar por demostrado, sin estarlo, que entre la Universidad Nacional de Colombia y Ernesto Calderón Flórez existió un contrato de trabajo”. Tales errores proviniéron de la equivocada estimación que hizo el Tribunal del documento que obra a folio 51, o sea el oficio op-15 de junio 11 de 1965 dirigido por el Jefe de Personal al demandante.

El acusador transcribe el mismo aparte de la sentencia que la Sala transcribió al estudiar el cargo procedente y luego lo sustenta así:

“Ahora bien: de acuerdo con el artículo 15 de la Ley 65 de 1963, el Rector de la Universidad es la máxima autoridad ejecutiva de la misma, a la cual representa en todos los órdenes y ante todas las autoridades. Es el Rector, por lo tanto, quien puede comprometer a la Universidad. No se ha demostrado en el juicio que haya delegado esa función en el Jefe de Personal. Mal podía este funcionario calificar la naturaleza del vínculo del demandante con la Universidad, y si así lo hizo en forma incidental, no obliga a la Universidad. Ni es posible afirmar que lleve la representación del patrono, artículo 5º del Decreto 2.127 de 1945, que también señaló como violado, pues de acuerdo con el artículo 11, ordinal e) de la Ley 65 de 1963, la Universidad Nacional de Colombia no es patrono de su personal administrativo, que está ligado a ella por un régimen legal y reglamentario. Por estas razones, la manifestación del Jefe de Personal de la Universidad no puede tomarse como una confesión de la misma, por no ser su representante legal”.

“Tampoco puede considerarse como un documento público, pues no se ha demostrado que entre las funciones de Jefe de Personal esté la de calificar el vínculo, el régimen de los trabajadores al servicio de la Universidad”.

"Al darle al documento que obra a folios 51 un valor probatorio que no tiene, el Tribunal apreció erróneamente esta prueba, e incurrió en el error de hecho manifiesto de dar por demostrado que la Universidad Nacional de Colombia confesó la existencia de un contrato de trabajo con Ernesto Calderón Flórez, y de dar por demostrada la existencia de este contrato, y violó las normas citadas en la enunciación del cargo que regulan las pruebas de confesión y documentos públicos, aplicando indebidamente las normas sustantivas relacionadas, que cobijan situaciones regidas por un contrato de trabajo. El artículo 61 del Código Procesal del Trabajo no autoriza al juzgador para dar mérito probatorio a un medio que no lo tiene, y que ni siquiera puede considerarse como tal, por no ser confesión ni documento público".

Se considera:

El fallo acusado, como resalta del pasaje transcrito, deriva dos conclusiones de la prueba singularizada en el cargo: una, que es la propia Universidad la que hace las manifestaciones en ella contenidas; y la otra, que la calificación que hace del vínculo tiene mérito suficiente para acreditar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes. El ataque se construye sobre la base de la primera apreciación y todo el esfuerzo se endereza a destruirla, en el entendimiento, inobjetable, de que al lograrse ese propósito la segunda deducción quedaría también sin fundamento. Pero no previó el recurrente, para el evento de que la acusación por el aspecto aludido no tuviera éxito, que el otro soporte, aún aceptando como válido el primero, podía ser impugnado independientemente y que este camino también permitía obtener los fines perseguidos. Lo dejó, pues, sin atacar y la Sala no puede revisarlo oficiosamente. En consecuencia, el examen de la prueba se hará con sujeción a los planteamientos del cargo y dentro de las limitaciones impuestas por éste.

Expresa el artículo 5º del Decreto 2.127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, que "se consideran represen-

tantes del patrono, y en tal carácter obligan a éste en sus relaciones con los demás trabajadores, los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco, mayordomos de haciendas, y, en general, las personas que en nombre de él ejerzan funciones de dirección o administración, así como los puros intermediarios que contratan los servicios de otras personas para ejecutar algún trabajo en beneficio del patrono, y por cuenta exclusiva de éste". Esta norma, como la similar del Código Sustantivo del Trabajo, distinguida con el número 32, ha sido interpretada por la jurisprudencia, de manera constante y reiterada, en el sentido de que las personas que ella menciona constituyen simples ejemplos enumerativos de empleados que ejercen funciones de dirección y administración, que se distinguen porque ocupan una especial posición jerárquica en la empresa con facultades disciplinarias y de mando, y están en función no simplemente ejecutiva, sino orgánica y coordinativa; por lo tanto, están dotados de cierto poder discrecional de autodecisión y ejercen funciones de enlace entre las secciones que dirigen y la organización central. Dentro de esta categoría de empleados encaja perfectamente el Jefe de Personal y tiene él, por consiguiente, la calidad indiscutible de representante del patrono en sus relaciones con los demás trabajadores. Esta representación tiene un carácter especialísimo y es distinta, obviamente, de la legal que el impugnante predica del Rector de la Universidad, conforme a lo dispuesto en los preceptos que invoca. Se desarrolla aquella en un campo muy limitado, estrictamente laboral, pero vincula y obliga al empleador, de quien se estiman provenientes los actos ejecutados por tales funcionarios y los documentos suscritos por ellos.

La prueba en cuestión, que contiene la nota por medio de la cual se hace conocer del demandante la voluntad de no reanudar el contrato y se le da el preaviso pactado en la Convención Colectiva de Trabajo, se halla firmada por persona que dice tener la condición de Jefe de Personal de la Universidad y refrendada con el sello de la respectiva sección de ese instituto, y obró en juicio con conocimiento de la parte obli-

gada sin que hubiese sido objetada o redargüida de falsa, por lo cual se operó sobre ella el reconocimiento tácito de que trata el artículo 645 del C. J., aplicable por analogía. Además, el dicho documento fue reconocido expresamente por la Universidad durante el trámite de la reclamación administrativa, como se desprende del texto de la Resolución número 187 de 22 de julio de 1965, visible a folios 61 y 62 del expediente.

En consecuencia, cuando el Tribunal atribuyó a la demandada las manifestaciones que aparecen en la referida documental no hizo una equivocada estimación de ella, ni incurrió en los errores de hecho que le imputa la censura.

El ataque examinado tampoco prospera.

Tercer Cargo. La sentencia viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 17 de la Ley 10ª de 1934, 4º de la Ley 149 de 1936, 5º y 11 de la Ley 6ª de 1945, 52 del Decreto 2.127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949, a consecuencia del evidente error de hecho en que incurrió el sentenciador al dar por demostrado, sin estarlo, que las funciones desempeñadas por Daniel Nariño y Ernesto Calderón Flórez eran semejantes, y que, en consecuencia, el salario debería ser igual. Tal error tuvo su causa en la falta de estimación del acta de posesión de Calderón Flórez (f. 45) y en la equivocada apreciación de las documentales de folios 42, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 55 y 56.

En su demostración el recurrente expresa:

“En el documento que obra a folio 46, el Auditor Fiscal de la Universidad objeta el pago de la nómina de marzo de 1965 por considerar que hay dos funcionarios nombrados para el mismo cargo. No dice en ese oficio que ambos desempeñen funciones semejantes; por el contrario, en el mismo documento dice el Auditor que uno de los dos empleados no tiene funciones: “El suscrito Auditor desea en vía de información comunicarle al señor Síndico que el artículo 65 de la Constitución Nacional prohíbe

terminantemente el nombramiento de funcionarios, si antes no se le han determinadas funciones y deberes perfectamente definidos; en el caso que comentamos uno de los dos funcionarios se encuentra ubicado dentro de esta prohibición”.

“De donde deduce el Tribunal que ese documento prueba la semejanza de funciones? Si el representante de la Contraloría afirma que uno de los funcionarios no tiene funciones, no es posible deducir la semejanza de quién las tiene con quien carece de ellas”.

“En el documento que aparece a folios 48 y 49 certifica el Auditor que hay unos avances de fondos firmados por Nariño y Calderón, ambos como Jefes de Contabilidad. ¿Quiere decir esto que todas las funciones desempeñadas por ambos eran semejantes? A lo sumo significa que tenían una función común”.

“Pero en donde más se demuestra la errónea apreciación del Tribunal es al analizar el documento que obra a folio 47. Refiriéndose a esta prueba dice el Tribunal que con posterioridad al establecimiento del nuevo cargo y posesión de quien lo desempeñó, la Universidad procuró diferenciar los empleos mediante el uso de distintos títulos. El nuevo cargo fue creado por acuerdo número 30 de 11 de febrero de 1965 (fl. 42). El nombramiento del señor Daniel Nariño se hizo por Resolución Nº 36 de 5 de marzo de 1965 y tomó posesión el 16 de marzo de 1965 (fl. 43). En el acta de marzo 4 de 1965 (fl. 47), se cambió la denominación de Jefe de Contabilidad. Como puede observarse, antes de tomar posesión Nariño del nuevo cargo, ya se le habían quitado funciones a Calderón Flórez y se le había cambiado la denominación del cargo. Por otra parte, el Consejo Superior Académico, en la misma acta, dispuso que la clasificación del cargo creado sería de Jefe de Sección de Administración Financiera o de Servicios III, (fl. 47), y el cargo de Calderón Flórez era de Jefe de Contabilidad y Presupuesto III, adscrito a las dependencias Dirección-Contabilidad, (fl. 45), prueba cargo (sic) que no apreció el Tribunal. Además, el cargo de

Nariño se adscribió a Dirección-División Financiera”.

“Del conjunto de estas pruebas se deduce que los cargos desempeñados por Nariño y Calderón eran diferentes, y así debió entenderlo la Auditoría desde el momento en que autorizó el pago de ambos sueldos (fls. 55 y 56)”.

“Es de observar que la denominación del cargo no es lo importante para determinar la semejanza de funciones. Pero me he referido a ellas por cuanto son fundamento de la decisión del Tribunal. En realidad, la semejanza de funciones no se ha demostrado”.

La Corte considera:

El casacionista limita el análisis de las pruebas reseñadas a los apartes de ellas que considera favorables a sus puntos de vista y, dentro de ese propósito, las mutila o cercena, omitiendo hacer referencia a otros aspectos destacados por el fallador y en los cuales fundó su decisión. Así, de la nota que el Auditor Fiscal dirige al Síndico Administrador de la Universidad (f. 46), solamente toma en cuenta la parte final en donde se alude a la prohibición consagrada en el artículo 63 de la Constitución Nacional, pero no advierte que antes se ha expresado que en la nómina objetada figuran Nariño y Calderón en cargos similares, que el último ha venido ejerciendo las funciones de Jefe de Contabilidad y Presupuesto desde el año de 1960, que en la práctica los dos empleados desempeñan el mismo cargo y que “es éste el caso que se quiere relieves por cuanto es administrativa y fiscalmente inaceptable que para un solo cargo existan simultáneamente dos funcionarios”. Ese oficio fue contestado con la transcripción del acuerdo número 49 de 4 de marzo de 1965, emanado del Consejo Superior Universitario (f. 47), por medio del cual se le hicieron variaciones a la denominación del cargo, pero lo cierto es que los dos empleados continuaron, de manera simultánea, desempeñando las funciones de Jefe de Contabilidad hasta el 21 de julio de 1965, fecha en la que se desvinculó Calderón, según lo

acreditan las documentales de folios 48 y 49, que informan que los Avances y Transferencias de Fondos fueron firmados indistintamente, durante ese lapso, por Nariño y Calderón en la expresada calidad; y las de folios 55 y 56, que dan cuenta de los sueldos que tanto el uno como el otro percibieron mientras ejercieron aquellas mismas funciones.

Si el *ad-quem* dedujo de las probanzas examinadas que los dos empleados desempeñaron funciones semejantes, no puede decirse que las apreció equivocadamente ni calificarse de errónea la conclusión a que llegó. Con mayor razón si se tiene en cuenta que él, como juzgador de instancia, gozaba de absoluta libertad en la estimación del material probatorio y que, aún en situaciones dudosas, puede decidirse por el extremo que más lo convenza, sin que su juicio sea susceptible de reparos en casación.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

Cuarto Cargo. La sentencia viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 11 de la Ley 6ª de 1945, 52 del Decreto 2.127 del mismo año y 1º del Decreto 797 de 1949, a consecuencia del evidente error de hecho en que incurrió el fallador por el Tribunal Superior de Cali contra los al haber dado por demostrado, sin estarlo, “que la Universidad Nacional de Colombia obró sin justificación alguna al no acceder a las peticiones del demandante, principalmente en cuanto a la petición sobre nivelación de salarios, y en no haber dado por demostrado, estándolo, que la Universidad Nacional de Colombia obró de buena fe al no acceder a las peticiones de la demanda”. Tal error se originó en la equivocada apreciación de la solicitud hecha por el demandante a la Universidad (fls. 57 a 60), de la Resolución número 187 de 1965 (fls. 61 a 62) y del documento de folio 47.)

“El Tribunal deduce la posición injustificada de la Universidad en no acceder a las peticiones —sostiene el recurrente—, en que estas fueron solicitadas por el demandante y las negó sin dar razón alguna para

rechazarlas. Sin embargo en la Resolución N° 187 de 1965 se dijo que se negaban las demás peticiones del recurrente, por no encontrarse ajustadas a la realidad, y esta era suficiente, pues la petición sobre nivelación de salarios no tenía respaldo alguno en los hechos, pues la Universidad siempre sostuvo que eran diferentes los cargos desempeñados por Nariño Pinzón y Calderón Flórez (f. 47). Es necesario observar que el Tribunal no cita esta prueba, pero se refiere a ella cuando dice que la Universidad trató de cambiar la denominación de los cargos con posterioridad a la posesión de Nariño (f. 160), de ahí que la señale como erróneamente apreciada”.

“De modo que la Universidad sí tenía razones de hecho para negar las peticiones de la demanda. Y en cuanto a las razones legales, basta con leer el Art. 11, ordinal e) de la Ley 65 de 1963, para concluir que la Universidad obraba de buena fe al negar peticiones que se fundamentaban en la existencia de un contrato de trabajo. Todo esto demuestra que la Universidad obró de buena fe, y que al condenarla a la indemnización por mora, el Tribunal violó los Arts. 11 de la Ley 6ª de 1945, 52 del Decreto 2.127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949”.

Se examina el cargo:

La decisión del Tribunal, en punto a la indemnización moratoria, tiene la siguiente fundamentación:

“De acuerdo con lo previsto en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, al no cubrir la Universidad, bien las bonificaciones a que se había hecho acreedor el demandante, ora y principalmente los salarios por razón de reajuste por nivelación de sueldos a que el mismo tenía derecho, al cabo de los noventa días de finalizado el vínculo laboral, se hizo acreedora a la sanción allí prevista”.

“Conviene advertir, en cuanto al mentado reajuste, que el actor, antes de la finalización del vínculo, observó clara y detalladamente esta irregularidad, y formuló el reclamo correspondiente (fls. 57 a 60), y que

la Universidad, luego de dejar expresa constancia de ese reclamo (considerando 2º Resolución N° 187 de 1965, fl. 61), lo rechazó sin dar la menor razón de tal proceder. Su conducta, así, ante la ley, no tiene justificación alguna. Se confirmará, por ende, la decisión del a-quo”.

Resalta, de lo anterior, que la prueba de folio 47 no constituye soporte del pronunciamiento atacado, por lo cual no pudo ser objeto de mala apreciación por parte del fallador como lo predica la censura. Este defecto no se subsana por la circunstancia de que hubiese sido estimada para decidir otros extremos de la *litis*, pues tal pretensión es contraria a la técnica que gobierna el recurso.

El documento de folios 57 a 60 contiene la reclamación directa que el demandante formuló a la Universidad, entre otros conceptos, por diferencia de salarios y bonificación convencional. Esto fue lo que dedujo el sentenciador de esa prueba, luego no puede imputársele una equivocada apreciación de ella. Lo propio cabe decir de la estimación que hizo de la Resolución número 187 de 22 de julio de 1965, mediante la cual se dio respuesta a aquellas peticiones, por cuanto resulta evidente que la razón aducida para negarlas, consignada en la laconica frase “por no encontrarse ajustadas a la realidad”, no es suficiente para justificar su renuencia ni demostrativa, por sí sola, del elemento buena fe que la jurisprudencia ha admitido como factor exonerante de la sanción moratoria. Esas razones pueden encontrarse en otros medios probatorios allegados a los autos, pero no comprendidos dentro de la acusación que se examina.

Con respecto a los motivos que el impugnador denomina “legales”, debe observarse que en las pruebas analizadas no aparece invocado alguno de esta índole. La Universidad no alegó la inexistencia del contrato de trabajo como fundamento del rechazo que dió a las solicitudes del actor, ni hizo alusión alguna a lo estatuido en el literal e) del artículo 11 de la Ley 63 de 1965; todo lo contrario, el texto de la Re-

solución permite entender que las peticiones fueron resueltas sin desconocer el vínculo contractual laboral, si no afirmando categóricamente, al menos insinuado por el reclamante.

De las pruebas singularizadas no surgen los manifiestos errores de hecho que se imputan al sentenciador y el cargo, de consiguiente, no prospera.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE

Persigue la casación parcial de la sentencia, en cuanto revoca los literales a) y c) del numeral segundo de la de primer grado, para que, obrando la Corte en función de instancia, confirme los pronunciamientos del *a-quo* en los dichos literales, que condenan a la Universidad a pagar \$ 42.000.00 por concepto de la indemnización consagrada en el artículo décimo-quinto de la Convención Colectiva de Trabajo vigente, y \$ 2.100.00 por primas de navidad, respectivamente.

La acusación se concreta a un solo cargo, formulado con apoyo en la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, el cual se procede a resolver:

Cargo Unico. El fallo viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 11 de la Ley 6ª de 1945, 3º de la Ley 64 de 1946, 19, 26, 43, 50 y 51 del Decreto 2.127 de 1945, 3º, 467, 468, 469, 470, 471 (arts. 1º y 2º del Decreto 018 de 1958) y 476 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de los evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador por haber apreciado equivocadamente las siguientes pruebas:

a) Las Convenciones Colectivas de Trabajo que obran a folios 11 a 40, suscritas entre la Universidad Nacional de Colombia y el Sindicato de sus Trabajadores; b) La constancia del Tesorero del Sindicato (f. 41) y la diligencia de su reconocimiento (f. 116); c) La comunicación OP-15 de junio 11 de 1965; d) Las copias de las Resoluciones 322 y 187 de 1965, emanadas de la Rectoría de la Universidad y del Consejo Superior Uni-

versitario, respectivamente; e) La copia de la Resolución N° 536 de 19 de julio de 1965, por la cual se concedió una licencia de 10 días a Calderón; y f) El certificado sobre servicios de folio 54.

Los errores de hecho consistieron en:

"1) Dar por demostrado, sin estarlo, que la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA dio preaviso con sesenta días de antelación al señor ERNESTO CALDERON FLOREZ para terminar el contrato de trabajo que vinculaba a las partes".

"2) Dar por demostrado, sin estarlo, que ERNESTO CALDERON FLOREZ recibió el valor de once (11) días de salario por concepto de igual período faltante del preaviso que ha debido cumplir la UNIVERSIDAD NACIONAL para poder terminar unilateralmente el contrato de trabajo al vencimiento del plazo presuntivo".

"3) Dar por demostrado, sin estarlo, que la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA dio cabal cumplimiento a la cláusula décimo-sexta de la Convención Colectiva de Trabajo vigente mediante el preaviso en tiempo de sesenta (60) días o el pago de su equivalente en dinero, simultáneamente con la notificación de la providencia respectiva".

"4) Dar por demostrado, sin estarlo, que no hubo despido injusto e ilegal del señor ERNESTO CALDERON FLOREZ por parte de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA".

"5) No dar por demostrado, estándolo, que las Convenciones Colectivas de Trabajo celebradas entre la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA y el SINDICATO DE SUS TRABAJADORES el veinte (20) de diciembre de mil novecientos sesenta y uno (1961), el veintiuno de marzo de 1963 (1963) y el primero (1º) de diciembre de 1964 (1964), aprobadas por el Consejo Superior Universitario mediante Acuerdos, como el N° 119 de diciembre tres (3) de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), consagran el derecho a la estabilidad en el empleo

para los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados que contribuyan con sus cuotas a la Tesorería de dicha organización sindical”.

“6) No dar por demostrado, estándolo, que en las convenciones Colectivas de Trabajo mencionadas en el punto inmediatamente anterior y desde la suscrita el veinte (20) de diciembre de mil novecientos sesenta y uno (1961) se consagró en favor de los trabajadores que lleven al servicio de la UNIVERSIDAD NACIONAL más de diez (10) años y fuesen despedidos en forma ilegal y sin justa causa una indemnización equivalente a diez (10) meses de salario; y la obligación a cargo de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA de dar al trabajador que tenga más de diez (10) años de servicio un preaviso de sesenta (60) días en tiempo o su equivalente en dinero en los casos en que la entidad demandada resolviera no reanudar el contrato de trabajo a la terminación del plazo presuntivo”.

“7) No dar por demostrado, estándolo, que en las mismas Convenciones se consagró el derecho para los trabajadores de la UNIVERSIDAD NACIONAL a la prima de navidad equivalente a un mes de sueldo para quienes devenguen salarios hasta de UN MIL PESOS (\$ 1.000.00) mensuales y de UN MIL PESOS (\$ 1.000.00) como suma fija para quienes devenguen más de MIL PESOS (\$ 1.000.00) mensuales de sueldo, prima que se liquidará con base en el salario devengado por el trabajador en treinta (30) de noviembre y en proporción a los meses servidos”.

“8) No dar por demostrado, estándolo, que la propia Universidad Nacional de Colombia al resolver sobre el reclamo presentado por el señor ERNESTO CALDERON FLOREZ reconoció por medio de la Resolución 187 de 1965 (julio 22), que el preaviso de que trata la cláusula décima-quinta de la Convención Colectiva de Trabajo vigente no fue notificada legalmente con fecha primero (1º) de junio de mil novecientos sesenta y cinco y que, por tal motivo, dispuso el reconocimiento de once

(11) días de salarios que deben pagarse al reclamante para suplir la falta anotada”.

“9) No dar por demostrado, estándolo, que la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA tampoco cumplió con lo ordenado en la Resolución 187 de 1965, habiéndose abstenido hasta la fecha de pagar a ERNESTO CALDERON FLOREZ los salarios de los once (11) días que, según la providencia citada, faltaban para cumplir el preaviso de los sesenta (60) días establecidos en la cláusula décima-quinta de la Convención Colectiva de Trabajo vigente”.

“10) No dar por demostrado, estándolo, que el Sr. ERNESTO CALDERON FLOREZ se hizo acreedor a la prima de navidad en proporción a los siete (7) meses corridos del año de 1965 por haber prestado sus servicios a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA del primero (1º) de enero al veinte (20) de julio de mil novecientos sesenta y cinco (1965), como consta en los documentos ya analizados”.

“11) No dar por demostrado, estándolo, que la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA no ha cancelado hasta la fecha a favor del señor ERNESTO CALDERON FLOREZ lo correspondiente a la prima de navidad proporcional al tiempo servido durante el año de mil novecientos sesenta y cinco (1965)”.

“12) No dar por demostrado, estándolo, que en la demanda por medio de la cual se dio base para que iniciara el juicio, no se solicitan primas de servicio, como equivocadamente lo expresó el H. Tribunal, sino la proporcional de que trata la Convención Colectiva de Trabajo vigente”.

El recurrente, al singularizar las pruebas, hace un análisis de ellas explicando qué es lo que cada una demuestra, para deducir luego los errores que imputa al fallador por no haberlas apreciado en la forma que estima correcta.

La demandada niega la comisión de los errores de hecho enunciados y se opone, en consecuencia, a la prosperidad del cargo.

Para resolver, se considera:

De las probanzas reseñadas el Tribunal infirió que Calderón Flórez estaba amparado por la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Universidad y el Sindicato de Trabajadores de la misma y que había prestado sus servicios por un término superior a diez años; que el último período presuntivo del contrato vencía el 31 de julio de 1965; que, de conformidad con la Cláusula Décima-Sexta de la Convención entonces vigente, la Universidad estaba obligada a darle un preaviso de sesenta días, o su equivalente en dinero, en caso de que decidiera no reanudar el contrato; que dicho preaviso fue decretado, pero su notificación solo vino a hacerse cuando ya habían transcurrido once días del mismo; y que, en vista de esta circunstancia, la Universidad dispuso reconocerle en dinero el valor de los salarios correspondientes a ese lapso, con lo cual dio cabal cumplimiento a la cláusula convencional, pues ésta no exige que el preaviso deba darse íntegramente en dinero o en tiempo. Hasta aquí, no aparece que el sentenciador hubiese hecho una equivocada apreciación de las pruebas ni incurrido en ninguna clase de error, ya que sus deducciones están en completo acuerdo con las que hace el recurrente, salvo en cuanto reconoce validez al preaviso dado en forma que pudiera denominarse mixta, es decir, parte en dinero y parte en tiempo. Pero, aún ante esta discrepancia, no podría hablarse de error evidente, pues es incuestionable que la Convención no prohíbe al patrono adoptar esa conducta ni ella contraría los fines perseguidos con la referida estipulación. Y si, en gracia de discusión, se situara el tema en el campo de la duda, tal supuesto sería suficiente para descartar la comisión de un error de la expresada calidad.

Sin embargo, sí incurrió el *ad-quem* en manifiesta y protuberante equivocación cuando dedujo de las pruebas dichas, y especialmente de la Resolución 187 de 1965, que la Universidad había pagado, para completar el preaviso, los once días de salario comprendidos entre el 1º y el 11 de junio del año que se acaba de citar. La mencionada Resolución se limitó a disponer el re-

conocimiento de esos salarios, pero no es demostrativa de que el pago correspondiente se hubiese realizado. Las restantes pruebas tampoco acreditan que el trabajador haya recibido suma alguna por ese concepto, no obstante que desde la demanda inicial fue afirmado el hecho del no pago sin desconocerse la existencia de la aludida Resolución.

De consiguiente, la conclusión final del fallador, en el sentido de que no hubo ruptura ilegal del contrato, también es equivocada, y como este error incidió en la parte dispositiva de la sentencia, con violación de las respectivas normas citadas en el cargo, éste debe prosperar en el aspecto examinado.

Mas es otro el resultado en cuanto a su segunda parte. El Tribunal no hizo pronunciamiento sobre "Prima de Navidad", porque entendió, lo mismo que el Juzgado, que lo pedido en la demanda era "Prima de Servicios", y denegó ésta, revocando la decisión del *a-quo*, con fundamento en que "los trabajadores de las entidades públicas no tienen esta prestación". El error, en la hipótesis de que hubiese existido, no provino, por tanto, de una errada estimación de las pruebas que la censura individualiza, sino de la apreciación equivocada del libelo con que se inició el pleito. Como esta pieza procesal se dejó por fuera de la acusación, deviene evidente el fracaso del ataque por haber sido deficientemente formulado.

Pero si por amplitud se admitiera que de la referida prueba también se predica defectuosa apreciación, por la referencia que a ella se hace al señalar uno de los errores de hecho consignados en el cargo, cabe destacar que el dicho error no ostentaría el carácter de manifiesto o evidente por cuanto la demanda no exhibe claridad en ese punto y tanto puede ser interpretada en un sentido como en el otro. En efecto, por medio de la respectiva petición se pretende obtener "el valor de las primas causadas en el año de mil novecientos sesenta y cinco (1965) con base en un salario de CUATRO MIL DOSCIENTOS PESOS (\$ 4.200.00) mensuales", pero no se determina si las pri-

mas que se reclaman son “de navidad” o “de servicios”, con el agravante de que, en el mencionado escrito tampoco se indicó la **causa petendi** de esta súplica, es decir, las razones de hecho en que se fundaba el derecho demandado, las cuales habrían servido para ilustrar al juzgador acerca de la verdadera intención del promotor de la **litis**. La propia conducta del recurrente al guardar silencio frente a la condena del **a-quo** por concepto de “prima de servicios” —que debió ejercer decisiva influencia en el **ad-quem** para la calificación de lo pedido—, constituye un motivo más para justificar la interpretación que hizo de la demanda.

Podría agregarse todavía que, aún en el evento de que el ataque estuviera fundado, esto es, que se hubiese demostrado la comisión de un evidente error de hecho, la sentencia no habría podido ser casada por la Corte, ya que, en función de instancia, en virtud del principio de la “**reformatio in pejus**”, como acertadamente lo anota el opositor, no le sería permitido introducirle la modificación pretendida, por haber sido la demandada la única apelante y no contener el fallo de primer grado condenación por el extremo de “prima de Navidad”.

El cargo, en consecuencia, prospera parcialmente. Pero no dará lugar a la casación de la sentencia en lo relativo a costas por no aparecer consignada esta aspiración del recurrente en el alcance de la impugnación, pues la Corte no puede exceder los límites que aquel le ha trazado en ese capítulo de la demanda. No significa esto, en manera alguna, que se haya abandonado el reiterado criterio de que en este recurso extraordinario no son admisibles cargos en relación con las costas por tener éstas un carácter accesorio y no tratarse de derechos consagrados en normas sustantivas. La casación del fallo en lo tocante a este aspecto se impone como consecuencia de la prosperidad de los cargos, pero para que la Sala pueda proveer en ese sentido es necesario que medie solicitud del interesado, pues, de lo contrario, habrá de entenderse que hay conformidad con lo resuelto en las instancias sobre este extremo.

Consideraciones de instancia

Se dijo, al estudiarse el cargo, que la Universidad no había dado al trabajador, en debida forma, el preaviso pactado en la Cláusula Décima-Sexta de la Convención Colectiva y que, por consiguiente, fue ilegal su decisión de no reanudar el contrato. Como en la Cláusula Décima-Quinta de la misma Convención se estipuló que el aludido instituto pagaría al trabajador despedido ilegalmente una indemnización equivalente a diez meses de salario cuando su tiempo de servicios fuere de diez años o más y el demandante Calderón Flórez se encuentra dentro de esta situación, según lo acredita el documento de folio 54, surge con absoluta claridad el derecho de éste a percibir la mencionada indemnización. Y como el sentenciador de primer grado dedujo condena por este concepto, en cuantía de \$ 42.000.00, suma que resulta de multiplicar el expresado número de meses por \$ 4.200.00, que es el valor del último salario demostrado en el proceso, tal decisión será confirmada por la Sala.

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 en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha diez de julio de mil novecientos sesenta y siete, en cuanto revocó el literal a) del numeral Segundo de la de Primer grado, por el cual se condenó a la Universidad Nacional de Colombia a pagar a Ernesto Calderón Flórez la suma de Cuarenta y dos mil (\$ 42.000.00) pesos M/Cte. por concepto de la indemnización consagrada en la Convención Colectiva de Trabajo vigente, y, en función de instancia, **CONFIRMA** la referida condena. No la casa en lo demás.

Las costas del recurso de la parte demandada son de su cargo. Sin costas para el demandante recurrente.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA “GACETA JUDI-

CIAL" Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Alvaro Díaz-Granados G., Conjuez. Ignacio Reyes Posada, Conjuez.

Alejandro Córdoba Medina. Salvo el Voto,

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO ALVARO DIAZ-GRANADOS

GOENAGA

Couture (1) cataloga el agotamiento de la vía administrativa entre los presupuestos procesales de la pretensión. Devis Echandía (2) participa de esta enseñanza. La doctrina entiende por presupuestos procesales de la pretensión "los requisitos para que el Juez pueda proveer de fondo o mérito, es decir, resolver si el demandante tiene o no el derecho pretendido, y el demandado, la obligación que se le imputa (3). Si no se consuma previamente el trámite gubernativo, la pretensión —definible como "la autoatribución de un derecho y la petición de que sea tutelado" (4)— es inadmisibile. Excepto en el caso de que exista regulación expresa que permita examinarla *in limine litis*, la falta del requisito de que se trata debe detectarse sólo en sentencia inhibitoria, al final del proceso, con evidente detrimento de su economía. Es deseable, por tanto, que, en donde no exista, el legislador adopte la regulación para que el proceso se ahorre, pues que al intérprete le está vedado inventarla aún por razones de sana conveniencia.

Es objeto que el artículo 6º del Código Procesal del Trabajo emplea la palabra acción por pretensión. Porque acontece que "la acción, como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre: con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aún antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal; existe aún cuando no se ejerza efectivamente (5). Es obvio, asimismo, que refiere su exigencia de agotamiento previo a la pretensión como tal, como requisito o

condición o presupuesto para que el Juez adquiera la posibilidad de otorgar o negar el derecho que autopretende que se le tutele; no a ningún factor de competencia.

Desde luego, la pretensión tampoco es el derecho. Es factible —ocurre cada rato— que se pretenda un derecho inexistente; frecuentemente se deducen pretensiones infundadas. No parece sostenible que el citado artículo 6º parta del supuesto de que el derecho existe. Si ello fuere así, deberían declararse fundadas todas las demandas que se formulen contra las entidades de derecho público, las personas administrativas autónomas y las instituciones de derecho social, después de haberse agotado la vía gubernativa respecto de ellas.

De otra parte, ni el Código mencionado, ni el Judicial, ni el Contencioso-administrativo, a los cuales debe acudir, en defecto del primero, en virtud del principio de integración de las normas procesales, contiene instrumento procesal idóneo para debatir *in limine litis* el punto que se cuestiona.

—Consecuentemente, en acuerdo con Couture y Devis Echandía, no comulgo con ninguna de las tesis que sobre él registra la sentencia de que discrepo, ni siquiera de la que sustenta con notorio brillo.

Antes de finalizar, debo apuntar, como cosa un poco marginal, que no creo que, en pro de la tesis del "factor de competencia" sea de recibo sostener que, mientras ésta no la adquiera el Juez del Trabajo, la tiene la entidad de derecho público, la persona

administrativa autónoma o la institución de derecho social correspondiente, por la potísima razón de que una de las partes del conflicto no puede ser, al mismo tiempo, el Juez del mismo. Por manera que, con dicha tesis, sí parece que, en el interregno, este conflicto se queda sin Juez que lo resuelva, lo que es absurdo.

En lo restante, estoy de acuerdo.

Alvaro Díaz-Granados Goenaga, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

(1) Fundamentos del Derecho Procesal Civil, obra póstuma, 1958, págs. 105 y s.s.

(2) Tratado de Derecho Procesal Civil, tomo I, 1961, páginas 439 y s.s.

(3) Devis Echandía, obra, tomo y págs. citados.

(4) Couture, obra citada, páginas 72 y s.s.

(5) Couture, obra citada, páginas 68 y s.s.

TRANSITO DE UNA LEGISLACION A OTRA

De acuerdo con el artículo 40 de la ley 153 de 1887, "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera.- Bogotá, D. E., octubre diez y siete de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina).

(Acta N° 62).

El presente fallo se dicta para resolver el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Industrias de Cromados Limitada contra la sentencia de fecha veintitrés (23) de octubre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, en el juicio seguido por Leopoldo Ocampo M. contra la recurrente.

ANTECEDENTES

Leopoldo Ocampo M. solicitó en libelo de veintiocho (28) de abril de mil novecientos sesenta y siete (1967), que la sociedad, Industrias de Cromados Limitada fuese condenada a pagarle algunas sumas por auxilio de cesantía, primas de servicios, vacaciones, remuneración por descanso en domingo y festivos nacionales y religiosos, indemnización por despido injusto, indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones, pensión especial de jubilación y costas del juicio.

Los hechos de la demanda fueron expresados así:

"1°. Trabajó al servicio de la sociedad FABRILES METALICAS LTDA., contratado

por el señor Hermesindo Dapena Gil, compañía de la cual eran socias las señoras Dolores Restrepo viuda de Botero, suegra de ésta y Soledad Botero de Dapena, esposa del señor Hermesindo Dapena Gil. Pero sólo últimamente ha tenido conocimiento de ese hecho, pues el señor Dapena contrató mis servicios y en todo momento se comportó como mi patrono, sin declarar su calidad de simple intermediario.

"2°. Mis servicios a Fabriles Metálicas Ltda., como agente vendedor, se iniciaron a principios del año de 1953 y los presté en forma continua y permanente hasta la disolución y liquidación de la sociedad.

"3°. Operada la disolución de la sociedad Fabriles Metálicas Ltda. y en estado de liquidación, lo que ocurrió en el mes de agosto de 1960, continué laborando en el cobro de la cartera, mediante remuneración a comisión, bajo las órdenes del mismo, señor Hermesindo Dapena Gil, quien era el liquidador, según se acreditará, por espacio de cuatro meses, sin interrupción alguna, y al cabo de los cuales sin solución de continuidad pasé a trabajar para la firma Industria de Cromados Ltda., que fundara el señor Hermesindo Dapena Gil, como mayor accionista y el Sr. Manuel J. Restrepo V.

"4°. La firma Industria de Cromados Ltda. (Inducromo) compró la maquinaria necesaria a la sociedad Fabriles Metálicas Ltda. y continuó funcionando en el mismo local y dedicada al mismo giro de negocios, es decir, que existió una verdadera sustitución patronal, continuando en la misma industria varios trabajadores de Fabriles Metálicas Ltda.

"5°. Mis labores con Industria de Cromados Ltda. se iniciaron en el mes de febrero de 1961, cuando aún no se habían llenado los trámites de constitución de la sociedad, pero ya se habían iniciado operaciones.

"6°. Ocorre que tenía celebrado otro contrato de trabajo con la sociedad Fábrica de Muebles Limitada (Fametal) de la cual es partícipe el señor Hermesindo Dapena Gil, de la cual fuí despedido. Me vi en la necesidad de presentar demanda contra el señor Dapena y otras personas más para hacer valer mis derechos laborales, juicio que cursa en el Juzgado Tercero Laboral Municipal.

"7°. Como era de esperarse, mis patronos en Industria de Cromados Ltda. reaccionaron en contra del suscrito por la demanda, que considero justa, y empezó el bloqueo del suscrito en Industria de Cromados Ltda. Así se enviaron agentes a invadir las zonas que yo atendía, a partir de febrero del año en curso, tales como Hernán Escobar y Vicente Dapena Limeres. Desde la iniciación de mis servicios para Industria de Cromados Limitada, se me hacían avances a comisiones para poder iniciar las correrías. Pero después de la demanda se me negaron sistemáticamente los avances.

"8°. Llegó a tal extremo la persecución que se desató en mi contra por parte de Industrias de Cromado Ltda., que no se hacían todos los despachos solicitados y en tal virtud rebajaron en forma considerable las comisiones. Así no obstante que los pedidos no mermaron sino que aumentaron, los despachos sí mermaron. En efecto, de enero a marzo 31 de 1966 se me pagó por comisiones \$ 7.133.00, según relación que acompaño. En ese mismo lapso de 1967, mis comisiones sólo ascendieron a \$1.384.61, no obstante repito, los pedidos en vez de rebajar se aumentaron. Quedé con un sueldo de hambre; me despidió el señor Dapena de otra de sus empresas: Fábrica de Muebles Metálicos Ltda. y por la demanda, se me coloca en condiciones de despido, por violación manifiesta del contrato de trabajo.

"9°. El mismo señor Manuel Restrepo me manifestó por teléfono que en vista de la demanda contra don Hermesindo Dapena Gil, sería bloqueado inmisericordemente en Inducromo Ltda. hasta obtener mi retiro, lo que en realidad ocurrió.

"10°. Cumplía las funciones de agente viajero y obtenía un promedio de \$ 3.000.00 mensuales con la firma Industria de Cromados Ltda.

"11°. Sin haberse presentado solución de continuidad en mis servicios, se me hizo una liquidación de prestaciones en el mes de noviembre de 1962, la que ningún valor tiene en cuanto a la cesantía, pues no se hizo con las formalidades legales.

"12°. Reclamé ante la Regional del Trabajo, el 28 del corriente año, para que se solucionara mi problema, sin resultado favorable y por el contrario, se me suspendieron las correrías.

"13°. Trabajaba todos los días hábiles de la semana, sin obtener remuneración alguna por descanso en domingo y festivos nacionales y religiosos".

El apoderado de la sociedad demandada manifestó que no le constaban algunos hechos y que no eran ciertos los restantes, afirmó que el demandante se había retirado en alguna época de la empresa, por lo cual recibió el valor de sus derechos, y que después de algunos meses había regresado a su labor; que el objeto de la cita en la oficina del trabajo no había sido otro que el de obligar a la empresa a que le hiciera préstamos sin sujeción a la ley; aseveró que no se habían suspendido las correrías, que el señor Ocampo rompió intempestivamente el contrato de trabajo y que se había llevado algunos pedidos hechos por los clientes, de tal manera que la empresa solamente conoció el retiro por la notificación de la demanda.

En reconvencción, Industrias de Cromados Limitada solicitó que se declara la ruptura unilateral e intempestiva del contrato por parte del señor Leopoldo Ocampo, y

que se autorizara a la compañía para descontar el valor de treinta días de salarios.

La demanda de reconvencción expresa los hechos así:

"1º. El Sr. Leopoldo Ocampo M. trabajó al servicio de la sociedad "INDUSTRIA DE CROMADOS LTDA.", en calidad de Agente Vendedor durante varios años.

"2º. El Sr. Leopoldo Ocampo M. ante el Juzgado Tercero del Trabajo de esta ciudad estableció un juicio ordinario laboral contra varias personas naturales y jurídicas, entre ellas el Sr. Hermesindo Dapena Gil, quien es el principal socio capitalista de "INDUSTRIA DE CROMADOS LTDA.", y a partir de la presentación de tal demanda, principió a mermar el ritmo de trabajo como Agente Vendedor de la sociedad en cuyo nombre actuó o sea Industria de Cromados Ltda.

"3º. Sin que el Sr. Leopoldo Ocampo M. hubiera manifestado a la sociedad su intención de retirarse de su servicio el 28 de abril pasado elaboró y presentó una demanda contra "INDUSTRIA DE CROMADOS LTDA.", la que le ha tocado a Ud. conocer de ella, abandonando sorpresivamente, sin dar el preaviso legal a la Empresa con 30 días de antelación, sus obligaciones de trabajador y rompiendo en esta forma, unilateralmente, el contrato de trabajo celebrado entre las partes.

De esta demanda se enteró la Empresa un poco antes de su notificación debido a que el Dr. Lino Acevedo, apoderado del Sr. Ocampo, manifestó al Dr. Conrado Zapata Alzate, abogado de la sociedad, que aquél no volvería a trabajar más al servicio de ella y que la había demandado.

"4º. En consecuencia, el Sr. Leopoldo Ocampo M. rompió y dió por terminado, en forma intempestiva y sorpresiva, sin dar el preaviso legal de treinta días a la Empresa, el contrato de trabajo que tenía celebrado con ésta, por lo que la sociedad "INDUSTRIA DE CROMADOS LTDA.", tiene derecho a que se le indemnice con el equivalente al valor del salario de 30 días que

devengaba el Sr. Ocampo, indemnización que debe pagarle dicho señor.

"En el Juzgado 5º del Trabajo de esta ciudad se encuentra depositada la suma de \$ 1.833.98, que es la cantidad equivalente al salario de 30 días que devengará el Sr. Ocampo, depósito que se hizo descontando o retenido de las prestaciones sociales que la Empresa debía al Sr. Leopoldo Ocampo y para que una vez se falle esta demanda quede decidido si la Sociedad tiene derecho a que se le entregue tal suma, a título de indemnización por el rompimiento que hiciera el Sr. Ocampo unilateralmente y en forma intempestiva del contrato de trabajo celebrado con ella".

El reconvenido manifestó ser cierto el hecho del trabajo como agente vendedor al servicio de la compañía, negó los hechos restantes y afirmó que había tenido trabas en el desempeño de su labor.

En fallo de diez y seis de abril de mil novecientos sesenta y nueve, el Juez Primero Laboral de Medellín condenó a la sociedad Industrias de Cromados Limitada, a pagar al señor Leopoldo Ocampo M. cuatrocientos ochenta y nueve pesos con sesenta y un centavos por prima de servicios, siete mil ochocientos cincuenta y nueve pesos con sesenta y ocho centavos por cesantía, seis mil sesenta y dos pesos con veintiocho centavos como indemnización por despido sin justa causa, y dos mil veinticuatro pesos con noventa y seis centavos como indemnización por mora. El pronunciamiento contiene absolución por los cargos restantes de la demanda principal y por las peticiones de la de reconvencción. El fallador de primer grado ordenó deducir de las condenaciones el valor de la consignación y entregar la cantidad de mil ochocientos treinta y tres pesos con noventa y ocho centavos que se habían consignado para cubrir indemnización por preaviso. A la parte demandada se le impusieron las costas rebajadas en un veinte por ciento, y no se condenó en costas por la súplica de reconvencción.

La resolución de primera instancia fué apelada por ambas partes.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, en decisión de veintitrés de octubre de mil novecientos sesenta y nueve, condenó a Industrias de Cromados Limitada a pagar a Leopoldo Ocampo M., ocho mil noventa y cuatro pesos con noventa y un centavos por cesantía, cuatrocientos ochenta y nueve pesos con sesenta y un centavos por prima de servicios, seis mil cinco pesos con noventa y dos centavos como indemnización por despido sin justa causa, y ochocientos veintidós pesos con diez y seis centavos mensuales a partir del día que cumpla sesenta años, como pensión especial de jubilación. Se autorizó deducir de tales condenaciones la suma consignada cuya entrega se ordenó. El mismo fallo declaró configurada la excepción de pago por prestaciones causadas hasta el diez y seis de julio de mil novecientos sesenta y tres, y las de vacaciones y primas posteriores, salvo la condenación que la misma providencia contiene. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones del demandante y a éste de las peticiones contenidas en la demanda de reconvencción. Ordenó que la parte "accionada" pague las costas de ambas instancias, pero reducidas en un cincuenta por ciento.

Contra el pronunciamiento de segunda instancia, interpuso recurso de casación el apoderado de Industrias de Cromados Limitada, hecho que tuvo ocurrencia el veintisiete de octubre de mil novecientos sesenta y nueve.

EL RECURSO

El apoderado de la parte recurrente formula su acusación dentro del ordinal primero del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, en tres cargos, con el primero de los cuales pretende que se case la sentencia de segundo grado en cuanto condenó al pago de indemnización por despido injusto y a pensión de jubilación, para absolver por tales conceptos; y con los dos últimos cargos se busca el quebrantamiento de la condena relativa a pensión especial de jubilación y la absolución por dicho extremo.

PRIMER CARGO

Se hace consistir en la violación de los artículos octavo, numerales segundo y cuarto, del Decreto 2.351 de 1965 y octavo de la Ley 171 de 1961, por aplicación indebida a través del error de hecho en la apreciación del acta de la Dirección Regional del Ministerio del Trabajo en Antioquia, que aparece al folio 8 del cuaderno principal.

El error de hecho resulta según el recurrente, de haber estimado probado el despido injusto del trabajador, con base en el mencionado documento de fecha veintiocho de marzo de mil novecientos sesenta y siete. Afirma el propio recurrente que el hecho real opuesto al error anotado es el de que no hay prueba de las supuestas maniobras que pusieran al demandante en situación de despido.

Para demostrar el cargo, el impugnador transcribe las consideraciones del Tribunal de Medellín sobre la terminación del contrato de trabajo y sobre el instrumento que el recurrente señala como indebidamente apreciado; analiza luego el contenido del documento que divide en tres partes, así: las manifestaciones del trabajador o de su apoderado, la manifestación del patrono y las constancias o actuación del Inspector, para concluir que ni la primera ni la última parte pueden servir de fundamento al despido, y que la manifestación del patrono no contiene texto alguno cuya inteligencia pueda llevar a encontrar en él prueba del despido injusto, ni siquiera un principio de prueba, ni aún la insinuación de una prueba. Agrega que solamente se encuentra la voluntad de cumplir la ley en el caso hipotético del despido, y que aun cuando se pudiera deducir el deseo de despedir, no se configura la prueba del hecho despido injusto.

El casacionista concluye afirmando que el ad-quem dedujo del mencionado documento que la empresa había hostilizado abiertamente al trabajador en procura de lograr su dejación del servicio, pero que tal conclusión no puede sacarse de dicha acta, por lo cual se incurrió en error evi-

dente de hecho, que produjo la indebida aplicación de las disposiciones señaladas.

LA CORTE CONSIDERA:

El Artículo 40 de la Ley 153 de 1887, dice:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

En desarrollo del principio consagrado en dicha norma, el artículo 1.228 del Código Judicial establece:

“Las disposiciones de este Código se aplican a los juicios pendientes en el momento en que principie a regir; pero los términos no vencidos, los recursos interpuestos, y las tercerías e incidentes introducidos, se rigen por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso, o se promovió la tercería o el incidente”.

Obedeciendo el mismo principio, el Decreto 2.158 de 1948, Código Procesal del Trabajo, estatuye en su artículo 154:

“TRANSITO DE PROCEDIMIENTO. Las disposiciones de este Decreto se aplicarán a los juicios pendientes en el momento en que principie a regir; pero los términos no vencidos y los recursos interpuestos se regirán por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término o se interpuso el recurso”.

El recurso de casación que va a decidir se, se interpuso el día veintisiete de octubre de mil novecientos sesenta y nueve, luego al trámite y solución del mismo deben aplicarse las normas vigentes en la fecha de su interposición, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y por el Código Procesal del Trabajo.

En la fecha ya mencionada, estaba vigente la Ley 16 de 1968, pues la 16 de 1969 que modificó la anterior, solamente entró

en vigencia el 19 de diciembre de dicho año.

El artículo 23 de la Ley 16 de 1968 prescribe:

“El error de hecho será causal de casación laboral solamente cuando provenga de falta de apreciación de un documento auténtico, pero es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en tal error y siempre que éste aparezca de manifiesto en los autos. Queda así modificado el inciso 2º del numeral 1º del artículo 60 del Decreto 528 de 1964.

“Derógase el numeral 3º del artículo 60 del mismo Decreto”.

El casacionista construye su primer cargo sobre la indebida apreciación del acta de la audiencia ante el inspector del trabajo, y no sobre falta de apreciación de la prueba, como lo requiere la norma transcrita, y en realidad el Tribunal de Medellín no dejó de apreciar esa probanza, sino que el recurrente la apreció en forma distinta a como lo hizo el sentenciador.

Solamente en vigencia de la Ley 16 de 1969 se amplió el error de hecho a la consideración de la apreciación equivocada del documento auténtico, pues la Ley 16 de 1968 únicamente admitía tal error cuando provenía de la falta de apreciación del documento auténtico y no de la equivocada apreciación del mismo.

Como a este recurso de casación le es aplicable la Ley 16 de 1968 y no la 16 de 1969, por lo ordenado en el artículo 40 de la Ley 157 de 1887 y en el Código Procesal del Trabajo, la acusación contenida en el cargo primero, que se refiere a la apreciación errónea de un documento y no a la falta de apreciación de él, no es admisible.

CARGO SEGUNDO

Con esta acusación se pretende que se case el pronunciamiento de segunda instancia en cuanto condenó a la pensión especial de jubilación, y que como tribunal

de instancia se absuelva por tal concepto.

El cargo fué enunciado así:

“La sentencia acusada es violatoria del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 por infracción directa”.

El recurrente transcribe algunos apartes de la providencia impugnada, dice estar de acuerdo con los hechos aceptados por el sentenciador, y concluye que la cita del artículo 67 del C. S. del T. hace que el fallador se hubiera apoyado en la sustitución de patronos para aplicar el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, pues afirma que “sólo mediante la sustitución patronal podía operarse la acumulación de los tiempos de servicio para hacer operar las provisiones de tiempo que dan vida a la pensión —sancción o a la pensión especial de jubilación por despido”.

El casacionista critica el que se hable del artículo 67 del C. S. del T. cuando el adquem admite que hubo discontinuidad en el servicio prestado a una y a otra sociedades. Más adelante manifiesta que el sentenciador habla de que no hubo sustitución de patronos, de donde el impugnador deduce que se cambió la base de la argumentación y se dejó sin piso la acumulación de tiempos servidos.

Cuando en la decisión se afirma que para la acumulación de esos tiempos servidos no era necesaria la sustitución de patronos, ya “que para efectos de la pensión jubilatoria lo esencial es que los servicios hayan sido prestados a una misma empresa, siendo indiferente que durante el lapso requerido para gozar de aquella, hubiera cambiado de dueño”, el recurrente entiende que se está refiriendo a lo dispuesto por el artículo 194 del C. S. del Trabajo, y considera que no puede aplicarse tal precepto cuando se ha admitido la liquidación de una de las sociedades, pues la norma exige la coexistencia de las filiales o subsidiarias.

Concluye el recurrente así:

“El recurrente encuentra que el Honorable Tribunal, sin incurrir en error de hecho

alguno, ha elaborado un raciocinio erróneo alrededor de normas de carácter objetivo y por virtud de tal mecanismo ha aplicado la norma violada a una situación que no es la por ella prevista, infringiéndola en forma directa.

No hay materia de hecho objeto de debate en este cargo, por que aun cuando el Tribunal habla de una misma empresa, no ha desfigurado los hechos que conciernen a “Frabriles Metálicas Ltda.” ni a “Industrias de Cromados Ltda.”; se sabe que nunca coexistieron en el desarrollo de su objeto social ó plenitud de su vida jurídica, y sabe que el demandante se desvinculó de la primera precisamente con ocasión de su liquidación, y después de una interrupción que el Tribunal acepta, inició actividad con la segunda. Es su raciocinio alrededor de la norma adjetiva, raciocinio que se supone porque no aparece claramente expreso, el que le lleva, sin modificar los hechos reales, a concluir la existencia de una unidad empresarial.

Ya no se trató por consiguiente de una **empresa** en la que el trabajador hubiera servido el límite mínimo de años que le exige el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, y, a pesar de ello, el Tribunal insistió en aplicar la norma, incurriendo así en su violación por infracción directa”.

La Corte considera:

Según el planteamiento del cargo, el recurrente admite el tiempo trabajado, o sea, que don Leopoldo Ocampo M. sirvió para Industrias de Cromados Limitada, desde el 13 de febrero de 1963 hasta el 31 de marzo de 1967, y desde el 16 de julio de 1961 hasta el 8 de agosto de 1962, lo cual da un total de 5 años, 2 meses y 11 días; que también laboró para Fabriles Metálicas Limitada desde el 1º de enero de 1955 hasta el 31 de diciembre de 1960; y finalmente que no hubo vinculación a ninguna de las dos sociedades, entre el 1º de enero y el 15 de julio de 1961.

El Tribunal deduce del estudio de las pruebas, que “no queda duda de que sub-

sistió "la identidad del establecimiento" de que habla el artículo 67 del C. S. del T. o de que se trata de "la misma empresa", que es lo mismo para los efectos que más adelante se mencionarán".

El reclamante afirma que la cita del artículo 67 del C. S. del Trabajo indica claramente que el sentenciador admitió la existencia de una sustitución de patronos para aplicar por tal motivo el artículo 8º de la Ley 171 de 1961. En este punto el solicitante hace decir al fallador algo que no dijo, pues según la transcripción que se hizo, solamente se habló de la "misma empresa" o de "identidad del establecimiento" como lo expresa el citado artículo 67 del C. S. del T., sin que se hubiese afirmado la sustitución de patronos en relación con el contrato de trabajo que vinculaba a Leopoldo Ocampo. En tal aspecto solamente se concluye que existió una empresa que perteneció sucesivamente a distintas sociedades, lo cual no puede considerarse sustitución de patronos mientras no se refiera a determinado contrato, ya que si el trabajador no está vinculado a la empresa en el momento del cambio de patronos, no puede predicarse la sustitución patronal en relación con ese trabajador.

Critica el impugnador que en la providencia acusada se haya admitido o la solución de continuidad en el servicio a varias sociedades. Pero esa crítica se refiere precisamente al hecho que explica cómo el sentenciador no afirmó en ningún momento la sustitución patronal, sino que se refirió al artículo que trata de dicho fenómeno, pero únicamente para llegar a la conclusión de que había existido identidad del establecimiento o la misma empresa perteneciente sucesivamente a distintas sociedades.

Más adelante, el recurrente encuentra en la decisión del Tribunal, la afirmación clara y expresa de que no hubo sustitución de patronos, pero en vez de aceptar la conclusión, trata de hacer aparecer contradicción en la providencia, precisamente con la conclusión que el recurrente atribuye al sentenciador pero que éste no dedujo.

Por haber hablado el fallador de que no era necesaria la sustitución de patronos para sumar los tiempos trabajados a una misma empresa que tuvo distintos dueños, el recurrente pretende que se aplicó el artículo 194 del C. S. del T. para deducir que la norma no era aplicable por no haber coexistido durante todo el tiempo de servicio las dos sociedades.

Conviene advertir que para la época en que se dictó el pronunciamiento acusado y también para la fecha de la demanda inicial y en el día de la terminación del contrato, el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo estaba sustituido por el artículo 15 del Decreto 2.351 de 1965, hoy Ley 48 de 1968. Esto hace que la cita del recurrente sea equivocada, aunque no el concepto de la norma, ya que a pesar de citar el artículo 194 del Código Sustantivo, hace hincapié en los requisitos sobre la unidad de empresa en los casos de personas jurídicas, noción contenido en el artículo 15 citado.

Realmente lo que el fallador encontró fue una misma empresa, figura que se contempla en la legislación laboral para varios efectos, como el de la sustitución de patronos, pero que no es exclusiva de ella. Por otra parte, el artículo 15 del Decreto 2.351 de 1965 dice que hay unidad de empresa cuando existe unidad de explotación económica y el recurrente a diferencia del sentenciador exige que haya varias unidades de explotación económica.

Constituye unidad de empresa toda unidad de explotación económica, y también constituye unidad de empresa la pluralidad de unidades de explotación económica cuando ellas dependen económicamente de una misma persona natural o jurídica y corresponden a actividades similares, conexas o complementarias. Luego una unidad de explotación económica constituye una empresa aunque tenga siempre un dueño o sea de varios simultánea o sucesivamente. La exigencia de pertenecer a una misma persona natural o jurídica y la de corresponder a actividades similares, conexas o complementarias, solamente se predica de

las varias unidades de explotación económica.

El numeral segundo del artículo 15 del Decreto 2.351 de 1965, se refiere al caso de las personas jurídicas pero solamente para determinar cuando existe unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias. Exige entonces que la principal predomina económicamente y que sean actividades similares, conexas o complementarias.

El sentenciador no afirmó que hubiese ocurrido la sustitución de patronos ni que existiesen varias unidades de explotación económica, sino que concluyó del examen de las pruebas, que existió una empresa como unidad de explotación económica, que perteneció sucesivamente a varias personas jurídicas. Por lo tanto, no resultan establecidos en el fallo los soportes que el recurrente señala en el cargo, o sea que el sentenciador no incurrió en la violación pretendida.

No prospera el cargo.

TERCER CARGO

El impugnador afirma que la sentencia acusada es violatoria de la ley sustantiva, artículo 8º de la Ley 171 de 1961, por aplicación indebida, la cual explica así:

“La indebida aplicación es consecuencia del error de derecho cometido por el fallador al tomar como prueba de la existencia de dos personas jurídicas, declaraciones de testigos, pruebas no idóneas para exigir la ley una determinada solemnidad, y prescindir, a su vez, de la prueba adecuada que obra en autos y que consiste en certificados expedidos por la Cámara de Comercio del domicilio social”.

En la demostración del cargo, el impugnador advierte que la decisión atacada tiene como una misma empresa a Fabriles Metálicas Limitada y a Industrias de Cromados Limitada, y que tal conclusión es tomada del examen de prueba testimonial, cuando la existencia de las sociedades se demuestra por medio de la certificación

que expide la Cámara de Comercio y de ninguna manera por medio de testigos.

Asevera el impugnador que no se tuvieron en cuenta los certificados de la Cámara de Comercio de Medellín, que obran a los folios 5 y 159 del cuaderno primero, con los cuales se establece que no fué una simple variación de la razón social sino que existieron dos personas jurídicas distintas, y que la primera no se liquidó sino tiempo después de existir la segunda, por lo cual el fallador ha debido concluir que no eran una misma empresa.

Argumenta el recurrente que el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo habla de simultaneidad o coexistencia, que no puede encontrarse en las sociedades mencionadas ya que la una terminó poco después de nacer la segunda.

Y termina el recurrente así:

“El Tribunal dejó de apreciar la prueba “ad solemnitatem” que obra a folios 5 y 159 del expediente (error de derecho), dió plena validez a la prueba de testigos que es medio probatorio no autorizado por la ley para demostrar el hecho de la constitución y existencia de las personas jurídicas, antecedente necesario de cualquier comparación entre ellas (error de derecho). Concluyó entonces sobre la unidad y sobre la identidad de las dos empresas, de manera equivocada. Rectificado el error de derecho y concedido el valor probatorio exclusivo perteneciente a los certificados expedidos por la Cámara de Comercio, documentos auténticos, se tiene entonces que el hecho cierto a deducir en este punto de la supuesta identidad, es el de la individualidad o distinción, o propia personalidad, de cada una de las dos sociedades, evidente para el Tribunal en otros razonamientos al hablar de la sustitución de patrono; y también la inexistencia de la unidad de empresa, por las razones que atrás se expusieron.

SE CONSIDERA

La sentencia impugnada habla de Fabri-

les Metálicas Limitada y de Industrias de Cromados Limitada como de una misma empresa, en párrafo que sirve de base a la impugnación. Pero la misma sentencia reconoce que fueron dos personas distintas sucesivamente dueñas de una misma empresa.

Dice el fallador:

Como puede apreciarse en la transcripción que precede, tomada en lo substancial para el caso, los testigos que declararon son contestes en señalar que Industrias de Cromados Ltda. continuó el mismo giro de actividades de Fabriles Metálicas Ltda. y siguió utilizando los mismos implementos y la misma maquinaria de ésta”.

Más adelante agrega el ad-quem:

“Aunque realmente no medió sustitución patronal en el presente caso, como lo anota el señor Juez de primer grado, es lo cierto que para efectos de la pensión jubilatoria lo esencial es que los servicios hayan sido prestados a una misma empresa, siendo indiferente que durante el lapso requerido para gozar de aquella, hubiera cambiado de dueño”.

El Tribunal al admitir que hubo dos personas jurídicas distintas, dueñas sucesivamente de una misma empresa, dedujo lo primero de los certificados de la Cámara de Comercio y lo segundo de las declaraciones de testigos. No dijo el fallador que las dos sociedades fueran una misma persona jurídica sino que ambas tuvieron una misma empresa, cuya unidad de explotación económica encontró demostrada con testigos.

No dejó pues el sentenciador de apreciar los certificados de la Cámara de Comercio de Medellín, pues admitió la existencia de ambas sociedades y la liquidación de la primera y la creación de la segunda, todo de acuerdo con las mencionadas pruebas lo que dedujo de las declaraciones de testigos fué la unidad de explotación económica de las actividades de las distintas personas jurídicas, para establecer que existió una misma empresa.

No pudo el sentenciador cometer el error de derecho anotado en el cargo, ya que admitió la existencia de las citadas personas jurídicas como sociedades diferentes y que aprovechó la prueba testimonial para la existencia de la empresa, que según la definición legal es la unidad de explotación económica, o sea, es un hecho que no requiere prueba solemne y puede establecerse con testimonios.

El casacionista pretende que el numeral segundo del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo regula lo relativo a la unidad de empresa en el caso de las personas jurídicas, cuando el numeral 2º del artículo 15 del Decreto 2.351 de 1965, sustitutivo, como ya se dijo, del artículo 194 citado, hable de un caso de unidad de empresa que es precisamente el que el sentenciador no consideró, ya que el contemplado en la providencia atacada es el del numeral primero.

Como se ve por los párrafos transcritos anteriormente, el fallador juzgó que hubo unidad de empresa porque existió la unidad de explotación económica y no se refirió para nada a las varias unidades de explotación económica que en determinados casos constituyen unidad de empresa. El recurrente traslada al tema de la sentencia del fenómeno contemplado por el numeral primero como lo hizo la providencia, al de que trata el numeral segundo del mismo artículo.

No es posible admitir que el recurrente tomó una frase del fallo para fundamentar, en la acusación, cuando otros párrafos de la misma providencia puntualizan el pensamiento del sentenciador, en forma diferente a la que le atribuye el casacionista.

Tampoco es de recibo el de que trate de hacer decir al Tribunal algo que no ha expresado y que naturalmente sobre esa base falsa, se pretenda construir una acusación que por tal motivo resulta sin apoyo en los autos.

No prospera el cargo.

En mérito de las consideraciones anterior-

res, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de veintitrés (23) de octubre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, en el juicio seguido por Leopoldo Ocampo M. contra Industrias de Cromados Limitada.

Sin costas por no haberse causado.

PUBLIQUESE, COPIESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA GACETA JUDICIAL y REMITASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

hst

La Corte, por providencia de 19 de Octubre de 1970, DECLARA INEJEQUIBLE el artículo 11 de la parte resolutive del Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para solucionar el conflicto colectivo surgido entre el Banco Central Hipotecario y la Asociación de Trabajadores (Astraban), y lo homologa en todo lo demás.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda.- Bogotá, octubre diecinueve de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Doctor Tito Octavio Hernández).

(Acta N° 40).

Procede la Corte a decidir el recurso de homologación interpuesto por el Banco Central Hipotecario contra el laudo proferido el 15 de julio de 1970, por el Tribunal de Arbitramento convocado para solucionar el conflicto laboral que surgió entre la mencionada entidad y su Asociación de Trabajadores (Astraban).

ANTECEDENTES:

El 9 de julio de 1969, la Asociación de Trabajadores del Banco Central Hipotecario denunció el fallo arbitral del 5 de diciembre de 1967, que regulaba sus relaciones con dicha entidad, y el 30 de julio del mismo año, el Banco hizo igual manifestación con el propósito de obtener el cambio de ese laudo en algunos de sus aspectos. Se cumplieron las etapas de arreglo directo y de conciliación sin que el conflicto se solucionase, por lo cual el Ministerio de Trabajo, en Resolución N° 1.403 de 27 de octubre de 1969, convocó el correspondiente Tribunal de Arbitramento obligatorio, que fue integrado conforme a Resolución N° 1.435 del 3 de noviembre siguiente y pronunció la sentencia que ahora se revisa:

EL RECURSO

Inicia el Banco este cometido recordando que sus trabajadores han disfrutado tradicionalmente de un alto nivel laboral obtenido, en su mayor parte, a consecuencia de prestaciones extralegales consagradas voluntariamente en el Reglamento Interno de Trabajo, lo que constituye de por sí un antecedente que no puede ser menospreciado, pero tampoco justificaría que la entidad renunciara a la posición defensiva que exige la circunstancia de pronunciamientos que exceden ostensiblemente los puntos legales y rebasan las atribuciones de los organismos arbitrales. De ahí que pese a la dudosa legalidad de algunas decisiones del laudo —agrega— solo demande la anulación de la que en forma más notoria contraviene las regulaciones de la ley y la jurisprudencia de la Corte.

CARGO UNICO. Acusa el artículo 11 del fallo, sobre permisos sindicales remunerados, cuyo texto, copiado por el recurrente, es de este tenor:

“Artículo 11.- A partir de la fecha del presente laudo, el Banco Central Hipotecario, además de los permisos existentes, concederá permiso sindical remunerado y permanente a un solo afiliado de la Asociación de Trabajadores del Banco Central Hipotecario que sea designado miembro del Comité Ejecutivo de la Federación o Confederación, legalmente reconocida, a que esté afiliado el Sindicato y mientras ejerza el cargo”.

Expresa el acusador que conforme al art.

458 del Código Sustantivo del Trabajo, los fallos arbitrales no pueden afectar derechos o facultades reconocidos a las partes por la Constitución Nacional, por las leyes o por normas convencionales vigentes. Que según lo dispuesto en el ordinal 6º del artículo 57 del C. S. T. el patrono sólo tiene obligación de conceder permisos o licencias ocasionales y no remunerados al trabajador en los eventos ahí previstos, y en lo que concierne al entendimiento jurisprudencial, en autos obra la demostración de que esta Superioridad, al decidir un recurso de homologación interpuesto por el mismo Banco contra el fallo arbitral expedido el 5 de diciembre de 1967, ratificó la doctrina de que los árbitros no pueden imponer en sus fallos a la parte patronal el otorgamiento de permisos sindicales no remunerados, tesis que ya había sido sentada por la Corte en los fallos de homologación del 16 y el 30 de septiembre de 1967.

Transcribe, en seguida, algunos apartes del fallo de esta entidad, dictado el 9 de marzo de 1968, en un caso similar, y concluye que en presencia de tan terminantes reiteraciones, no se explica cómo el laudo contempla el ordenamiento del artículo 11.

Dice que en la parte motiva del laudo y como pretexto para justificar esa decisión, se invoca una providencia de la Corte, dictada en un caso diferente, pues si en esa ocasión —19 de junio de 1968— la Corte no aceptó el cargo formulado contra la decisión de extender los permisos sindicales “fue por la sencilla razón de que los árbitros encontraron que sobre la materia de tales permisos sindicales las partes comprometidas en el conflicto, es decir, la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios y el Banco del Comercio, habían acordado estipulaciones de más amplio alcance y contenido”. Por eso —comenta el recurrente—, a pesar de admitir expresamente que el asunto de los permisos sindicales debe obedecer a las regulaciones consagradas en el ordinal 6º del artículo 57 del C. S. T., no se llegó a declarar inexecutable lo decidido en aquella oportunidad por los árbitros.

En este punto y con el propósito, invo-

cado por el mismo acusador, de darle mayor fundamento a su argumentación desvirtuando cualquier sospecha de similitud entre el caso de entonces y el de ahora, copia, en lo pertinente, el fallo últimamente mencionado, y concluye que en autos hay prueba de que el Banco Central Hipotecario, desde la ocasión inmediatamente anterior hizo valer su derecho a que no se le impusiera “mediante abusivas determinaciones arbitrales la obligación de conceder nuevos permisos remunerados como el que ahora se pretende”.

Arguye, en síntesis, el opositor para fundamentar la solicitud de que se homologue en todas sus partes la sentencia arbitral acusada, que ella está rigurosamente ceñida a la competencia señalada para el Tribunal en la ley y en la Resolución administrativa que lo convocó, pues no afecta derechos o facultades de las partes, reconocidos por la Constitución Nacional, por las leyes o por normas convencionales vigentes.

Los señores árbitros en su fallo —continúa el opositor— procuraron obtener una solución de simple equidad en el conflicto sometido a su estudio, tratando de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social. En este sentido el fallo cumple la ley y acata la jurisprudencia, pues ha dicho la Corte que “en materia de conflictos de carácter puramente económico la competencia y capacidad decisoria de los árbitros no tiene más límites que el cuantitativo que señalen en el pliego los trabajadores. Su fallo en este aspecto es de pura equidad y para buscarla tiene abierto todo el campo de la situación económica de las partes” (Sentencia octubre 30/59).

Y más adelante, refiriéndose concretamente al artículo impugnado, manifiesta que cuando el Tribunal de Arbitramento amplió el mínimo legal en materia de permisos sindicales no violó derechos adquiridos por las partes ni extralimitó sus funciones. Tal garantía no constituye beneficio particular a ningún trabajador. Es una concesión legítima hecha al Sindicato de Trabajadores del Banco en particular y al sindicalismo

colombiano en general. No tiene nombre propio la persona que vaya a utilizar el permiso sindical. No se trata de liberar a un trabajador de sus funciones sino de consolidar una institución necesaria al Derecho Colectivo de Trabajo.

“No puede decirse ,entonces —concluye el opositor—, que el tribunal de arbitramento haya abusado al conceder el permiso sindical que pedía el Sindicato para el mejor desempeño de las funciones propias que le encomendó el legislador y que son necesarias en la vida civilizada. Lo que sí es un abuso es afirmar de antemano que la persona que vaya a representar a los trabajadores del Banco Central Hipotecario en las altas agrupaciones sindicales del país sea un holgazán, un desocupado más con remuneración, un parásito social”.

SE CONSIDERA:

En verdad, como lo recuerda el acusador, por mandato del artículo 458 del C. S. T. el fallo arbitral no puede afectar derechos o facultades de las partes reconocidos por la Constitución Nacional, por las leyes o por normas convencionales vigentes.

El artículo 57, ordinal 6º de la obra citada consagra como obligación especial del patrono la de conceder al trabajador las licencias necesarias para el cumplimiento de gestiones sindicales inherentes a la organización, pero el mismo estatuto le concede la facultad de descontar al trabajador el tiempo empleado en esas licencias o compensarlo con tiempo igual efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria, salvo convención en contrario. Se trata de un mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores, que puede modificarse favorablemente por voluntad del patrono o por mandato de la ley, mas no por imposición de un laudo arbitral como ocurre en el caso sub-lite, donde se decide contra regulación de la ley, y sin el consentimiento patronal, en la materia de los permisos sindicales.

La Corte reitera su criterio que considerará como inexecutable toda disposición arbitral

que cercene derechos o facultades reconocidos por la Constitución, por la ley o por normas convencionales a cualquiera de las partes, y, por tanto, como motivación de esta providencia, transcribe los siguientes apartes de la dictada el 9 de marzo de 1968, para decidir el recurso de homologación interpuesta por el Banco Central Hipotecario en un caso análogo.

“Evidentemente, conforme al precepto del art. 57 del C. S. T. es obligación del patrono conceder las licencias a que la regla 6ª de dicha norma legal se refiere. Según lo prevé esta disposición, el tiempo empleado en ellas, puede descontarse al trabajador o compensarse en tiempo, a opción del patrono si no existe un convenio en contrario.

“La decisión arbitral contenida en el art. 14, no puede desconocer este derecho otorgado al patrono y cuando ello se produce como en el presente caso, resulta afectado ese derecho. Por tanto la decisión del artículo 14 deberá ser anulada, sin perjuicio de lo previsto en pactos o convenciones anteriores vigentes, que por no obrar en el expediente no hay lugar a comentarlos.

“Respecto de la decisión contenida en el art. 15 del laudo es necesario observar que el permiso es una gracia concedida por el patrono al trabajador, cuando no se trata de aquellas licencias que el art. 57 (numeral 6º) señala y para las finalidades que en esa norma se indican. Lo que es una gracia, una concesión voluntaria, no puede convertirse, por obra de un fallo arbitral, en una obligación que solo en la ley o en los convenios de las partes pueden crearse. Las facultades de los árbitros no pueden llegar hasta imponer al patrono lo que en este punto del laudo se señala, ya que no se trata de resolver una materia de índole económica, para lo cual tienen una mayor amplitud en sus decisiones, sino de establecer, como lo hacen, nuevos permisos que afectan la libertad patronal de otorgarlos. El empleador tiene derecho a exigir al trabajador la prestación oportuna del servicio contratado a cambio de la remuneración convenida, conforme al art. 23 del C. S. T.

y mediante la decisión se le obliga a conceder permisos que contrarían la esencia del contrato; a más de que al disminuir el tiempo de la labor, con perjuicio económico de la empresa, retardan y demoran el cumplimiento de la obligación adquirida. Por tanto esta decisión habrá de anularse”.

Además, es correcta la explicación del acusador, respecto de la motivación del laudo en el punto materia de impugnación, pues la tesis jurisprudencial se refiere a un caso diferente, en el cual las partes habían acordado con antelación al laudo normas de mayor alcance en materia de permisos sindicales.

En cuanto a los demás ordenamientos del laudo, se observa que ellos afectan solamente intereses patrimoniales, órbita dentro de la cual el Tribunal podía decidir tal como lo hizo, puesto que sus disposiciones no violan el orden público en forma que

determine la revisión oficiosa de la Corte. Por tanto, son exequibles.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, DECLARA INEXEQUIBLE el artículo once de la parte resolutive del laudo objeto del presente recurso. Lo homologa en todo lo demás.

PUBLIQUESE, COPIESE, NOTIFIQUESE, REMITASE CON EL EXPEDIENTE RESPECTIVO AL MINISTERIO DEL TRABAJO PARA LOS FINES LEGALES A QUE HUBIERE LUGAR E INSERTESE EN LA GACETA JUDICIAL.

Los Magistrados, José Enrique Arboleda V. Tito Octavio Hernández. José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO FIJO

El carácter de modalidad solemne que la Corte ha reconocido a la duración fija del contrato de trabajo, conforme al texto legal que exige su constancia siempre por escrito, obliga a expresar que sin la prueba escrita de su celebración no existe ese plazo determinado.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera.- Bogotá, D. E., veintitrés de octubre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Acta N° 66).

Efraín Valencia demandó, por medio de apoderado, a la Federación Nacional de Cafeteros, representada por su Presidente, para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se la condenara a indemnizarle la ruptura ilegal del contrato que los vinculó, efectuada por la dicha entidad el 1° de julio de 1968, cuando faltaban 21 meses y 20 días para que venciera en su duración fija, conforme a período estatutario de dos años, en cargo de Revisor Fiscal remunerado con \$ 4.500.00 mensuales. Pidió, además, las costas del proceso.

Se opuso la demandada a las pretensiones anteriores por estimar que el vínculo fue celebrado en forma verbal, por tiempo correspondiente a la labor contratada y no por un plazo fijo, y el Juzgado Tercero Laboral de Bogotá desató la controversia en fallo estimatorio de los hechos principales del libelo, por el que condenó a la Federación mencionada al pago de \$ 95.850.00, a título de indemnización por despido. Declaró, además, no probadas las excepciones que formuló la demandada y la condenó en costas.

El Tribunal Superior de Bogotá al decidir la apelación estimó que el contrato ce-

lebrado fue verbal y no tuvo la duración fija pretendida, mas habiéndosele terminado sin justa causa por el patrono procedía indemnización conforme al numeral 4 del artículo 8° del Decreto 2.351 de 1965, por lo cual reformó la condena de primera instancia reduciéndola a la cantidad de \$ 9.506.25. Confirmó la declaración sobre excepciones y la condena por las costas del primer grado, declarando sin lugar a ellas por las del segundo.

Los litigantes recurrieron en casación; pero solo el promotor de la litis tenía interés legal para ello, por lo que únicamente a él le fue concedido el recurso, que se va a resolver mediante el estudio de la correspondiente demanda y del escrito del opositor.

El recurrente ha formulado dos ataques con fundamento en la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964 y la modificación de la Ley 16 de 1969.

Primer cargo. Acusa interpretación errónea del artículo 4° del Decreto 2.351 de 1965, en su ordinal 1°, en relación con el artículo 8° del mismo decreto, ordinal 3°. La violación se hace consistir en que para el Tribunal aquella norma establece que el contrato de trabajo a término fijo es solemne, vale decir, debe constar siempre por escrito, y al estudiar el que existió entre los litigantes no lo apreció de esa duración "puesto que no consta en documento alguno"; mas el sentido exacto de aquel precepto es el de que el término fijo del contrato de trabajo conste por escrito, sin que sea necesario que exista un documento que

contenga todas las cláusulas del contrato y mucho menos que la característica señalada haga solemne el contrato de trabajo, el cual en cualquiera de sus modalidades siempre se perfecciona por el solo consentimiento de las partes.

De donde concluye el acusador:

“Es claro que si el Tribunal le hubiera dado el sentido exacto al artículo IV ordinal 1º del Decreto 2.351 de 1965 hubiera tenido que aplicar el ordinal 3º del artículo VII (sic, por VIII) del Decreto 2.351 de 1965 y no hubiera aplicado el ordinal IV de la norma citada, pues hubiera encontrado que Efraín Valencia tenía celebrado con la Federación Nacional de Cacaoteros un contrato cuyo término fijo constaba por escrito en los estatutos de la entidad”.

El opositor replica que el cargo afirma interpretación errónea del precepto que cita en primer término y luego lo relaciona con otro que también pretende infringido, mas sin concretar el concepto de esta última violación, por lo que la proposición jurídica quedó incompleta, deficiencia que impide su estudio. Además, el desarrollo propone una cuestión fáctica, cual es la de si el contrato se formalizó realmente por escrito o no y si la estipulación sobre su duración, que se dice existente en los estatutos de la Federación demandada, debe considerarse como cláusula integrante del vínculo entre las partes, desarrollo que no puede contenerse en una acusación por la vía directa, como la que escogió el recurrente. Y en cuanto al asunto de fondo lo estima rectamente juzgado por el *ad-quem*, agregando que de autos no aparece en qué fecha fueron aprobados los aludidos estatutos de la Federación.

Se considera

El ataque, en su desarrollo, y de modo muy claro en el pasaje que se transcribió concreta interpretación errónea del ordinal 1º del artículo 4º del Decreto 2.351 de 1965, que versa sobre el contrato de trabajo a término fijo, y aplicación indebida del ordinal 4º del artículo 8º del mismo decreto,

sobre indemnización por ruptura ilegal del contrato a término indefinido, porque debió aplicarse el ordinal 3º del dicho precepto, relativo a la misma indemnización en los contratos a término fijo. No es atendible, en consecuencia, la censura del opositor acerca de la deficiente expresión del concepto de la violación de la ley sustancial, ni, por otra parte, la proposición sometida a estudio de la Corte se exhibe incompleta, ya que contiene tanto la norma a cuya equivocada interpretación el recurrente atribuye, en primer término, el error jurídico del fallador como las del derecho discutido, en relación con aquella, por las que la condena fue de una suerte y no de la otra.

En cambio le asiste razón al mismo apoderado de la opositora cuando observa que se involucró en el cargo una cuestión fáctica, impropia de la vía directa escogida, pues ciertamente lo que se alega de modo fundamental en esta impugnación es que el fallador “no encontró” el contrato de término fijo que celebraron los litigantes sino uno de duración indeterminada. Y este es un asunto que el Tribunal apreció en razón de las pruebas, y solo a través de ellas se podría considerar la afirmación distinta del acusador.

Con todo, éste sostiene que la equivocación judicial obedeció a que se reclamó para el contrato de término fijo, como condición esencial, su celebración por escrito y en documento que contenga todas sus cláusulas. Para los solos fines de la misión primordial de la Corte y separando debidamente en el estudio la cuestión probatoria de la exégesis legal ha de decirse que el artículo 4º del Decreto 2.351 de 1965, exige, lo mismo que su antecedente del Código Sustantivo, que el contrato de trabajo a término fijo conste siempre por escrito, lo que constituye un requisito *ad-sustantiam*, que por serlo obliga a considerar solemne esa modalidad, como lo hizo el *ad-quem*, fallador que, por otra parte, no extendió tal calificación a todas las modalidades contractuales requiriendo al efecto un documento que las recogiera integralmente, sino que mantuvo el requisito *ad-valitatem* en su punto propio, como puede leerse a los folios 98 a 102 del expediente. Y si,

por último, no dedujo el plazo fijo de la disposición estatutaria que el acusador invoca no fue porque el Tribunal la negara en sí misma ni en su forma escrita sino porque ella no fue concertada, esto es, no constituyó parte del acuerdo de voluntades, que, por lo demás, fue verbal. Sobre este particular la Corte ha fijado su pensamiento así:

“En relación con el plazo del segundo debe definirse si ese período de dos años lleva involucrado su término fijo por igual lapso, con la formalidad ad substantiam actus exigida por el artículo 46 del C. S. del T., modificado por el artículo 2º del Decreto Legislativo 617 de 1954. Este precepto legal dispone que ‘el contrato celebrado a término fijo debe constar siempre por escrito’. Podrá aceptarse, como lo hace el Tribunal, que con la sola expresión escrita de una de las partes, aceptada tácitamente por la otra, queda cumplida con la exigencia de la ley? De ninguna manera. Si el contrato a término fijo debe constar por escrito, y este es una exigencia para la existencia misma de la convención, ello quiere decir que la concurrencia de voluntades de las partes contratantes, no la de una sola de ellas, ha de quedar formalizada documentalmen- te, bajo el respaldo de la firma auténtica que dé el valor indudable de certeza a lo escrito. La sola expresión del querer de una de las partes es apenas la manifestación unilateral de la misma sobre las condiciones del contrato, que tratándose del de trabajo tienen plena validez, en general, si la voluntad de la otra concurre así sea tácitamente. Pero no es la concreción formal válida respecto del término fijo del convenio, porque ella, en su forma externa, debe registrar en la escritura auténtica la concurrencia de patrono y trabajador. Y si, como ya se dijo, el requisito del documento escrito, sin fórmulas sacramentales desde luego, pero en donde se establezca por los contratantes, con el respaldo de sus firmas, el contrato a término fijo, lo es ad substantiam actus, no puede suplirse por ninguna otra forma de expresión de la voluntad y la prueba de su cumplimiento no será otra que la del documento firmado por los contratantes” (Sentencia de 3 de fe-

brero de 1969. Alfonso Vélez Osorio contra Eduardo Morales Gómez y Carmen Gómez de Morales).

Se concluye, pues, que ni en el campo de la interpretación de la norma legal ni en el de la probanza requerida aconteció la violación acusada y el cargo no puede prosperar.

Segundo cargo. Por la vía indirecta acusa violación de los mismos textos del ataque anterior a consecuencia de error evidente de hecho, por errónea apreciación de una prueba y falta de apreciación de otra, las cuales singulariza, error que produjo la aplicación indebida del ordinal 4º del artículo 8º del Decreto 2.351 de 1965 cuando ha debido aplicarse el ordinal 3º del mismo precepto.

La prueba mal apreciada fueron los estatutos de la Federación de Cacaoteros, a folios 23 a 44 del expediente, que establecen para el cargo que desempeñó el actor un período fijo de dos años, y la dejada de apreciar, el documento de folio 5, de autenticidad comprobada en inspección ocular de folio 49, que indica que la demandada contrató al demandante de autos por el período estatutario de dos años señalado al Revisor Fiscal. Todo lo cual condujo a las violaciones acusadas.

Para el opositor el contrato fue celebrado verbalmente y no por escrito y no puede injertarse en dicho convenio la estipulación estatutaria a que aspira el recurrente, pues ella tiene un sentido abstracto, genérico y unilateral. Además, del documento referido no se puede decir que rigiese cuando se iniciaron los servicios de Valencia, pues su copia, que ha obrado en el proceso tal como fue pedida esa prueba, sólo registra su vigencia en 1º de julio de 1968, cuando aquellos terminaron, dejando incertidumbre sobre el comienzo de tal ígor, con lo cual el medio probatorio es deficiente o carente de eficacia para el fin que desea el impugnante. En cuanto al documento de folio 5, que se exhibe como dejado de apreciar, sólo consigna datos sobre el tiempo de servicios, el sueldo, la cesan-

tía y las vacaciones, y su expresión última referente al período estatutario es vaga e imprecisa y no indica a qué período hace alusión ni cuál es el tiempo de ese período, situación que se ensombrece más si se considera que, como esa pieza lo hace constar, el tiempo de servicios fue de dos años, dos meses y veintidós días.

Se considera:

El carácter de modalidad solemne que la Corte ha reconocido a la duración fija del contrato de trabajo, conforme al texto legal que exige su constancia siempre por escrito, obliga a expresar que sin la prueba escrita de su celebración no existe ese plazo determinado. Como lo explica la doctrina y lo ha estimado repetidamente la jurisprudencia, en estos casos el requisito *ad substantiam* se confunde con el acto mismo y no se le puede establecer sino con la prueba que el legislador ha señalado al efecto. De todo ello se ha predicado, además, que cuando el juzgador admite una prueba distinta o deja de reconocer el acto habiéndosele establecido con la formalidad debida se incurre en error de derecho, a términos del inciso final del artículo 61 C. P. T. y del 60 del Decreto 528 de 1964.

De otro lado, el recurrente no exhibe la

prueba escrita de la celebración del término fijo en el contrato de autos sino que aspira a que tal plazo se deduzca de una cláusula estatutaria y del documento de liquidación de las prestaciones del actor.

Pero fue definido que no son éstas las pruebas que requiere el legislador para el acto solemne sobre que versan la litis y el recurso extraordinario y el ataque se exhibe inestimable, tanto en lo que pretende como en el señalamiento que hizo del error que atribuye al Tribunal.

En mérito de todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Costas al recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA GACETA JUDICIAL Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



VOLACION DE LA CONVENCION COLECTIVA

Ha repetido la jurisprudencia que los ordenamientos de estos pactos o contratos no revisten el carácter de leyes nacionales que se requiere para que su violación dé lugar a la casación de un fallo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda.- Bogotá, D. E., veintitrés de octubre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Jorge Enrique Arboleda Valencia).

(Acta N° 41).

El Sindicato de Trabajadores de Shellmar de Colombia S. A. instauró demanda, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Tercero Laboral de Medellín, contra Shellmar de Colombia S. A. con el fin de que “se hagan las siguientes declaraciones:

“a) Que la Empresa Shellmar de Colombia S. A. ha violado la Convención Colectiva de Trabajo existente con el Sindicato de Trabajadores de la misma Empresa, especialmente en cuanto se refiere a la cuantía y forma de la remuneración del trabajo en domingos y días feriados (Art. 3°).

“b) Que, en consecuencia, está obligada a indemnizar los perjuicios causados a los trabajadores afectados por la violación, consistentes en el lucro cesante y daño emergente”.

Fundamentó los pedimentos anteriores en la violación por parte de la demandada del artículo 3° de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita entre ésta y el Sindicato de sus trabajadores, según el cual “cuando un trabajador de la Compañía preste sus servicios en días domingos o festivos, después de haber laborado los días hábiles de la semana, se le concederá una sobrerremu-

neración del salario equivalente a un día de jornal más del que actualmente otorga la ley”.

La empresa, al responder la demanda, por su apoderado, se opuso a las pretensiones del actor, sosteniendo que “no se ha negado a pagar los domingos laborados por encima de lo preceptuado en el artículo 11 del Decreto 2.351 de 1965, sino que el pago triple de dominicales y festivos trabajados existía en Shellmar desde abril de 1965, cuando la ley establecía únicamente el pago doble. Luégo los trabajadores no tienen derecho a acumular las dos normas...”.

Tanto el Juzgado del conocimiento, en su sentencia de 26 de febrero de 1970, como el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en la suya de 9 de mayo del mismo año, negaron las peticiones de la demanda. Por eso, el procurador judicial del sindicato interpuso recurso de casación y presentó en tiempo la respectiva demanda, replicada oportunamente por la empresa, en cuyo alcance de la impugnación pretende que, casada la del Tribunal, la Corte, en sede de instancia, revoque la del Juzgado y, en su lugar, “haga las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA. Que la empresa SHELLMAR DE COLOMBIA S. A. incumplió lo dispuesto en el artículo 3° de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con el SINDICATO DE TRABAJADORES DE SHELLMAR DE COLOMBIA S. A. el día veintiséis (26) de abril de mil novecientos sesenta y cinco (1965) por cuanto dejó de pagar la remuneración de un día de salario adicio-

nal al preceptuado en la ley por el trabajo realizado en días domingos y feriados.

"SEGUNDA. Que con la violación por parte de la Empresa SHELLMAR DE COLOMBIA S. A. de lo establecido por el artículo 3º de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Sociedad demandada y el Sindicato de sus trabajadores el día veintiséis (26) de abril de mil novecientos sesenta y cinco (1965), se causaron graves perjuicios tanto al Sindicato de Trabajadores de la Empresa SHELLMAR DE COLOMBIA S. A. como a los trabajadores afiliados a dicha organización sindical.

"TERCERA. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a la Sociedad SHELLMAR DE COLOMBIA S. A. a pagar a favor del Sindicato de TRABAJADORES DE SHELLMAR DE COLOMBIA S. A., la suma de CIENTO VEINTIUN MIL CINCUENTA Y TRES PESOS CON CINCUENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$ 121.053.59), valor de la remuneración adicional equivalente a un día de salario por el trabajo realizado en días domingos y feriados por los trabajadores afiliados a la organización sindical al servicio de la Sociedad demandada, a partir del día cuatro (4) de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), de conformidad con el artículo 3º de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre las partes el veintiséis (26) de abril de mil novecientos sesenta y cinco (1965)".

Para conseguir este fin formula un solo cargo del tenor siguiente:

"La sentencia acusada es violatoria de los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 172, 173, 174, 177, 178, 179 (Sustituído por el artículo 12 del Decreto 2.351 de 1965 y adoptado como Legislación permanente por el artículo 2º de la Ley 48 de 1968), 180, 181 (sustituído por el artículo 13 del Decreto 2.351 de 1965 - Artículo 3º de la Ley 48 de 1968) del Código Sustantivo del Trabajo por interpretación errónea que produjo consecuentemente la falta de aplicación del artículo 3º de la Convención Colectiva de Tra-

bajo suscrita entre la Empresa SHELLMAR DE COLOMBIA S. A. y su sindicato de Trabajadores el veintiséis (26) de abril de mil novecientos sesenta y cinco (1965), en relación con los artículos 467, 468, 469, 470, 471 (Sustituído por los artículos 37, 38 y 39 del Dcto. 2.351 de 1960 - Ley 48 de 1968), del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 1.602 del Código Civil".

En la sustentación del mismo, luego de transcribir los artículos 172, 173, 174, 177, 179, 180 y 181 del C. S. del T., el 12 y el 13 del Decreto 2.351 de 1965 y el 3º de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita entre las partes de este juicio el 26 de abril de 1965, asienta:

"De la lectura e interpretación de las disposiciones legales y convencionales que dejo transcritas, y cuyos subrayados son míos, se desprende claramente una distinción que se hace necesaria para resaltar la equivocada interpretación dada por el H. Tribunal Superior de Medellín, a las normas sustantivas violadas. Dicha distinción es la consistente en diferenciar la remuneración del descanso a (sic) la remuneración por el trabajo en dominicales y festivos" (subraya el casacionista).

El opositor hace ver que el recurrente en el alcance de la impugnación formula peticiones distintas de las que trae la demanda original, razón por la cual no puede aceptarse y copia al respecto jurisprudencia de esta Sala.

Esta objeción es válida, pues basta comparar las peticiones del libelo inicial del juicio y las de la demanda de casación, unas y otras transcritas arriba, para darse cuenta de que cuando aquel no impetraba condena alguna concreta, en ésta se solicita imponer a la demandada al pago de \$ 121.053.59 como valor de la remuneración de dominicales y festivos que se sostiene dejó de satisfacer a los demandantes. Y como lo ha afirmado la Corte en repetida jurisprudencia, que hoy reitera, es inaceptable pedir en casación prestaciones distintas de las solicitadas en la etapa procesal que corre desde la demanda hasta la primera

audiencia de trámite, por varias razones: a) Porque rompe "el equilibrio inter partes que debe ubicarse dentro de los términos en que se configura la relación jurídico procesal y no en ningún otro momento" (G. J. N° 2.210. P. 431); b) "Porque no habiendo sido discutida en el juicio (la nueva súplica), la sentencia no podía acogerla, ni decidir nada acerca de ella, so pena de incurrir en incongruencia" (G. J. N° 2.223, 2.224. Pág. 743); c) Porque "las súplicas en el recurso extraordinario están limitadas por el contenido mismo de la sentencia de segundo grado, de manera que son extrañas a su índole las que se formulen rebasando esos límites" (G. J. 2.330, 2.331. P. 906); d) Porque la Corte, en sede de instancia, luego de haber casado la sentencia de segundo grado, ocupa el lugar del Tribunal que la dictó y éste carece de facultad para fallar extra o ultra petita, facultad concedida privativamente por el artículo 50 del C. P. del T., al juez del conocimiento.

De otro lado, el único cargo estructurado en la demanda que se estudia incluye como infringido, al lado de las numerosas disposiciones que cita del C. S. del T., el artículo 3° de la Convención Colectiva celebrada entre las partes y también ha repetido la jurisprudencia que los ordenamientos de estos pactos o contratos no revisten el carácter de leyes nacionales que se requiere para que su violación dé lugar a la casación de un fallo.

Cuando el problema por resolver o la materia objeto del pleito es la interpretación de la cláusula de un contrato (que es en lo que consiste el evento de autos) la transgresión de la ley ocurre por vía in-

directa, a través del error de hecho resultante de la equivocada apreciación de la cláusula litigiosa, y no por interpretación errónea de las respectivas normas legales y del artículo de la convención o contrato, cuyo alcance se discute.

Para corroborar este aserto basta con observar que los tres hechos que contiene la demanda inicial del juicio son: el de la existencia de la citada cláusula 3ª de la Convención Colectiva, el de que la empresa se ha negado a cumplirla y el de que el Sindicato ha hecho diversas gestiones inútiles para conseguir su cumplimiento. Obvio es que siendo éstos los fundamentos fácticos de dicha demanda, mal puede convertirse el primero de ellos, en la casación, en precepto sustantivo de carácter nacional infringido por el fallo sub-lite.

No prospera, pues, el cargo.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia acusada.

Con costas a cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, COPIESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA GACETA JUDICIAL Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C., Tito Octavio Hernández.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION
(Capital de la Empresa)

El capital de la empresa que corresponde tener en cuenta, es el existente en el momento mismo en que el trabajador ha completado las dos condiciones exigidas por el artículo 260 del C. S. del T., para poder reclamar su pensión y no el poseído por la Empresa o patrono cuando en el patrimonio del trabajador no existía el derecho a reclamar tal prestación.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera.- Bogotá, D. E., octubre treinta de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente Dr. Mario Barrios).

(Acta N° 65).

LUIS TEODOLFO LUQUE DOMINGUEZ demandó ante el Juzgado Cuarto del Trabajo de esta ciudad, a la empresa denominada "GRAN FABRICA DE LADRILLOS MOORE S. A.", hoy, "LADRILLOS MOORE S. A.", representada por su Gerente Mario Leal Morales para que, previos los trámites de un juicio ordinario laboral de mayor cuantía, sea condenada al reconocimiento y pago de la pensión mensual de jubilación a que se considera con derecho, a partir del día 15 de marzo de 1964, y al pago de las costas y gastos del juicio.

Los hechos en los cuales sustenta las anteriores peticiones el actor, indican que éste ingresó al servicio de la demandada el primero de febrero de 1935 y sin interrupción cumplió las labores que le fueron encomendadas hasta el día siete de febrero de 1956; que el quince (15) de marzo de 1964 cumplió cincuenta y cinco (55) años de edad; que al día siguiente se dirigió a la dirección de la empresa demandada en solicitud del reconocimiento de su derecho a la pensión jubilatoria, pero que ésta sin fundamento alguno se lo negó; que durante el último año de labores al servicio de la empresa demandada, recibió mensualmente co-

mo remuneración o sueldo, la suma de \$ 800.00 y además primas y bonificaciones, que deberán computarse en la liquidación respectiva, y por último, que como el 15 de marzo del año de 1964 cumplió la edad requerida por la ley, a partir de entonces se le decreta la pensión que reclama.

Admitida la demanda se ordenó correr traslado de ella a la empresa demandada, cuyo apoderado la contestó expresando no ser ciertos algunos de los hechos expuestos y no constarle otros, a la vez que propuso las excepciones perentorias de prescripción, compensación, pago total de las obligaciones e ineptitud sustantiva de la demanda.

Cumplidos los trámites de rigor, el Juzgado del conocimiento puso fin a la instancia en sentencia de fecha 14 de junio de 1966, por medio de la cual condena a la empresa demandada a pagar al demandante Luque Domínguez la suma de \$ 600.00 mensuales por concepto de pensión vitalicia de jubilación, a partir del 16 de marzo de 1964; declaró no probadas las excepciones propuestas y dispuso las costas a cargo de la parte vencida.

La sentencia en cuestión fué apelada por el apoderado de la sociedad demandada, y llegados los autos al conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá, su Sala Laboral en providencia fechada el 27 de julio de 1966, confirmó en todas sus partes la recurrida e impuso las costas a cargo de "Ladrillos Moore S. A.", la que inmediatamente después, por medio de su apoderado, inter-

puso el recurso extraordinario de casación, el cual procede esta Sala a decidir.

En la demanda respectiva se señala el alcance de la impugnación en los siguientes términos: "... pretendo que la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral CASE PARCIALMENTE la sentencia de fecha 27 de julio de 1966, proferida por el H. Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral, dentro del juicio laboral instaurado por Luis Teodolfo Luque contra la Sociedad "Ladrillos Moore S. A." en cuanto por dicho fallo se condenó a la empresa demandada a pagar al demandante una pensión vitalicia de jubilación de seiscientos (\$ 600.00) pesos mensuales a partir del 16 de marzo de 1964, y en su lugar procediendo en función de instancia infirme la sentencia recurrida y consecuentemente absuelva a la parte demandada de todas y cada una de las súplicas de la demandada condenando en costas a la parte actora".

Indica el recurrente que impugna la sentencia del Tribunal con fundamento en la causal primera del artículo 70 (sic) del Decreto 528 de 1964, por ser violatoria de ley sustancial. Y acto seguido procede a formular dos cargos contra ella, concebido el primero en los siguientes términos:

"La sentencia acusada viola por vía indirecta en la modalidad de aplicación indebida, la norma sustancial de carácter laboral contenida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con el art. 195 del mismo C. S. del T.". Dice el casacionista que "esta infracción se produjo por aplicación indebida a causa de los ERRORES DE HECHO en que incurrió el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por equivocada apreciación de la prueba del Capital de la sociedad demandada consistente en la copia auténtica de la declaración de renta de la empresa correspondiente al año gravable de 1955, año inmediatamente anterior al de la terminación del contrato de trabajo existente entre el actor Teodolfo Luque Domínguez y la sociedad "Ladrillos Moore S. A." en esa época "Gran Fábrica de Ladrillos Moore S. A."

La tesis en la cual apoya la sustentación del cargo el recurrente tiende a demostrar que la prueba idónea para establecer el capital de la empresa demandada, no es otra que la declaración de renta y patrimonio con la respectiva liquidación de la Administración de Hacienda Nacional correspondiente al año inmediatamente anterior a la terminación del contrato de trabajo, o sea, la del año de 1955, y no la inmediatamente anterior, como lo entendió el sentenciador, al año de 1964, o sea la correspondiente a 1963, tomando en consideración que fué en 1964 cuando el extrabajador Luque Domínguez cumplió la edad exigida por la ley, todo lo cual ha sido expresado por el Tribunal así:

"La entidad demandada allegó copias de declaraciones de Renta y Patrimonio correspondientes a los años de 1954, 1955 y 1956 y solo se acompañaron las liquidaciones practicadas por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, en los años de 1954 y 1956, para comprobar su patrimonio gravable en los mismos. Considera la Sala que la parte demandada no comprobó su capital en los términos del artículo 195 del C. S. del T., porque la prueba idónea era la declaración de renta y patrimonio con la respectiva liquidación de la Administración de Hacienda, correspondiente al año de 1963, por haberse perfeccionado en 1964 el derecho del demandante, a la pensión que en el año de 1956 no pasaba de ser una expectativa y porque, aún en el evento de que el patrimonio gravable demostrable fuera el de 1955, no acompañó la liquidación del año respectivo, pues es reiterada la jurisprudencia que indica que sólo esta liquidación comprueba que se halló correcta la declaración para efectos de la liquidación de los impuestos respectivos".

SE ESTUDIA

El recurrente sitúa el cargo en el campo probatorio, aduciendo que el error que imputa al sentenciador obedeció a la equivocada apreciación de la prueba del capital de la sociedad demandada consistente en la copia auténtica de la declaración de ren-

ta de la empresa correspondiente al año gravable de 1955, año inmediatamente anterior al de la terminación del contrato de trabajo que ligó al señor Teodolfo Luque Domínguez con "Ladrillos Moore S. A.", que lo condujo a aplicar indebidamente las disposiciones que cita en el cargo que se analiza.

Ocurre que el Tribunal en la sentencia acusada no desconoce ni resta valor a la prueba señalada por el recurrente como mal apreciada y ni siquiera apoya en ella su decisión de fondo como quiera que simplemente de la interpretación que hizo de las normas acusadas —arts. 260 y 195 del C. S. del Trabajo—, ha sacado en conclusión que para la demostración del capital de la empresa demandada la prueba adecuada o pertinente no es precisamente la allegada a los autos, sino la inmediatamente anterior al año de 1964, por haberse perfeccionado en este año el derecho del demandante a la pensión jubilatoria, lo que quiere significar que el recurrente equivocó la vía de ataque ya que el cargo ha debido formularse por vía directa y particularmente por interpretación errónea de las disposiciones que considera infringidas por el adquem, circunstancia que le resta prosperidad a la acusación.

El segundo cargo lo presenta el recurrente así:

"La sentencia acusada viola directamente la norma sustantiva de carácter laboral contenida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con el artículo 195 del C. S. del Trabajo por interpretación errónea de este precepto en que incurrió el H. Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, por el equivocado entendimiento de la disposición contenida en el artículo 195 del C. S. del T. al considerar que en materia de pensiones de jubilaciones al decir la norma que "para los efectos de este Código se entiende por capital de la empresa el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior... etc." (subrayado del recurrente) se refiere al año inmediatamente anterior al que determina el cumplimiento

to de la edad requerida para consolidarse el derecho a pensión de jubilación y no el año anterior a la fecha de terminación de la relación laboral o como lo ha entendido la jurisprudencia el capital que "posea el patrono el último día del año inmediatamente retropróximo a la terminación del contrato".

La tesis que involucra el recurrente dentro del cargo mismo, la desarrolla más ampliamente en su sustentación, insistiendo en que, la prueba adecuada para la demostración del capital de la empresa demandada no es otra que la declaración de renta y patrimonio de la misma, correspondiente al año inmediatamente anterior a aquél en que concluyó la relación laboral y no la anterior al año en el cual el actor cumplió la edad de cincuenta y cinco años, o sea, en el que se perfeccionó su derecho a la pensión de jubilación, tesis ésta sostenida por el sentenciador en la providencia acusada.

SE ESTUDIA

Como es obvio, dada la vía utilizada por el recurrente, entre éste y el sentenciador, en lo relativo al supuesto fáctico, existe total acuerdo. Quiere esto decir, que se encuentra demostrado en los autos que el señor Luque Domínguez ingresó al servicio de la empresa demandada el día primero (1º) de febrero de 1935 y laboró en ella ininterrumpidamente hasta el siete (7) de febrero de 1956, o sea, que trabajó a su servicio por un lapso superior a los veinte (20) años, y además, que el quince (15) de marzo de 1964 cumplió el demandante cincuenta y cinco (55) años de edad.

Examinados estos factores a la luz del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, se tiene que en la fecha última mencionada arriba, el actor cumplió, para tener derecho a la pensión de jubilación que reclama, con dos requisitos esenciales, el tiempo de servicio y la edad exigida por la ley. Esta a su turno dispone que esta obligación está a cargo de toda empresa que tenga un capital de \$ 800.000.00 o superior. La discrepancia que se ha presentado estriba en determinar, al tenor de lo preceptua-

do por el artículo 195 de la obra citada, si la prueba que el patrono debe presentar para establecer su capital es la correspondiente al año inmediatamente anterior a la terminación del contrato de trabajo, en el caso de autos la declaración de renta y patrimonio del año de 1955, tesis sostenida por el impugnador, o la del año inmediatamente anterior a la de aquél en el cual se perfeccionó el derecho del actor, por haber llegado a la edad señalada por la ley, es decir, la del año de 1963, fundamento de la sentencia acusada.

El derecho a la pensión de jubilación de conformidad con lo que dispone el artículo 260 del C. S. del Trabajo, se adquiere por el trabajador al cumplir veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos a una misma empresa de capital de \$ 800.000.00 o más y la edad señalada por la misma norma, cincuenta años si se trata de mujer y cincuenta y cinco si de varón. Ahora bien, la prueba del capital de la empresa o patrono, que por mandato legal es de su cargo, cuando el derecho a la pensión de jubilación se adquiere por el trabajador durante el desempeño de las labores, o en otras palabras, durante la vigencia del contrato y se retira de inmediato de su cargo, es la correspondiente al año próximo anterior a la terminación de la relación laboral. Mas no ocurre lo mismo cuando cumplidos los veinte años de servicios la edad la cumple el trabajador posteriormente, terminado ya el contrato de trabajo, pues hasta entonces en relación con la pensión no se han cumplido todos los requisitos de ley, caso en el cual la prueba es la del año

inmediatamente anterior a aquél en el cual con la edad requerida, adquirió el derecho a la prestación. Y es que en verdad es en el momento en que nace el derecho, cuando interesa conocer si el patrono tiene la capacidad económica que la ley señala para asumir la correlativa obligación al mismo derecho, de reconocer y pagar la pensión jubilatoria. Así, pues, el capital de la empresa que corresponde tener en cuenta, es el existente en el momento mismo en que el trabajador ha completado las dos condiciones exigidas por el artículo 260 tantas veces citado para poder reclamar su pensión y no el poseído por la empresa o patrono cuando en el patrimonio del trabajador no existía el derecho a reclamar tal prestación, como lo hace ver el opositor en su escrito de réplica.

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, del Tribunal Superior de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

PUBLIQUESE, COPIESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL" Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón; Ramiro Araújo Grau, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



NOCION DE EMPRESA

Las instituciones de utilidad común, como los hospitales, son empresas desde el punto de vista laboral, pues en ellas están reunidos el capital y el trabajo, para conseguir fines sociales, ajenos al lucro. Si el capital invertido en dichas instituciones es igual o mayor al señalado en la ley, sus trabajadores adquieren derecho a las prestaciones especiales, en la forma restringida que establece el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera.- Bogotá, D. E., dos de noviembre de mil novecientos setenta.

(Ponente, Abogado Asistente: Dr. Tito Octavio Hernández).

(Acta N° 68).

JOSE A. VARON RICO, por medio de apoderado, demandó ante los jueces del Trabajo de Bogotá (Repartimiento) a la entidad denominada "HOSPITAL DE LA MISERICORDIA" —José Ignacio Barberi—, con domicilio en esta ciudad, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"PRIMERA: Que, entre la entidad "HOSPITAL DE LA MISERICORDIA" "JOSE IGNACIO BARBERI" y JOSE A. VARON RICO, existió un contrato de trabajo en el lapso comprendido del dos (2) de enero de mil novecientos treinta y seis (1936) al treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962)".

"SEGUNDA: Que se condene a la entidad demandada a pagar a favor del doctor JOSE A. VARON RICO una pensión vitalicia de jubilación en cuantía de UN MIL CIENTO VEINTICINCO PESOS (\$ 1.125.00) Moneda corriente mensuales a partir del primero (1°) de enero de mil novecientos sesenta y tres (1963)".

"TERCERA: Que se condene al "HOSPITAL DE LA MISERICORDIA JOSE IGNACIO BARBERI" a pagar a favor del de-

mandante la cantidad de DIECIOCHO MIL PESOS (\$ 18.000.00) moneda legal, valor del auxilio de cesantía por mayor tiempo servido".

"CUARTA: Que se condene a la entidad demandada a pagar a favor del doctor JOSE A. VARON RICO, la cantidad de SEIS MIL PESOS (\$ 6.000.00) moneda corriente como compensación de las vacaciones causadas y no disfrutadas correspondientes a los cuatro últimos años de servicio".

"QUINTA: Que se condene al "HOSPITAL DE LA MISERICORDIA JOSE IGNACIO BARBERI" a pagar a favor del demandante la cantidad de CINCUENTA PESOS (\$ 50.00) moneda corriente por cada día de retardo en el pago de los salarios y prestaciones sociales solicitados por medio del presente escrito, a partir del primero de enero de mil novecientos sesenta y tres, y hasta la fecha en que se efectúe su cancelación, como indemnización moratoria".

"SEXTA: Que se condene a la entidad demandada al pago de las costas del juicio".

Como hechos de la demanda, relaciona estos:

Trabajó al servicio de la entidad demandada, continuamente, del 2 de enero de 1936 al 31 de diciembre de 1962, así: encargado de consulta externa hasta el 31 de agosto de 1937; Jefe del Pabellón Sáenz de niños tuberculosos, del 1° de septiembre de 1937 al 15 de noviembre de 1960, y del 16 de noviembre del mismo año, al 31 de diciembre

de 1962 como Sub-Director. En los dos últimos años devengó un sueldo mensual de \$ 1.500.00. No disfrutó de vacaciones en los cuatro años finales de vinculación a ese establecimiento. Por supresión del cargo, dejó de prestar sus servicios, e infructuosamente ha venido solicitándole al Hospital, desde enero de 1963, el pago de las prestaciones que le corresponden, de acuerdo con la ley.

En su contestación, el abogado de la parte demandada niega los hechos tal como los presenta el actor, y manifiesta que éste, "por algunas épocas" atendió como médico ayudante un servicio de lucha antituberculosa en el Pabellón Sáenz, dependiente de la Liga Antituberculosa Colombiana, entidad distinta e independiente del Hospital de la Misericordia José Ignacio Barberi, pero en los dos últimos años sí prestó servicios al Hospital como Sub-Director.

Agrega el mismo apoderado que el demandante desempeñó otros cargos oficiales, y por ese servicio, hoy disfruta de pensión de jubilación por intermedio de la Caja Nacional de Previsión, y que el Hospital estaba en imposibilidad física para cancelarle las prestaciones "por carencia absoluta de fondos".

Finalmente, la parte demandada propone como excepciones las de inexistencia de la obligación, inepta demanda, fuerza mayor en lo referente a la indemnización por mora, y prescripción.

El Juez Sexto Laboral de Bogotá, a quien correspondió el conocimiento de este negocio, condenó al Hospital de la Misericordia "José Ignacio Barberi" a pagar a José A. Varón Rico las siguientes prestaciones: \$ 562.50 mensuales a partir del 1º de enero de 1963 por concepto de pensión de jubilación, \$ 3.750.00 por reajuste de cesantía, \$ 3.000.00 por vacaciones y \$ 11.050.00 como indemnización moratoria. De oficio declaró probada la excepción; de pago hasta por la suma de \$ 2.103.74 en relación con las condenas anteriores, y no probadas las excepciones propuestas. Ade-

más, condenó a la parte demandada al 90% de las costas del juicio.

Apelaron los apoderados de ambas partes y el Tribunal Superior de la misma ciudad, en fallo del 14 de febrero de 1966, decidió el asunto así:

"1º. REVOCAR, como en efecto REVOCAR, el Literal a) del Ordinal Primero de la sentencia apelada, en el sentido de ABSOLVER al HOSPITAL DE LA MISERICORDIA "JOSE IGNACIO BARBERI" de la petición sobre pensión de jubilación formulada en el libelo de demanda por el señor apoderado judicial del doctor JOSE A. VARON RICO, mayor de edad y vecino de Bogotá".

"2º. MODIFICAR, como en efecto MODIFICAR, el Ordinal Cuarto, de la misma sentencia, en el sentido de reducir la condena en costas de la primera instancia de un 90% a un 50%.

"3º. CONFIRMAR, como en efecto CONFIRMAR, en todo lo demás, la sentencia apelada.

"4º. SIN COSTAS en esta instancia".

El apoderado del demandante interpuso el recurso de casación, que le fue concedido, y tramitado convenientemente en esta Sala se va a decidir previo estudio de la demanda que lo sustenta y del escrito de oposición.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación.

Pretende que la Corte infirme el ordinal 1º de la sentencia recurrida porque en él revoca la condena por concepto de jubilación, y absuelve respecto de esa solicitud y que, en función de instancia, confirme el literal a) del ordinal primero del fallo de primer grado y, en consecuencia, condene al Hospital al pago de \$ 562.50 mensuales a partir del 1º de enero de 1963 por concepto de jubilación.

Para el efecto, con apoyo en la causal 1ª del art. 87 del Código Procesal del Trabajo, formula dos cargos, el segundo como subsidiario del que le precede.

“Primer cargo.-

“La sentencia acusada viola los preceptos legales sustantivos del orden nacional contenidos en los artículos 259, 260, 338 del Código Sustantivo del Trabajo, 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 53 de 1952 (enero 15), por interpretación errónea, como consecuencia de la no aplicación de los artículos 195 y 272 del mismo Código Sustantivo del Trabajo”.

Admitiendo, en gracia de discusión —dice el casacionista— que el Hospital de la Misericordia —José Ignacio Barberi—, sea una Institución de utilidad común y, de consiguiente, un patrono sin ánimo de lucro, la interpretación que el ad-quem ha hecho de las normas legales y reglamentarias citadas, no consulta su verdadero entendimiento, pues el artículo 259, al consagrar la obligación de pagar las llamadas prestaciones especiales, comprende no solamente a las empresas, sino también a los patronos. El 260 se refiere únicamente a las empresas, pero no puede interpretarse —agrega— en el sentido de que él excluye el concepto de patrono.

Copia a continuación el texto del artículo 338 del C. S. del T. y de su Decreto reglamentario N° 53 de 1952, y comenta, refiriéndose concretamente al art. 3º de este último estatuto, que esta norma dispone con toda claridad que los patronos sin ánimo de lucro deben pagar el 50% de cada una de las prestaciones que fija la ley y no solamente de las ordinarias como equivocadamente lo ha interpretado el ad-quem.

Alude, luego, el recurrente, al artículo 195 del mismo Código cuyo texto transcribe, y expresa que en él no se excluyen los patronos sin ánimo de lucro, quienes, con mayor razón, deben acreditar ante el Juez que su capital tiene fines sociales, máxime en el caso de las instituciones de utilidad común.

Afirma, finalmente, que si el Tribunal no

hubiese incurrido en la errónea interpretación y en la falta de aplicación de los preceptos legales sustantivos señalados en el cargo, habría concluido, como lo hizo el a-quo, que el Hospital está obligado a pagar la pensión de jubilación que se demanda.

La Sala considera:

El Tribunal dijo, en lo pertinente:

“PENSION DE JUBILACION.- De conformidad con el art. 260 del Código Sustantivo del Trabajo, tienen derecho a la pensión de jubilación aquellos trabajadores que, habiendo servido por 20 años o más, lleguen a los 55 años de edad. Se requiere, además, que sus servicios, continuos o discontinuos, se hayan prestado a empresas de un capital no inferior a \$ 800.000.00”.

“Lo anterior quiere decir que la pensión de jubilación sólo corre a cargo de las empresas cuyo capital sea de \$ 800.000.00, o superior, y que los patronos sin el carácter de empresa o las empresas cuyo capital no alcance a los \$ 800.000.00, están exentos de esta obligación”.

“Por empresa se entiende toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica que correspondan a actividades económicas similares, conexas o complementarias, y que tengan trabajadores a su servicio (Art. 194 del Código Sustantivo del Trabajo). La empresa persigue un fin de lucro, a diferencia de la Institución de Utilidad Común que, como su nombre lo indica, opera bajo el incentivo del servicio y con carencia absoluta de fines lucrativos. Si ello es así, mal puede concluirse, como lo hizo el a-quo, que la demandada tiene obligación de pagar la pensión de jubilación”.

El problema que se debate en el caso de autos es igual, en sus aspectos esenciales, al contemplado en el juicio seguido contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales por Federico Delgado. Por tanto, para resolver la acusación que se examina en el

presente negocio, la Sala estima pertinente transcribir lo que al respecto dijo en fallo del 31 de octubre de 1964.

“Es evidente que el legislador al definir lo que debe entenderse por “empresa” para los efectos contemplados en el Código Sustantivo del Trabajo, acoge el significado económico que a este vocablo se asigna y con este criterio, al precisar el concepto, dice que es la “unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas, similares, conexas o complementarias, y que tengan trabajadores a su servicio” según puede apreciarse de lo preceptuado por el artículo 194 del mencionado Estatuto Laboral”.

“También es cierto que la Ley 90 de 1946, que establece el seguro social obligatorio y crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, dispone que el Instituto tiene fines de servicio social y no de lucro para el Estado o para la misma institución (Art. 71 de dicha ley).

“Sin embargo, las circunstancias y hechos anotados no permiten llegar a la conclusión del Tribunal, en cuanto afirma que la obligación impuesta por el art. 306 del C. S. T. sobre pago de la prima de servicios, no cubre o comprende al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, en razón de que no es una “empresa”. En efecto, se ha creído que la definición dada en el Código Sustantivo del Trabajo, de lo que se entiende por empresa, obedece a la finalidad de establecer una distinción entre patrono empresario y simple patrono, para los efectos de imponer a los primeros determinadas prestaciones de que están exentos los últimos. Sin embargo, si se atiende al régimen legal establecido en dicho estatuto respecto a las prestaciones patronales tanto comunes como especiales, no queda duda de que comprende como obligado a su reconocimiento y pago a todo patrono, sea o no empresario. Así, en lo referente a las prestaciones comunes, el art. 193 del C. S. T., las impone, en forma general, a todos los patronos, salvo las excepciones que en

Título VIII se consagran. Con relación a las prestaciones especiales que se regulan en el Título IX, ha obrado en apoyo de la mencionada creencia, la circunstancia de que el Código utiliza el vocablo “empresa” al referirse a la parte patronal obligada, en las disposiciones que regulan la pensión de jubilación (art. 260), el auxilio por enfermedad no profesional e invalidez (arts. 277 y 278), y el seguro de vida colectivo (art. 289), entre otras”.

“No obstante lo anterior, analizado cuidadosamente el punto, se aprecia que la aludida distinción es más aparente que real, si se tiene en cuenta la regla general contenida en el art. 259 del C. S. T., que permite establecer con criterio interpretativo, un campo más amplio de aplicación de las normas que regulan las prestaciones patronales especiales. Dice así esta disposición:

“Art. 259.- “Los patronos o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo Capítulo.- 2- Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto” (Ha subrayado la Sala).

“El contenido de la norma que se deja transcrita, conduce a afirmar que, en realidad, lo que se advierte en el Código, es la identificación de conceptos existentes entre los vocablos “patrono o empresa” que emplea la mencionada disposición, para efectos de individualizar o determinar los sujetos patronales obligados al pago de las prestaciones especiales que allí se establecen, sin utilizar ningún otro criterio excluyente de esa obligatoriedad, que el factor económico resultante del capital de la empresa y la modalidad de permanencia de la misma, para ciertos casos.

“Así las cosas, si de lo que se trata, como es evidente, es de regular en su alcance y contenido los efectos derivados de un contrato de trabajo y, concretamente, de un derecho o prestación especial que se reclama de un patrono con fundamento en ese contrato, no cabe la menor duda de que su existencia, alcance, protección y efectos, son los que se determinan en el Código Sustantivo del Trabajo”.

“Por otra parte, no discutiéndose que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales tiene la calidad de patrono de los trabajadores a su servicio, la circunstancia de que no persigue lucro en el desarrollo de sus actividades que le son propias, no lo libera de cumplir las obligaciones establecidas por el Código Sustantivo del Trabajo, las que sólo pueden ser limitadas en su cuantía por disposición del Gobierno, pero, en ningún caso, suprimidas, si se atiene a lo establecido por el art. 338 del mismo estatuto, que antes se dejó transcrito”.

Y en el juicio de Bárbara León Osorio contra el Hospital de San Vicente de Paúl, expuso la misma Sala:

“La empresa, desde un punto de vista jurídico económico, es la organización de los dos factores de la producción: capital y trabajo. No es requisito esencial para que ella exista, que persiga un fin de lucro; la explotación económica a que se refiere el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, debe entenderse en el sentido anotado, o sea la organización de los dos factores para perseguir fines comunes. Como dice Barassi, “Es obvio que la empresa, o sea la organización de la explotación, se propone por regla general, un fin de lucro. No es un presupuesto de la “empresa” como acto de comercio (art. 2.195); pero es cierto que el legislador tuvo especialmente presente esta hipótesis. De cualquier modo, puede faltar en la realidad. Por regla general, hay que excluir que esto influya en el régimen de las relaciones de trabajo individual”. Tratado de Derecho del Trabajo. Pág. 273.- Edición de 1953...”

Es pues, la colaboración entre el capital

y el trabajo lo que caracteriza a la empresa. En derecho laboral la noción de empresa es más amplia que la de patrono y ha sido establecida con el objeto de evitar fraudes a la Ley, finalidad que se logra evitando el fraccionamiento de actividades económicas similares, conexas o complementarias, que son consideradas como una sola unidad de explotación económica, y gravando a la empresa en sí misma considerada con las prestaciones sociales a favor de sus trabajadores, sin tener en cuenta el propietario, usuario o poseedor, quien puede variar, sin que por ello desaparezca la obligación de pagar las prestaciones sociales. Pero el sujeto del contrato de trabajo continúa siendo el patrono, el empleador, la persona jurídica o natural, pues la empresa, considerada como un sistema de organización entre el capital y el trabajo, no es un sujeto de derecho. Por eso se ha criticado nuestro derecho positivo cuando dice que las empresas son las obligadas, debiendo referirse, con más propiedad, a los empresarios. Cuando en el Capítulo de las prestaciones sociales especiales, nuestro Código menciona preferentemente a las empresas para consagrar dichas prestaciones en favor de sus trabajadores, lo hace en consideración al capital invertido, sin que tenga en cuenta el ánimo de lucro de los empresarios. A diferencia de otras legislaciones, la nuestra protege el trabajo subordinado, cualquiera que sea su finalidad, y únicamente por razones de equidad, restringe las prestaciones, sin eliminarlas totalmente, cuando la empresa no persigue el lucro en sus actividades. Por eso el artículo 338 del C. S. del T. habla de patronos sin ánimo de lucro, en el cual, como es natural, quedan comprendidas las empresas que no tienen dicho ánimo, aun cuando del título del respectivo capítulo pueda entenderse otra cosa, pues, como ya se dijo, el patrono es el sujeto del contrato de trabajo, y la empresa es una entidad, formada por la organización del capital y el trabajo. Las instituciones de utilidad común, como los hospitales, son empresas desde el punto de vista laboral, pues en ellas están reunidos el capital y el trabajo, para conseguir fines sociales, ajenos al lucro. Si el capital invertido en dichas instituciones es

igual o mayor al señalado en la ley, sus trabajadores adquieren derecho a las prestaciones especiales, en la forma restringida que establece el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo”.

De consiguiente, el cargo prospera y la sentencia debe ser casada, por ese aspecto, para resolver en instancia lo que sea de rigor.

La prosperidad del cargo anterior releva a la Sala de entrar a considerar el segundo, propuesto con carácter subsidiario.

FALLO DE INSTANCIA

Según los datos recogidos en la diligencia de inspección ocular, José A. Varón trabajó al servicio de la Institución demandada, primero como médico del Pabellón de Tuberculosis, y luego en el cargo de Sub-Director, desde enero de 1938 hasta diciembre inclusive de 1962, o sea durante 25 años, y el último sueldo mensual, devengado del 16 de diciembre de 1960 a la fecha de extinción del contrato, fue de \$ 1.500.00. Además, el requisito de la edad se desprende del documento visible a folios 9.

En cuanto al capital, la parte demandada no demostró, como ha debido hacerlo, de acuerdo con el mandato del art. 195 del C. S. del T., que él fuese inferior a \$ 800.000.00. Luego, según la misma norma, se presume

que tiene el capital necesario para pagar la prestación demandada.

De ahí que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 259 y 260 del C. S. T. en concordancia con la Ley 171 de 1961, y su Decreto reglamentario N° 1.611 de 1962, ord. 8°; del art. 338 del mismo Código y el art. 3° del Decreto 53 de 1952, que lo reglamenta, el monto de la pensión de jubilación equivale, en este caso, a \$ 562.50 mensuales, o sea el valor especificado en el fallo de primer grado, con efecto a partir del 1° de enero de 1963, fecha en que el trabajador se separó del servicio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia recurrida en cuanto absuelve de la pensión de jubilación y, en su lugar, confirma en el mismo punto el fallo de primer grado. No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

PUBLIQUESE, COPIESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA GACETA JUDICIAL Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina; Blas Herrera Anzoátegui, Con-juez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA ADJETIVA

Ella ocurre, cuando ambas partes o una de ellas no (menores, impúberes, sordomudos, interdictos, etc.) son hábiles para comparecer libremente en juicio o cuando, a pesar de serlo, no existe un mandato o poder en forma que confiera autoridad legítima para representarlos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera.- Bogotá, D. E., noviembre tres de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

(Acta N° 66).

Se encuentra para decidir el recurso extraordinario de casación que interpuso "EMBOTELLADORA DE PEREIRA S. A.", contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio que contra la sociedad inició EZEQUIEL HERRERA TORO, y que concedido por el *ad-quem* fue admitido por esta Sala.

ANTECEDENTES:

El señor Ezequiel Herrera Toro presentó demanda ordinaria laboral contra la sociedad "Embotelladora de Pereira S. A.", representada por Libardo Parra Rojas y Darío Cortés C., éste último encargado de la Gerencia por encontrarse el primero gozando de vacaciones, para que fuere condenada a pagarle el valor de la indemnización por despido injusto, el correspondiente a descansos remunerados de los domingos y demás días festivos, el reajuste de las prestaciones sociales, la pensión de jubilación especial cuando llegue a la edad de 60 años y las costas del juicio.

El apoderado del demandante indicó en los hechos del libelo que éste entró al servicio de la empresa el 12 de marzo de

1958, trabajando en sus fábricas de Pereira y Armenia hasta el 10 de mayo de 1968, cuando fue despedido sin justa causa, esto es que el tiempo de vinculación a la sociedad fue de 10 años, 2 meses y 2 días; que devengaba como retribución por sus servicios únicamente comisiones sobre las ventas, de manera que el valor de los descansos dominicales y festivos no se le cubrían en los términos de los artículos 176 y 177 del C. S. del T., y que, el representante legal de Embotelladora de Pereira S. A. es el señor Libardo Parra R., pero por la circunstancia de estar éste gozando de vacaciones, el encargado de la Gerencia es Darío Cortés C.

En derecho apoyó la demanda en los artículos 8° del Decreto N° 2.351 de 1965, 8° de la Ley 171 de 1961, 11 del Decreto 1.611 de 1962 y 176, 177, 186, 249 y 306 del C. S. del T.

El Juzgado del conocimiento que lo fue el Segundo (2°) Municipal del Trabajo de Pereira, admitió la demanda y ordenó correr traslado de ella al representante de la demandada. El auto correspondiente fue notificado a Darío Cortés C. Posteriormente el notificado confirió poder al abogado Gustavo Gil Morales, manifestando que su condición de representante legal de la sociedad no aparecía "registrado estatutariamente", pero que en nombre de la entidad que presuntivamente gerenciaba, facultaba al apoderado para dar contestación al libelo, para proponer excepciones y llevar su representación y la de Embotelladora de Pereira S. A., si fuere el caso, en todo el curso del juicio y para sustituir, desistir,

recibir, transigir, conciliar e interponer recursos.

El mandatario judicial acreditado, negó los hechos y expresó:

“En relación con la personería de la sociedad demandada, debe tenerse en cuenta que en ausencia del Gerente Titular la sociedad queda representada, por mandato estatutario, por los miembros de la Junta Directiva, en su orden”.

Con fundamento en la anterior manifestación propuso como excepción “la originada en el hecho de que Darío Cortés C., no es hasta el momento el representante legal de la Sociedad demandada, ya que en ausencia del Gerente Titular de la Sociedad es representada por los miembros Principales y Suplentes, en su orden, de la Junta Directiva”. También propuso las excepciones perentorias de prescripción, “inexistencia de las prestaciones e indemnizaciones que se reclaman” y la genérica.

La primera audiencia se celebró el 7 de octubre de 1968, sin que comparecieran los apoderados de las partes, y en ella el Juzgado decidió la primera de las excepciones propuestas, así:

“El doctor Gustavo Gil Morales, apoderado de la empresa ‘EMBOTELLADORA DE PEREIRA S. A.’ ha propuesto una excepción no denominada, en el juicio que le ha promovido a ella el señor Ezequiel Herrera Toro, consistente en el hecho de que Darío Cortés no es el representante legal de la sociedad demandada, ya que en su ausencia, la representan estatutariamente los miembros principales y suplentes en su orden, de la Junta Directiva.

“El Dr. Mejía López, apoderado del demandante, señala como Gerente TITULAR de la empresa demandada al señor Libardo Parra y añade que éste actualmente goza de vacaciones y que está reemplazado en su cargo por el señor Darío Cortés.

“El art. 2º del Decreto 2.351 de 1965 establece la obligación para los patronos que

tengan sucursales o agencias de su establecimiento en otros municipios, distintos del domicilio principal, de constituir únicamente en cada uno de ellos un apoderado con la facultad de representarlos en juicio o controversias relacionadas con los contratos de trabajo que se hayan ejecutado o deban de ejecutarse en el respectivo municipio. El ordinal 2º de esta norma dice: que a falta de tal apoderado, se tendrán como hechas al patrono las notificaciones administrativas o judiciales que se hagan a quien dirija la correspondiente agencia o sucursal; y éste será solidariamente responsable cuando omita darle al patrono aviso oportuno de tales notificaciones.

“En el caso que estudiamos el Dr. Mejía ha traído la prueba consistente en el certificado de la Cámara de Comercio, en el cual consta que el señor Libardo Parra es el representante legal de la empresa demandada; y el apoderado de la empresa demandada ha aceptado la ausencia del gerente titular y por esta razón dice que los únicos representantes de ella son los miembros principales y suplentes en este evento.

“El Juzgado considera que la ley al obligar a todas las empresas o patronos que tengan sucursales o agencias, a tener registrado públicamente un representante legal, lo hace con el fin de que las notificaciones a sus representantes o por el continuo cambio de él, y como en el caso presente el gerente se encuentra ausente, es del caso aceptar como representante legal a la persona que lo ha reemplazado en la gerencia con la anuencia del titular y de sus directivos, pues para él existe la obligación de poner en conocimiento de la empresa las notificaciones que a él se le hagan y que van dirigidas contra ellas, porque de omitirlo le acarrearía sanciones.

“La ausencia del gerente titular se puede tener como una falta de apoderado para el caso de las controversias relacionadas con el contrato de trabajo, y el señor Darío Cortés es la persona que actualmente ocupa el cargo de gerente encargado de la empresa y como tal asume todas las funciones del titular, entre ellas la de represen-

tar a la empresa en el juicio que se ventila en este momento.

"Las razones anteriores llevan al Juzgado a la convicción de que no hay ninguna ilegitimidad de personería en la parte demandada; por lo tanto declara no probada la excepción propuesta por el apoderado de la sociedad demandada".

El auto anterior no fue reclamado.

Tramitada la instancia en legal forma, el Juzgado en sentencia de 12 marzo de 1969, decidió lo siguiente:

1º. Declarar no probadas las excepciones propuestas a nombre de la Embotelladora de Pereira S. A., por su apoderado;

2º. Condenar a la Sociedad, representada por su actual Gerente señor Darío Cortés C. a pagar al señor Ezequiel Herrera Toro, la cantidad de veintitún mil ciento sesenta y tres pesos con setenta y tres centavos "correspondientes a las prestaciones reconocidas en la parte motiva de la sentencia".

Las prestaciones a que hace referencia este numeral son: a) Reajuste de cesantía, \$ 6.278.82; b) reajuste de vacaciones, \$ 208.98; c) prima de servicios, \$ 481.21; y, d) indemnización por despido, \$ 14.214.72.

3º. Condenar igualmente a la sociedad a pagar al demandante, una pensión de jubilación de \$ 507.78 mensuales, a partir del 22 de agosto de 1980, fecha en la cual cumple 60 años de edad.

4º. Absolver a la Empresa citada de los demás cargos que el demandante le formuló en el libelo, y

5º. Imponer costas a la Sociedad en un 80%.

En tiempo hábil los apoderados de las partes apelaron de la anterior providencia para ante el Tribunal Superior de Pereira el que agotado el procedimiento propio de la segunda instancia, dictó fallo el 10 de abril de 1969, reformando el del *a-quo* así:

1º. Declaró "probada la excepción de prescripción para todas las obligaciones que por dominicales y festivos se causaron con anterioridad al veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965)".

2º. Declaró no probadas las otras excepciones propuestas por la parte demandada.

3º. Condenó a la Empresa, "representada por su Gerente señor Darío Cortés C., a pagar al actor doce mil setecientos cincuenta pesos con noventa centavos (\$ 12.750.90) por los conceptos que indica la parte motiva y que se discriminan así:

a) Indemnización por despido	\$ 7.761.11
b) Dominicales y festivos	\$ 4.059.25
c) Reajuste de cesantía	\$ 589.83
d) Reajuste de vacaciones	\$ 6.05
e) Primas de servicio	\$ 334.66

4º. Igualmente condenó a la sociedad a pagar al demandante, a partir del 22 de agosto de 1980, pensión vitalicia de jubilación en cuantía de \$ 353.23 mensuales.

5º. Absolvió a la Empresa de los demás cargos que le fueron formulados, y

6º. Confirmó la condena en costas de la primera instancia y no las impuso en la segunda.

Contra la resolución del Tribunal fue interpuesto en tiempo oportuno recurso de casación por el apoderado de la sociedad demandada.

EL RECURSO

Según el alcance de la impugnación, se aspira por el recurrente como cuestión principal, a que la Sala de Casación Laboral de la Corte, "case parcialmente la sentencia de 2º grado, en cuanto por ella se decretan condenas contra la sociedad Embotelladora de Pereira S. A. y a favor del actor, por concepto de indemnización por despido, dominicales y festivos, reajuste de cesantía y de vacaciones, prima de servicios y pensión

de jubilación" y en su lugar, como Tribunal de instancia revoque en todas sus partes el fallo de primera instancia, y declare que no hay lugar a proferir decisión de fondo.

Subsidiariamente solicita la infirmación parcial de la sentencia en cuanto se relaciona con la condena por concepto de la retribución del descanso dominical y festivo.

Para obtener estos fines, impugna la sentencia por la causal de casación señalada en el artículo 87 del C. P. L., numeral 1º, en concordancia con el artículo 23 de la Ley 16 de 1968; y formula dos cargos, así:

Primer Cargo. "La sentencia acusada quebrantó, indirectamente, por falta de aplicación, el artículo 34 del C. P. L. en concordancia con el artículo 123 del Decreto 2.521 de 1950; y como consecuencia de tal violación, quebrantó por aplicación indebida las normas sustantivas laborales consignadas en el art. 8º del Decreto 2.351 de 1965, numeral 4º; arts. 172, 173, 174 y 177, 249, 186 y 189, 306 y 260 del C. S. T., este último en concordancia con el art. 8º de la Ley 171 de 1961".

En la demostración del cargo dice el recurrente, que la violación de los mencionados preceptos tuvo por causa el error de hecho ostensible en que incurrió el Tribunal de Pereira por la falta de apreciación de un documento auténtico, el certificado de la Cámara de Comercio de Pereira (fols. 19 y 21 del cuaderno principal).

Agrega que la falta de apreciación de esta prueba llevó al Tribunal a dar por demostrado, sin estarlo, que el representante de la sociedad demandada era el señor Darío Cortés; y a no dar por demostrado, estándolo, que el representante legal de dicha Compañía era el señor Libardo Parra.

Comenta que, el artículo 34 del C. P. L. establece que las personas jurídicas comparecen en juicio por medio de sus representantes constitucionales, legales o convencionales, según el caso, y que por su parte, el art. 123 del Decreto 2.521 de 1950,

reglamentario de las disposiciones vigentes sobre sociedades anónimas, dispone que el Gerente o Administrador de la Compañía y sus suplentes, en su caso, llevarán la representación legal de la sociedad.

Al examinar la prueba que dice dejó de apreciar el Tribunal, expresa que con ella se acreditan dos hechos: que el domicilio social de la demandada es Pereira y que, la entidad tiene como representante legal a su Gerente, señor Libardo Parra Rojas.

Continúa el recurrente manifestando que el mismo demandante en su libelo indicó cuál era el verdadero representante legal de la demandada pero agregó que, "por vacaciones concedidas a éste, actualmente está encargado de la Gerencia el señor Darío Cortés". Relata cómo oportunamente se propuso la excepción dilatoria respectiva la cual fue declarada no probada por el Juzgado del conocimiento, lo cual ocurrió por una interpretación equivocada que el a-quo hizo del artículo 2º del Decreto 2.351 de 1965.

Agrega que, el Tribunal de Pereira guardó silencio sobre ese aspecto, termina exponiendo:

"La ausencia del presupuesto procesal relacionado con la capacidad para comparecer en juicio de la parte demandada implica para el fallador la imposibilidad de entrar a resolver sobre el fondo de la acción instaurada. Entonces, si como queda demostrado, Darío Cortés no era el representante de la Compañía demandada cuando se produjo la notificación de la demanda, el Tribunal Superior de Pereira se encontraba impedido para decidir el fondo de la cuestión debatida, para 'proveer sobre el mérito', y para aplicar, como lo hizo, las normas sustantivas que se citaron al principio de este cargo...".

LA CORTE CONSIDERA:

El recurrente en el cargo que se estudia, vuelve a plantear una defensa ya aducida en la primera instancia, o sea, que su poderdante no tenía el carácter de representante

legal de la sociedad demandada, y por consiguiente, el Tribunal de Pereira ha debido abstenerse de proferir sentencia de mérito, y en cambio, cuando revisó por vía de apelación el fallo del a-quo, su obligación era dictar uno inhibitorio revocando el de aquél. Esto lo sintetiza así:

“La ausencia del presupuesto procesal relacionado con la capacidad para comparecer en juicio de la parte demandada implica para el fallador la imposibilidad de entrar a resolver sobre el fondo de la acción instaurada”.

El presupuesto procesal relacionado con la capacidad para comparecer en juicio y que se denomina generalmente “Legitimitas processum”, forma parte de lo que se ha conocido entre nosotros, como personería adjetiva y mira en uno de sus aspectos a la adecuada representación de las partes en el juicio.

La ausencia de este presupuesto no implica en ninguna forma que se produzca fallo inhibitorio. Ella da lugar a la excepción previa o dilatoria que consagra el numeral 2º del artículo 330 del Código Judicial, aplicable por analogía de acuerdo con el art. 145 del C. P. T. A este respecto ha dicho la Corte:

“La ilegitimidad de la personería adjetiva ocurre entonces, cuando ambas partes o una de ellas no son hábiles para comparecer libremente en juicio (menores, impúberes, sordomudos, interdictos, etc.), o cuando, a pesar de serlo, no existe un mandato o poder en forma que confiera autoridad legítima para representarlos. La incapacidad, en estos casos, se refiere, no al derecho o a la acción ejercitada, sino simplemente a la competencia o habilidad y desenvolvimiento de la relación jurídica procesal. Son, pues, la inhabilidad para litigar, o la indebida representación de la parte que litiga, los elementos que configuran esta excepción y no la existencia o inexistencia del derecho o de la acción correspondiente” (Casación, 4 diciembre, 1957. “G. J.” t. LXXXVI, núms. 2,188-2,190).

Mas, si esta defensa no se ejercita, queda otro remedio a la parte indebidamente representada y es obtener la nulidad de lo actuado conforme a lo dispuesto por el artículo 448 del C. J., que también y a falta de disposición expresa en el C. P. del T., se aplica por analogía.

No debe perderse de vista que en el sublite, quien actuó en el juicio como representante de la demandada, debatió como cuestión principal la indebida representación de la sociedad y en tiempo invocó el medio defensivo correspondiente, proponiendo la excepción dilatoria del caso, la cual fue resuelta por el Juzgado, así:

“Las razones anteriores llevan al Juzgado a la convicción de que no hay ninguna ilegitimidad de personería en la parte demandada; por lo tanto declara no probada la excepción propuesta por el apoderado de la sociedad demandada” (subraya la Sala - folio 16, cdno. Nº 1).

Esta providencia quedó en firme, en razón de que la parte interesada no interpuso recurso alguno contra ella, y tal circunstancia; explica el por qué, el Tribunal de Pereira no hubiera hecho ningún pronunciamiento sobre el particular.

Declarada por el a-quo la debida representación de la entidad demandada, se le dio firmeza a la actuación y a partir de aquel momento, ni siquiera podía esperarse una declaración de nulidad de lo actuado, de acuerdo con lo que preceptúa el artículo 450 del C. J.

Es cierto que el artículo 34 del C. P. del T., dice que las personas jurídicas comparecen en juicio por medio de sus representantes constitucionales, legales o convencionales, pero esta norma no se violó por cuanto, se declaró legítima la personería del representante de Embotelladora de Pereira S. A.

Resuelto entonces lo relativo a la legitimidad de la personería adjetiva de la demandada, a su representación, no es posible revivir el proceso ya que la ley no auto-

riza que en él se discutan cuestiones incidentales propias de las instancias.

El cargo, por consiguiente, se desestima.

SEGUNDO CARGO

Como subsidiario del anterior, se formula así:

“La sentencia del H. Tribunal Superior de Pereira, en cuanto por ella condena a Embotelladora de Pereira S. A. a pagar al actor la suma de \$ 4.059.25 por concepto de la retribución del descanso dominical y festivo, infringió directamente los artículos 176 y 177 del C. S. T., en concordancia con los arts. 172, 173 y 174 de la misma obra”.

Dice el recurrente que la disposición primeramente citada ordena que en el caso de que el trabajador devengue salario variable, la remuneración correspondiente al descanso dominical se computa sobre el promedio de lo devengado por el asalariado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solamente los días trabajados. Por su parte, agrega, el numeral 2º del artículo 177 dispone liquidar la retribución del descanso remunerado en otros días de fiesta, en la misma forma prevista para el descanso dominical. Expone que es claro el alcance del mandato legal primeramente determinado en el sentido de que para efectos de liquidar el descanso, se tome, única y exclusivamente, el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior.

Afirma que, en el caso de autos, no se discute que el trabajador demandante percibió de la empresa una remuneración variable, consistente en comisiones sobre venta de gaseosas, “pero no se ha probado en el juicio, como era la obligación del actor, cuáles fueron los promedios a que tuvo derecho por cada una de las semanas a que se contrae la condena, ya que el mismo Tribunal “en la providencia acusada (folio 19 del cuaderno N° 2) acepta que en el expediente, no se conoce exactamente el pro-

medio semanal devengado por el actor”, pero sin embargo y para efectos de la condena, toma como base la operación aritmética que hizo el perito en el sentido de dividir la comisión promedio semanal por 30, porque, son palabras textuales del fallador de segunda instancia, “indudablemente este proceder se ajusta más a la equidad y equilibrios sociales que la absolución decretada por el a-quo con pretexto de no conocerse el promedio mensual (sic)”.

La equidad y equilibrio sociales que persigue el Tribunal, expresa el recurrente, no pueden obtenerse precisamente violando las normas sustantivas laborales, ya que “cuando el sentido de la Ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”.

Termina el acusador manifestando que “si desde el punto de vista probatorio es inexistente el promedio semanal exigido por la norma consignada en el artículo 176 del C. S. T., en concordancia con el numeral 2º del artículo 177 del mismo estatuto, el H. Tribunal de Pereira violó las normas sustantivas ya indicadas al formular este cargo, y que se relacionan, en su orden, con la obligación patronal de remunerar el descanso dominical con el salario ordinario de un día a los trabajadores que habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días laborables de la semana no falten al trabajo o lo hayan hecho con justa causa o por culpa o disposición del patrono; con la cuantía de dicha remuneración y, finalmente con el derecho de los trabajadores al descanso remunerado en días de fiesta diferentes a los dominicales”.

LA CORTE CONSIDERA:

El Tribunal en su sentencia, cuando estudió lo referente a “salario”, se expresó, luego de indicar que el devengado por el actor no era fijo, en la siguiente forma:

“Como el demandante era compensado en su labor con base en las comisiones sobre ventas de gaseosas y ellas cuentan únicamente para los días laborados, hay que deducir que los domingos y días festivos,

no eran pagados por la Empresa, ya que la razón aducida por el señor apoderado de ella de que en el salario básico quedaba incluido ese pago, no es valedera por lo atrás expuesto, y entonces obliga al pago de ellos. Para deducir el salario se contabilizan, de consiguiente, los valores recibidos por comisión en los días de labor, juntamente con los del subsidio de transportes correspondientes y con los que se deducen por los dominicales y festivos en la forma como lo hizo el señor perito a folios 47 y siguientes cuyo procedimiento tiene respaldo en la jurisprudencia que acertadamente transcribió el apoderado doctor Mejía López, **porque, indudablemente, este proceder se ajusta más a la equidad y equilibrio sociales que la absolución decretada por el a-quo, con pretexto de no conocerse exactamente el promedio semanal** (se subraya). Se anota sí que para efectos del salario no se consideran ciertas bonificaciones que no citan en el dictamen porque tienen el carácter de liberalidad sin la regularidad que la ley exige para que sean tenidas como tales" (folio 19, cdno. N° 2).

El pasaje de la sentencia que se ha transcrito indica que para el sentenciador no existe en los autos de la prueba del promedio semanal que durante los últimos cuatro años hubiera devengado el actor por comisiones; es decir que sobre este aspecto existe acuerdo entre el Tribunal y el recurrente.

De otra parte queda también establecido que el impugnante y el Tribunal aceptan que el actor no devangaba salario fijo, sino variable.

Estos dos hechos sobre los cuales no existe discusión, circunscriben el problema a determinar si en el **sub-lite** se aplicaron correctamente por el sentenciador las normas contenidas en los artículos 176 y 177 del C. S. del T.

Según la primera, "cuando no se trate de salario fijo como en los casos de remuneración por tarea, a destajo o por unidad de obra, el salario computable, para los efectos de la remuneración del descanso do-

minical, es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta los días trabajados".

De acuerdo con la segunda, "la remuneración correspondiente al descanso en los días expresados se liquidará como para el descanso dominical, pero sin que haya lugar a descuento alguno por faltas al trabajo".

El aparte ya transcrito del fallo de segundo grado, indica que el **ad-quem** no se atuvo al procedimiento señalado por los artículos 176 y 177, para liquidar el valor de los descansos por días domingos y feriados, y que no existiendo la prueba prevista en ellos, produjo la condena por dichos conceptos. No de otra manera se explica la frase en que justifica su proceder, alegando que él se ajusta más a la "equidad y equilibrio sociales, que la absolución decretada por el **a-quo**, con pretexto de no conocerse exactamente el promedio semanal".

El Tribunal pues conocía el mandato legal, pero dejó de aplicarlo por rebeldía, y así consumó la infracción por la vía directa de los artículos señalados en el ataque que se estudia.

El cargo prospera.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA:

1. En los autos está demostrada la existencia del contrato de trabajo que ligó a Ezequiel Herrera Toro y a Embotelladora de Pereira S. A.

2. También se encuentran probados los extremos de la anterior relación y el salario promedio que devengaba el trabajador, el cual era variable.

3. En el hecho tercero de la demanda se afirmó que la empresa no pagó al actor los descansos por días domingos y festivos, ya que las comisiones que como salario percibía, no comprendían tales remuneraciones, y se solicitó que fueran determinados mediante inspección ocular, con asesoramiento de perito, "semana por semana".

4. El Juzgado decretó inspección ocular a los libros de contabilidad, planillas de pago, control de ventas y demás documentos de la demandada, diligencia que se practicó con intervención de perito el 23 de octubre de 1968, y se ordenó poner a disposición del experto "las copias de los comprobantes de pago que se hicieron al señor Ezequiel Herrera Toro a partir de enero de 1964 hasta la fecha del retiro de éste; los controles que se llevaban de las ventas diarias que hacía Herrera Toro con su compañero, dentro del mismo término; y la copia de la liquidación de las prestaciones que se le hizo al autor" (folios 22 y 23, cdno. N° 1).

5. El perito designado rindió el dictamen correspondiente, el cual obra a los folios 35 á 37 del cuaderno principal.

6. Al correrse el traslado del peritazgo dentro del término correspondiente, el apoderado del demandante solicitó ampliación de él, en el sentido de que determinara "cuánto ganaba el trabajador semanalmente y cuánto correspondía en consecuencia por cada dominical y cada festivo, en los últimos cuatro años" (folio 40, cdno. N° 1).

Además, pidió el apoderado del actor que el Juez se trasladara nuevamente a las oficinas de la empresa, para que realizara una completa inspección ocular.

7. El Juzgado accedió a las dos peticiones y señaló las tres de la tarde del 21 de enero de 1969 para trasladarse a la Embotelladora "a fin de lograr que el dictamen se pueda completar sobre los demás documentos que desde un principio se señalaron para hacer sobre ellos la inspección ocular" (folio 40 vto., cdno. N° 1).

8. En la ampliación del dictamen pericial el experto procedió a indicar, de acuerdo con los comprobantes examinados, el valor de las comisiones pagadas por Embotelladora de Pereira S. A. al demandante, mes por mes, y así indica, lo pagado el 10 de mayo de 1964, el 10 de junio del mismo año, etc., hasta terminar con el pago que se le hizo el 10 de mayo de 1968.

9. Claramente se observa que el experto no rindió el dictamen en la forma pedi-

da, es decir, dando el dato de lo pagado al actor semanalmente en los últimos cuatro (4) años, y por esta razón el juzgador a-quo, absolvió a la empresa de este cargo del libelo.

10. Como según lo ordenan los artículos 176 y 177 del C. S. del T., el salario que sirve de base para liquidar el descanso dominical y festivo, cuando aquél es variable, es el promedio de lo devengado en la semana inmediatamente anterior, de acuerdo a los días trabajados, cuando se trata del dominical, y sin tener en cuenta este factor cuando es el feriado. La prueba pericial examinada no contiene ni indica tal promedio, el cual es inexistente en los autos y por tanto deberá confirmarse la absolución que sobre esta petición profirió el Juzgado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia proferida el 6 de mayo de 1969 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el presente juicio, en cuanto condenó a la "EMBOTELLADORA DE PEREIRA S. A.", a pagar a Ezequiel Herrera Toro la suma de \$ 4.059.25 por concepto del valor de los descansos por dominicales y festivos, reduciendo en esta forma la condena total de que trata el ordinal tercero de su parte resolutive, a la cantidad de ocho mil seiscientos noventa y un pesos con sesenta y cinco centavos (\$ 8.691.65), y en sede de instancia, CONFIRMA la absolución que por dicho extremo hizo el Juzgado Segundo Municipal del Trabajo de Pereira. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL" Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



ERROR PROCESAL

No es admisible que la parte por cuyo descuido se comete un error procesal, lo aduzca luego en su favor.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda.- Bogotá, D. E., noviembre doce de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Auxiliar Gerardo Rojas Bueno).

(Acta N° 42).

Cumplido el trámite de rigor, decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado del demandante señor RAFAEL ORTIZ ARANGO, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de MEDELLIN, Sala Laboral, en el Juicio Ordinario que adelanta el recurrente contra MIGUEL ANGEL OCHOA.

DE LOS ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, el señor RAFAEL ORTIZ ARANGO presentó demanda ordinaria contra Miguel Angel Ochoa, para que fuese condenado al pago de CIENTO DOS MIL TREINTA Y UN PESOS CON CINCO CENTAVOS (102.031.05), o a la suma que se probare, por concepto de honorarios profesionales imputados a servicios que el demandante prestó en forma personal al demandado, en calidad de arquitecto. En apoyo a su petición formuló los siguientes hechos:

a) Ochoa contrató los servicios profesionales del actor, para que le elaborara un proyecto de urbanización en el paraje "EL CUCHILLON", de la ciudad de Medellín, y para que, en orden a esta idea, le levantara los planos correspondientes para cons-

truir allí las casas que cupieran, con un costo aproximado de veinte mil pesos cada una, de manera que pudieran ser vendidas alrededor de cuarenta y cinco mil pesos por unidad. El contrato fué verbal.

b) Al realizar el Arquitecto Ortiz los estudios preliminares en la Oficina de Planeación del Municipio, se encontró con que el lote estaba ubicado en el límite del suministro de aguas; y que no le podía urbanizar sin una previa solución del problema indicado, mediante bombeo. Para estos efectos el demandado Ochoa dió a Ortiz las correspondientes autorizaciones, labor que se hizo constar en un contrato escrito por la suma de TREINTA MIL PESOS (\$ 30.000.00), más el valor pertinente al levantamiento topográfico y amarre al Plan Piloto. Los planos éstos, fueron elaborados por JOSE J. CASAFUS R., por la cantidad de OCHO MIL PESOS (\$ 8.000.00) que se le pagó oportunamente, lo mismo que le fué cubierta por el demandante, a Ortiz, la cantidad indicada atrás de treinta mil pesos.

c) Acogidos por las Empresas Públicas de Medellín los estudios hechos sobre el bombeo de agua, se otorgó el permiso para la urbanización, proyecto de esta índole que hizo el demandante de acuerdo con la casa tipo proyectada para el efecto, con su natural plan de ventas, es decir con su estudio económico y su presupuesto. Todos estos elementos de trabajo elaborados por el demandante, fueron puestos en manos del señor GUILLERMO BOTERO en los primeros días del mes de diciembre de 1962, a satisfacción de éste, y en su calidad de

empleado —dice el demandante— del señor Miguel Angel Ochoa.

d) En forma pormenorizada, más tarde, el actor puso en manos del demandado la cuenta de sus honorarios profesionales, toda ella por la suma de ciento dos mil treinta y un pesos con cinco centavos, la cual se negó a pagar este último, alegando que los terrenos habían sido vendidos al señor MARCOS TRUJILLO y que era éste quien debía cubrir el valor de tales honorarios. Por esta razón Ortiz se entendió con Trujillo, quien igualmente se negó a hacer el pago por considerar que él no tenía ninguna obligación al respecto, de aquí el origen de la demanda y del presente juicio.

En su respuesta a los cargos formulados por el arquitecto Ortiz Arango, el demandado Ochoa dijo que él no había tenido con aquél más contrato que el que se refería al problema del suministro de agua al lote, mediante el bombeo, contrato que se había cumplido por él pagando la totalidad de las sumas en él consignadas. Afirma que no es verdad que el actor le hubiera pasado cuenta alguna por otro concepto, y que de ser cierto ésto, la hubiera tenido que rechazar por no tener causa alguna, pues los hechos de la demanda en cuanto se refieren a esta circunstancia no corresponden a ninguna realidad.

Finalizada la primera instancia el Juez Primero del Trabajo de Medellín pronunció el fallo pertinente con fecha 2 de septiembre de 1964, en virtud del cual condenó al demandado al pago de la suma de CINCUENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$ 59.400.00), por concepto de honorarios profesionales, más las costas del juicio. Por apelación que formuló el apoderado de Ochoa, el Tribunal revisó la sentencia ameritada, revocándola en las dos condenas, y en su lugar absolviendo al demandado de todos los cargos de la demanda. Las costas del juicio se cargaron en las dos instancias al actor. Es este último fallo, obviamente, el que es materia del recurso que se estudia.

EL RECURSO

Con el fin de que la sentencia sea casada totalmente —según se deduce de lo que a continuación se transcribe— el casacionista dice lo siguiente: “Invoco las causales tercera y primera, en el orden lógico en que suelen examinarse los cargos. Es decir, que de conformidad con los numerales 3º y 1º del artículo 60 del Decreto Ley 528 de 1964, acusaré el fallo por nulidad irremediable, y por violación de normas sustantivas”. A continuación proyecta el **ALCANCE DE LA IMPUGNACION**, y a propósito se expresa en la siguiente forma:

“En mérito de las razones que formularé, muy respetuosamente os pido que si la sentencia no es casable por la causal tercera, lo infirméis (sic) en todo caso, y en su lugar, como de instancia, condenéis por el valor de la demanda, que es la remuneración usual, y subsidiariamente: a) en auto para mejor proveer, ordenad nueva pericia avaluatoria de los honorarios de mi representado, prueba que no es nueva, sino ya decretada. b) si el dictamen que obra en el proceso, para determinar la cuantía de la condena, no se reputare deficiente, confirmad el proveído del a-quo”.

CAUSAL TERCERA

En relación con esta causal, el recurrente formula un cargo que sustenta más o menos en la siguiente forma: En el ánimo del ad-quem prevaleció el criterio de la existencia de un principio de sociedad, formada de hecho entre el demandante y el demandado. “Como el aporte industrial del arquitecto —dice— serían sus servicios profesionales, la acción de liquidación, conforme al artículo 2.083 del Código Civil, para sacar dicho aporte, se confunde ex legitimitio causae con la incoada. Pero debió dirigirse contra tal sociedad de hecho, enumerando al menos los socios, si no tuvo existencia legal ni representante, porque en todo caso venía a ser persona distinta *latu sensu*, a los socios individualmente considerados”. Y agrega a manera de conclusión:

“Se incurre entonces, al citar únicamente al socio principal, en ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado, no saneada. Y tal vicio de nulidad, es motivo de acceso al recurso”.

SE ESTUDIA EL CARGO

Prescindiendo de toda crítica a la formulación del recurso en las condiciones en que se ha presentado por el impugnador, cuestión ésta de que se hablará más adelante, deberá la Sala empezar reiterando su criterio de que no es admisible que la parte por cuyo descuido se comete un error procesal, lo aduzca luego en su favor. Que sería éste el caso de autos, porque si, en concepto del recurrente que obra en representación del actor, es cierto que entre su representado y Miguel Angel Ochoa existió un contrato de sociedad de hecho, en el que igualmente compartían intereses sociales otras personas, no era correcto judicialmente, de su parte, que se hubiese propuesto una demanda en los términos en que se encuentra formulada la de autos. Si ahora se pretende que la relación jurídico procesal se trabó irregularmente dando origen a una nulidad, quien indujo a tal error fué, obviamente, el propio demandante que hoy recurre en casación. De manera que siguiendo la orientación del principio anotado, no podrá ser él quien busque en su propia equivocación y desacierto, una causal para impetrar la casación del fallo del ad-quem.

CAUSAL PRIMERA

Para sustentar esta otra causal, el impugnador formula seis cargos, cuya síntesis se tratará de exponer a continuación, englobándolos dentro de una sólo decisión por la Sala, debido a la forma como ellos resultan planteados en la demanda.

CARGO PRIMERO

“La sentencia infringe directamente el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, que impone la aplicación de normas especiales, de preferencia a las generales y al mismo tiempo vulnera también directa-

mente el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, que manda regular el proceso laboral, con la aplicación íntegra de la norma más favorable, entre varias leyes vigentes sobre la prestación de servicios”. Para sustentar el cargo hace el casacionista una exposición difusa para explicar lo que él llama “la relación jurídica sustancial, conforme a la cual debe decidirse, el litigio”, la cual, en su sentir, establece en cada caso “la causa del servicio personal independiente”. En consideración, pues a la relación jurídica que existió entre Ortiz y Ochoa, afirma el recurrente que no se aplicaron por el ad-quem las disposiciones consagradas en los artículos 2.143, 2.144, 2.149, 2.150 y 2.184 del C. C., en relación con el 2.069 y 2.054 de la misma obra. Y concluye así: “Y como la interpretación restrictiva que le dió el fallador, a las disposiciones comentadas, si es que quiso aplicarlas, es manifiesta en los autos, viola directamente las fuentes del derecho, enunciadas en el cargo”.

CARGO SEGUNDO

“Infracción directa del artículo 91 de la Ley 153 de 1887, por cuanto el Tribunal admitió prueba testimonial, para con base en ella alterar el claro contenido de lo expresado en el instrumento que recoge la convención de pago (fols. 37 y 38, Actuación del Juzgado), siendo que la norma citada prescribe que no es admisible este medio de prueba, en cuanto adicione o altere, en forma alguna, lo que se expresa en el acto o contrato”. Y continúa: “Infracción asimismo del artículo 1.759 del Código Civil, porque el documento privado, debidamente reconocido, hace plena fe contra los otorgantes, en lo que se refiere a las declaraciones que él contiene, pero el sentenciador desviando el sentido de la norma, no le dió mérito a lo que consigna el mismo instrumento, declarativo del contrato parcial, sino que ensanchó su objeto”. En la sustentación del cargo, igualmente difusa y contradictoria, habla de un “error de hecho en la apreciación de las declaraciones del demandado”, de donde deduce que “el ad-quem incurrió el error manifiesto..., viendo lo que sólo el vió, y nadie más pue-

de ver". Habla luego de la acogida que el Tribunal le dió, a la llamada por el recurrente "prueba testificaria", y dice que "Si jurídicamente es evidente que las declaraciones que hacen las partes en un documento privado, debidamente reconocido, les obliga y hace fe entre ellas, ello no quiere decir que los contratantes carezcan del derecho de contraprobar contra lo expresado (sic) en el instrumento. Lo que no puede hacer para este fin, por expresa prohibición del artículo 91 de la Ley 153 de 1887, es acudir solo a la prueba de testigos, para valerse de ella unilateralmente, y pretender adicionar o alterar la esencia y naturaleza misma de la convención, porque en tales casos es preciso que medie prueba de igual categoría que evidencie la adición".

Y dentro de este mismo orden de ideas, y en relación con la misma prueba "testificaria", el recurrente sostiene que al ver en una confesión, lo que en ella no consta, "constituye la esencia del error de hecho", de aquí que como síntesis de sus argumentaciones, "es la obligada conclusión de que el Tribunal vió un contrato completo en cuanto a su objeto, deducido de uno parcial, no sólo en virtud de un medio de prueba no lo suficientemente hábil, sino dando por probado ese extremo de la relación, por medio probatorio inexistente en el proceso, como lo es la pretendida confesión". Y dice para concluir: "... si parecen concurrir a justificar un hecho la prueba documental, la de la confesión y la testimonial, bastará la impugnación parcial eficaz de los elementos cardinales de la apreciación, para la casación de la sentencia, si se juzga como será el caso, que la rectificación de los errores acusados, modifica el supuesto básico del fallo, y trasciende en la resolución del pleito".

CARGO TERCERO

"Violación directa del artículo 2.083 del Código Civil, al desconocer la acción de liquidación e importe, que se identifica con la iniciada en el juicio, y compete por la misma vía ordinaria".

Dice el recurrente, a propósito de este

cargo que, siendo así que se entendió por el Tribunal la existencia de una sociedad de hecho entre las partes en litigio, la acción de liquidación que le correspondería dentro de este último supuesto, "se confunde jurídicamente con la regulación de honorarios profesionales, que debe proponerse ante la jurisdicción especial del trabajo, por los términos tan enfáticos de los Decretos 456 y 951 de 1956". Y concluye en los siguientes términos: "Por consiguiente dicha acción no está fuera de la litis. Proponerla después, también por la vía ordinaria, sería esperar la cosa juzgada. Como el Tribunal dedujo oficiosamente desde la excepción, debió derivar también desde la acción".

CARGO CUARTO

Textualmente dice el recurrente, respecto de este cargo, lo siguiente: "Si otra vez se acepta el principio de asociación, entonces Ortiz como socio, creyó realizar en toda su labor su propio negocio, y resultó gestionando otro ajeno, mediante simples actos materiales, en el patrimonio del demandado. Esta situación la regula el artículo 2.310 del Código Civil, confiriendo una acción especial, ex mandati contrarii, no in rem verso, y dado que la gestión sub judice eran servicios desde una profesión, estuvo en el petitum, y debió definirse en el proceso. Al desconocer la sentencia tal acción, residual y autónoma, distinta a la del enriquecimiento sin causa, o a la del abuso del derecho, dirigida a la remuneración de un trabajo profesional, infringió directamente otra norma sustantiva".

CARGO QUINTO

"La sentencia incide directamente en el quebranto de los artículos 2.143, 2.054 y 2.059 del Código Civil".

Para sustentar el cargo empieza diciendo el casacionista que el Tribunal "al aplicar la restricción probatoria, contenida en el artículo 51 del Código de Procedimiento Laboral, para avaluar los honorarios del doctor Ortiz Arango... violó directamente los artículos enunciados, que consagran co-

mo facultad o derecho subjetivo la admisión de aquel medio probatorio, confiando a dos peritos de designación recíproca, la decisión sobre la eficacia del resultado del trabajo...". Continúa formulando a manera de alegato, bastante confuso como se anota en la casi totalidad de la demanda, una serie de ideas y conceptos entendido sobre los medios probatorios y en especial sobre el de pericia, para concluir: "No sobra insistir en que la violación de las normas probatorias, es una violación medio, que no se detiene aquí, sino que incide en el quebrantamiento de una norma sustantiva: derecho a la remuneración, como violación fin, y ello dentro del mecanismo técnico de la causal primera, accede al recurso".

CARGO SEXTO

Dice sobre éste: "Admitida la restricción del artículo 51 del Código de Procedimiento del Trabajo, entonces el dictamen de un perito único, sobre avalúo y regulación en cifra numérica, explicado y fundamentado, hace plena prueba (artículo 721 del Código Judicial). Pero el fallador, desestimándolo, incurrió en error de derecho, que viola directamente una ley sustantiva que impone regular la remuneración, a falta de estipulación expresa (artículos 2.143 y 2.054 del Código Civil)".

Se refiere el casacionista, para sustentar este cargo, a lo que él llama "las características del dictamen", es decir los elementos que sirvieron de base al perito para conceptuar sobre el valor de los honorarios profesionales demandados. Sin embargo no se aclara a cuál de las dos pericias se refiere el comentario, aunque parece ser a la de López Isaza, por lo que afirma al terminar su argumentación. "Ello es explicación y fundamento suficiente —dice— para los precios unitarios que sirvieron de base a la cifra del perito, doctor Javier López Isaza, y que determinaron la condenación de la instancia".

SE ESTUDIAN LOS CARGOS

De la atenta lectura de la demanda de

casación, se deduce como única y fácil conclusión que ella no se ajusta por ningún aspecto al rigorismo técnico que el recurso demanda, fuera de que, como ya se ha anotado, el recurrente formula un verdadero alegato de instancia, incoherente y difuso, que aleja aún más su contenido de la severidad y de las exigencias que su constitución impone. Parece que es indispensable reiterar, que la casación no es una tercera instancia sino un recurso de carácter extraordinario, que reclama características formales ineludibles sin cuyo cumplimiento por parte del impugnador la Corte se encuentra impedida en su tarea para entrar al estudio de fondo que le ha sido encomendado. Infortunadamente la que sirve de base a la impugnación del fallo recurrido, no da margen para llegar al análisis fundamental de las pretensiones del recurrente.

Múltiples son las irregularidades que se observan en el escrito en referencia que es indispensable acotar primordialmente. En primer término debe reiterarse lo que ha sido materia de explicación en tantas ocasiones por esta Sala de la Corte. Esto es, que los conceptos de la violación deben exponerse con tanta claridad y precisión, que ellos sirvan de pauta inequívoca para desatar el recurso. Y en este orden de ideas y de prospectaciones técnicas, no deben agruparse en un mismo cargo conceptos incompatibles que destruyen la lógica de la argumentación, y por consiguiente el contenido mismo de la impugnación. Se ha dicho, por ejemplo, que la violación directa de la ley y su violación indirecta son conceptos que se rechazan recíprocamente, porque el primero se cumple por la inaplicación o aplicación de la norma de derecho a un supuesto fáctico, sobre el cual estén de acuerdo el recurrente y el sentenciador, alejadas ellas de toda cuestión de índole probatoria que no puede inducir a esa falta de aplicación, o a la aplicación incompleta, o a la misma sobre un hecho inexistente. En tanto que el segundo se explica y resulta de la aplicación o inaplicación del precepto a una situación de hecho que no es la configurada por los medios instructivos que obran en los autos. En estas cir-

cunstancias, el ataque dentro de un mismo cargo por la vía directa y la indirecta a la vez, es contradictoria, porque significa que los hechos son igualmente ciertos y falsos. Ciertos, porque no se discuten por el recurrente dentro del primer evento, y falsos porque se rechazan por él frente al criterio del ad-quem para poder apoyar dentro de este orden de conceptos su impugnación. De aquí que la acusación presentada por infracción de la ley sustantiva a través de errores de hecho, no sea directa sino indirecta.

Por otro lado, uno es el concepto de violación de la ley por error de hecho, y otro lo es por error de derecho que aparezcan los dos de un modo manifiesto en los autos. El primero se suscita en la apreciación errada o en la falta de apreciación de una prueba que conduzca, a su vez, a la violación de la Ley sustantiva. En tanto que el segundo sólo aparece cuando el juzgador ha valorado como apta una prueba cualquiera, contrariando así las disposiciones de la ley que exige para la demostración del hecho correspondiente un medio de prueba solemne, esto es *ad substantiam actus*. O cuando el mismo juzgador no ha apreciado o valorado, debiendo hacerlo, una prueba de tal naturaleza, indispensables según la ley para validar la sustancia del acto.

Son estos precisamente aspectos de irregularidad técnica que resaltan en la formulación de los cargos presentados por el recurrente, fuera de que en algunos de ellos es además evidente la falta de integración rigurosa de una proposición jurídica completa, defecto éste que inhibe también a la Sala para el estudio del recurso formulado.

En efecto, los cargos en su totalidad fueron presentados, como se observan por la vía directa, en cuanto, en sentir del casacionista y de lo que se puede deducir de su escrito, no se dió por el ad-quem aplicación a diferentes normas de derecho que señalan la obligatoriedad del demandado. Sin embargo, en la sustentación de cada uno de ellos se sostiene por el mismo recurrente que la razón de tal presunta in-

fracción se apoya en la falta de apreciación de pruebas, o en la errada interpretación de algunas de las que obran en el informativo. Es ésta precisamente una de las fallas protuberantes de que adolece el recurso, y que conviene aclarar al impugnador.

La infracción directa por inaplicación de una norma legal, implica rebeldía por parte del juzgador, esto es que debiendo aplicar a una situación fáctica una disposición de la ley, no la aplica. Desde luego, para que tal fenómeno de infracción se presente, debe existir la elemental conexidad entre la norma misma y el hecho que gravita en el proceso plenamente demostrado. Pero si tal no sucede, y el criterio del ad-quem se expresa por la inexistencia de la presunta situación que respalda la ley, la falta de aplicación de esta última se deduce de aquella inexistencia fáctica. En estas circunstancias, no podrá alegarse una rebeldía del juzgador sino, a lo sumo, en un ataque al fallo, un error de apreciación o una inapreciación de la prueba, de donde el concepto de violación no sería directa sino indirecta como tantas veces lo ha reiterado esta Sala de la Corte.

Por lo demás, una infracción directa no enfrenta al juzgador de instancia con el recurrente en cuestiones probatorias, porque —deducido de lo que antes se ha dicho— dentro de este concepto de violación no juegan los errores de hecho. Y en el caso sub-judice es, precisamente, lo que sucede, y de aquí el error del casacionista en la presentación de los cargos. Porque, en tanto que el Tribunal de Medellín considera que no se ha demostrado en autos la existencia de la relación jurídica que generaría las obligaciones del demandado, pero que ni siquiera ese mismo haz probatorio da margen para estimar la existencia de una sociedad de hecho, el impugnador apoya su ataque en la consideración de la existencia de una de las dos figuras jurídicas que él encuentra demostrada en autos, disyuntivamente, esto es, o una o la otra, lo que de suyo es ya una irregularidad manifiesta en la presentación del recurso como antes se ha comentado. Se ofrece igualmente en el

mismo escrito otro error de técnica como es el de considerar el dictamen pericial como una prueba solemne a la que no recurrió el Tribunal, desestimándola. Fuera de que la presentación del cargo se hace por vía directa, incurriendo en el error antes anotado, no puede afirmarse que la pericia sea una manera solemne de darle validez a una relación jurídico-convencional que puede demostrarse, o realizarse a través de múltiples elementos de otra índole, como tampoco puede afirmarse que sea ella la única manera de probar en juicio la cuantía de unos honorarios profesionales.

Todos estos errores de técnica de que adolece la demanda de casación que se estudia, en la totalidad de los cargos formulados, conducen a la Sala a rechazarlos, de aquí que ninguno de ellos prospere.

RESOLUCION

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.

Sin costas.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL" Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Miguel Angel García, José Eduardo Gnecco, José Enrique Arboleda.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



JUSTAS CAUSAS DE DESPIDO

Las justas causas a que se refieren los artículos 62 y 63 del C. S. del T. son únicamente relativas a uno de los modos de determinación del contrato, el que depende de la voluntad de una de las partes, de ninguna manera de los demás modos de extinción que consagra el artículo 61.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera.- Bogotá, D. E., catorce de noviembre de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta N° 75).

Ante el Juzgado Primero del Trabajo del Circuito de Bogotá, ENRIQUE JANNAUT GARCIA demandó, por intermedio de apoderado, a la sociedad denominada "LA PREVISORA S. A. COMPAÑIA DE SEGUROS", representada por su Gerente Flavio Cruz Domínguez, para que, previos los trámites de un juicio ordinario laboral, fuese condenada a pagarle las cantidades de \$ 85.569.96, valor de los salarios del tiempo faltante para el vencimiento de la Convención Colectiva de Trabajo vigente en la empresa, como indemnización por lucro cesante; \$ 11.583.20, como indemnización por daño emergente; \$ 3.329.91 por concepto de indemnización moratoria, y las correspondientes costas del juicio.

Según el libelo, Jannaut García prestó sus servicios a la demandada en diferentes cargos, habiendo sido el último el de Jefe del Departamento de Seccionales con remuneración mensual de \$ 4.625.00, desde el 1° de marzo de 1960 hasta el 18 de diciembre de 1964, fecha en la que fue despedido injusta e ilegalmente, pues se invocó como motivo el vencimiento del plazo presuntivo y este modo de terminación de los contratos había sido eliminado por las cláusulas 5ª y 13ª de la Convención Colectiva de Tra-

bajo suscrita entre la demandada y la Asociación de Empleados de Compañías de Seguros "Asdescos", aplicable también al actor, en las cuales se estipuló que las únicas justas causas para el rompimiento del vínculo serían las consagradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo. A la dicha Convención se le fijó una vigencia de dos años, contados a partir del 1° de septiembre de 1964. La empresa solo consignó lo que creyó deber el 18 de diciembre del mismo año.

La demandada admitió que el contrato había terminado por expiración del término presuntivo, pero negó que este modo de ponerle fin al vínculo hubiese sido abolido en la Convención, como tampoco se suprimió el mutuo consentimiento, ni la muerte del trabajador, ni el cumplimiento del término fijo, ni las demás causales previstas en el artículo 61 del C. S. T. Aceptó también que la consignación se hizo en la fecha afirmada por el actor, pero en cuantía superior a la que realmente se debía. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y alegó las excepciones de pago, cobro de lo no debido y compensación.

El Juzgado del conocimiento falló la controversia el día tres de febrero de mil novecientos sesenta y siete, condenando a La Previsora S. A. Compañía de Seguros a pagar a Enrique Jannaut García la suma de \$ 3.206.58 por concepto de indemnización moratoria y el 15% de las costas. La absolvió de los restantes cargos.

La anterior providencia fue confirmada

por el Tribunal Superior de Bogotá al resolver la alzada interpuesta por los apoderados de ambas partes.

Contra esta última decisión, proferida el veintinueve de abril de mil novecientos sesenta y siete, el procurador judicial del demandante ha interpuesto el recurso de casación que la Corte va a desatar, mediante el examen de la demanda que lo sustenta y del respectivo escrito de oposición.

EL RECURSO

Se encamina a obtener la casación parcial de la sentencia acusada, en cuanto confirmó el numeral 2º de la de primer grado, para que la Corte, en función de instancia, revoque este mismo numeral del fallo del **a-quo**, que absolvió por los conceptos de lucro cesante y daño emergente, y, en su lugar, condene a la demandada por estos mismos extremos, en la forma solicitada en el libelo inicial.

Con base en la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, el recurrente formula el siguiente:

CARGO UNICO. La sentencia viola, por vía indirecta, los artículos 47, 49 y 61 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, y por falta de aplicación, los artículos 21, 54, 55, 64, 467, 468, 469, 470, 471 (Decreto N° 18 de 1958, arts. 1º y 2º) y 476 del mismo estatuto, a consecuencia de manifiestos errores de hecho en que incurrió el fallador por haber apreciado equivocadamente las confesiones contenidas en la respuesta a la demanda y en las posiciones absueltas por el representante legal de la empresa; los documentos de folios 2, 3, 4, 5, 6, 19, 79, 80, 81, 82 y 83 del expediente; el testimonio de Paulino Muñoz Castilla, la absolución de posiciones del demandante y la inspección ocular visible a folios 88 y 89.

El impugnador se refiere a cada una de las pruebas que singulariza, explicando su contenido y lo que ellas demuestran, para concluir imputando al ad-quem diez errores de hecho que se sintetizan, en lo parti-

nente a la acusación, en los de no haber dado por demostrado, estándolo, que el contrato de trabajo que vinculó a las partes quedó modificado por las disposiciones de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre la empresa y la Asociación de Empleados de Compañías de Seguros "Asdescos" y los representantes de los trabajadores de la demandada, especialmente lo relativo a la eliminación de la cláusula de reserva, la garantía de estabilidad en el empleo y la prohibición al patrono de despedir a sus empleados, salvo en los casos contemplados en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo; no dar por demostrado, estándolo, que al entrar en vigencia la Convención también quedó eliminado el plazo presuntivo de los contratos, por cuanto la sociedad demandada aceptó en las cláusulas 5ª y 13ª respetar la inamovilidad de los empleados; y no dar por demostrado, estándolo, que la Compañía, con violación de la Convención Colectiva, aplicable al actor por extensión voluntaria que ella hizo, terminó unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo al invocar la modalidad inexistente del plazo presuntivo.

La empresa replicó la demanda, formulándole críticas de carácter técnico y negando que el fallador hubiese incurrido en los errores de hecho que le atribuye la censura. Se opuso, en consecuencia, a la prosperidad de ésta.

Se considera:

Ya la Sala tuvo oportunidad, por medio de su Sección Segunda, de pronunciarse sobre un caso similar al que ahora se plantea, concretamente en el juicio ordinario instaurado por Germán Abondano Castaño contra la misma empresa y a virtud de recurso de casación interpuesto por aquél. Se discutieron entonces los mismos hechos, y como la sentencia impugnada en aquella ocasión fue tomada por el Tribunal como antecedente de la que se está acusando, puesto que la transcribe en su mayor parte, y las pruebas y los errores de hecho son, en lo esencial, idénticos, el presente cargo habrá de tener la misma solución, ya

que la Corte, al hacer un nuevo examen de la cuestión propuesta, no encuentra razones para variar el criterio que entonces expuso. En la aludida oportunidad se expresó así:

“La acusación se apoya en lo fundamental en que la Convención Colectiva suprimió como causales de despido las contempladas en los artículos 47 y 61 del C. S. T., dejando sólo subsistentes las previstas en los artículos 62 y 63 ibidem.

“Ya se transcribió lo que el mencionado pacto establece en lo pertinente: “La Compañía solamente prescindirá de los servicios de un trabajador en los casos de justa causa previstos en los artículos sesenta y dos (62) y sesenta y tres (63) del Código Sustantivo del Trabajo”. Como puede observarse, esta disposición únicamente se refiere a las justas causas de despido, en manera alguna a todos los hechos que dan lugar a la expiración de las obligaciones derivadas del contrato conforme a la ley. Cabe distinguir, en efecto, el despido unilateral como modo de extinguir esas obligaciones, o lo que es lo mismo, de terminación del contrato que las genera, de los motivos que el patrono puede invocar para hacer uso de ese medio de extinción. El C. S. T. hace claramente esa distinción al enumerar en el artículo 61 los casos en que el contrato termina por ministerio de la ley, y definir en los artículos 62 y 63 las justas causas de extinción por voluntad unilateral de una de las partes. Son aquellos los que vienen determinados por la expiración del plazo pactado o presuntivo, la terminación de la obra o labor, el consentimiento mutuo, la muerte del trabajador, la suspensión de las actividades de la empresa durante más de ciento veinte días, la liquidación de ella, la decisión unilateral en virtud de la cláusula de reserva que estableció el artículo 48 o por una de las justas causas consagradas en los artículos 62 y 63 y la sentencia de autoridad competente; consisten las segundas en actos del trabajador o del patrono que envuelven incumplimiento de sus obligaciones o mala conducta, o falta de aptitud física o moral para la vida en común con otras personas.

En todo caso, las justas causas a que se refieren los artículos 62 y 63 son únicamente relativas a uno de los modos de terminación del contrato, el que depende de la voluntad de una de las partes, de ninguna manera de los demás modos de extinción que consagra el artículo 61.

“En el pliego de peticiones que obra al folio 24 del expediente se lee que los trabajadores solicitaron la supresión de la cláusula de reserva, y consecuente con esta petición se acordó en el respectivo pacto, según reza la copia que obra al folio 121: “Artículo 5°. La compañía declara suprimida la cláusula de reserva en sus contratos de trabajo. Solamente prescindirá de los servicios de un trabajador en los casos de justa causa previstos por los artículos sesenta y dos (62) y sesenta y tres (63) del Código Sustantivo del Trabajo”. Muy claramente se observa en esta estipulación que la referencia a las “justas causas” de que hablan los artículos en ella citados no es sino una consecuencia de la supresión de la cláusula de reserva, ya que entendiendo las partes que ella constituía un justo motivo de despido, consagrado en norma distinta de los artículos 62 y 63, su supresión sólo dejaba vigentes los establecidos en estas dos últimas reglas; pero en forma alguna puede reconocérsele la extensión que el casacionista ve en lo así establecido en el convenio colectivo, pues que si bien la cláusula de reserva supone la existencia del plazo presuntivo, este es distinto e independiente de aquella cláusula y de ningún modo se subordina a ella. Con el mismo fundamento con que se considera que la supresión de la cláusula de reserva trae implícita la desaparición del plazo presuntivo, podría concluirse que igualmente desaparecieron con ella como modos de terminación de los contratos individuales el vencimiento del plazo pactado, y la liquidación de la empresa, y aún la muerte del trabajador, lo que es evidentemente inadmisibles.

“Las demás pruebas que el impugnante estima como mal apreciadas en nada desvirtúan las consideraciones expresadas. En

efecto, el representante de la compañía ciertamente acepta al contestar la demanda y al absolver posiciones la vigencia de la convención, y por ende la de las estipulaciones convencionales en que se apoya el demandante, pero en ninguna parte admite que estas tengan la extensión que les atribuye el casacionista, sino que, por el contrario, manifiesta que lo único suprimido, en concordancia con la petición de los trabajadores, fue la cláusula de reserva; en el pliego de peticiones, por su parte, solamente consta, como ya se expresó, que los trabajadores solicitaron la suspensión de la cláusula de reserva; los testigos Paulino Muñoz Castilla y Guillermo Ordóñez Escobar, por su lado, si bien afirman que con la supresión de la cláusula de reserva quedó también suspendido el plazo presuntivo, no hacen con ello otra cosa que emitir un juicio sobre la extensión del convenio en lo que respecta a este punto, impropio de una prueba que solo debe versar sobre hechos y reservado al juzgador que es al que compete interpretar las estipulaciones convenidas por las partes en cuanto puedan suscitar dudas para su aplicación; ni la violación de la ley puede deducirse en este caso, por último, de la cláusula 13 de la convención colectiva, porque la "estabilidad con base en la eficiencia y voluntad de servicio de cada funcionario" es uno de los principios en que se inspira la legislación laboral en general, que no se opone a la terminación de los contratos individuales por cualquiera de los modos previstos en el artículo 61, como lo demuestra que el

sistema del Código, no obstante atender a ese principio, consagra la terminación de dichos contratos por vencimiento del plazo presuntivo" (Sentencia de 23 de octubre de 1968).

El mismo razonamiento anterior sirve para llegar a la conclusión de que el sentenciador no apreció equivocadamente las pruebas reseñadas, ni incurrió en los errores de hecho ni en las violaciones de ley que le imputa la censura. Esta, en consecuencia, 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 materia del recurso, proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintinueve de abril de mil novecientos sesenta y siete.

Costas a cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, COPIESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL" Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Alejandro Córdoba Medina; Enrique Arrázola A., Conjuez; Guillermo Camacho Henríquez; Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO

Aún cuando la jurisprudencia tiene dicho que no desvirtúa la naturaleza del contrato de trabajo la circunstancia de que una persona sea ayudada por otra u otras, es necesario que se demuestre la prestación de servicios personales.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera.- Bogotá, D. E., noviembre catorce de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente José Eduardo Gnecco C.).

(Acta N° 69).

RAUL ESTEVEZ LEON, por medio de apoderado, demandó a DARIO CUADRADO C., ambos mayores y vecinos de Bogotá, para que mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo se le condene a pagarle auxilio de cesantía, prima proporcional de servicios, un mil quinientos pesos por salarios insolutos, lucro cesante, indemnización moratoria y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda, Raúl Estévez León trabajó en Bogotá como Contador al servicio del señor Darío C. Cuadrado C., desde el 1° de enero de 1962 hasta el 30 de abril del mismo año devengando un salario mensual de \$ 500.00; además del anterior servicio dependiente, puso al día la contabilidad del demandado y le elaboró varias declaraciones de renta; se prescindió de sus servicios sin justa causa y no se le pagó suma alguna por ninguna de los conceptos pedidos en la demanda.

Como fundamentos de derecho invocó los artículos 22, 23, 24, 45, 64, 65, 66, 249, 253 y 306 del C. S. del T.; art. 2° del Decreto 243 de 1951; artículos 593 y siguientes del Código Judicial, y 2°, 5°, 20, 25, 42, 74 y demás concordantes del C. P. L.

En la primera audiencia de trámite el apoderado del demandado propuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción, transacción y pago, la primera con fundamento en que las partes no celebraron un contrato de trabajo; la segunda, en que ellas acordaron en fijar en \$ 3.500.00 el valor de los honorarios devengados por Estévez, y la de pago, en que todas las sumas que Darío Cuadrado C. pudo adeudar a Raúl Estévez León con ocasión de los trabajos de contabilidad a que se refiere la demanda, le fueron cubiertos en exceso.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento, que lo fue el Segundo Laboral de Bogotá, dictó sentencia por medio de la cual condenó a Darío Cuadrado C., a pagar a Raúl Estévez León lo siguiente: ciento sesenta y seis con 64/100 por prima de servicios; un mil pesos por salarios insolutos y un mil pesos por lucro cesante. Lo absolvió de los demás cargos de la demanda; declaró no probadas las excepciones perentorias propuestas y condenó al demandado en el 50% de las costas.

Apelaron ambas partes.- El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, al decidir la alzada revocó la sentencia de primer grado y en su lugar absolvió al demandado de todos los pedimentos de la demanda. Condenó a la parte demandante a las costas de la primera y segunda instancia.

Recurrió en casación el apoderado de Raúl Estévez León. El recurso extraordinario se decidirá previo el estudio de la correspondiente demanda y la réplica del opositor.

Alcance de la impugnación.

Pretende el recurrente que esta Corporación case totalmente la sentencia acusada y que en función de instancia se confirmen los numerales 1º y 3º de la parte resolutive del fallo de primer grado; revoque el numeral 2º y en su lugar condene al demandado a pagar al demandante la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y que se modifique la condenación en costas, para imponer su totalidad.

Con base en la causal primera de casación formula una sola acusación.

Cargo único. La sentencia acusada viola indirectamente los artículos 22, 23, 24, 25, 26, 27, 13, 14, 57 numeral 4º, 64, 65, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, que dejaron de aplicarse debiendo hacerlo, violación que se produjo a consecuencia de errores evidentes de hecho por equivocada apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras.

Los errores de hecho los hace consistir: "1º) En no dar por demostrado, estándolo plenamente, que el demandante trabajó en forma dependiente al servicio del demandado desde el 1º de enero de 1962 y hasta el 30 de abril del mismo año, con un salario mensual de \$ 500.00; y, 2º) En dar por demostrado, sin estarlo plenamente, que el demandante prestó servicios como trabajador independiente".

Como pruebas erróneamente apreciadas señala las siguientes: a) Las posiciones extrajuicio absueltas por el demandado ante el Juez 7º del Trabajo de Bogotá, folios 4 a 13; b) La carta suscrita por el actor y que obra a folios 26; la absolución de posiciones del demandante, folios 47 a 52; el testimonio de Juan Arango, folios 53 a 55; e) Las documentales de folios 28, 30 y 32; y f) La diligencia de inspección ocular visible a folios 64 a 67 de los autos. Las pruebas dejadas de apreciar, según el recurrente, son: g) La documental de folio 18, suscrita por el demandado y por su apoderado, y h) La confesión contenida en la contesta-

ción de la demanda en el sentido de que el actor "le llevó la contabilidad desde el 1º de enero de 1962 hasta el 30 de abril del mismo año" y que "El salario mensual si era el anotado" de \$ 500.00 al mes (folio 20).

Al sustentar el cargo, dice el recurrente que el demandado en la absolución de posiciones extrajuicio confesó al responder las preguntas décimo primera, quinta y primera, que Raúl Estévez León le prestó sus servicios como Contador desde el 1º de enero de 1962 hasta el 30 de abril del mismo año; que se comprometió a pagarle por ellos la suma de quinientos pesos y que prescindió de los servicios del actor, prueba que fue erróneamente apreciada al no dar por demostrado esos hechos, ante los cuales se imponía aplicar la presunción contenida en el art. 24 del C. S. T. y que el demandado no devirtió. Refiriéndose a las consideraciones del Tribunal sobre la no demostración de la existencia de la subordinación, dice que en ellas se exige que fuera el trabajador quien la demostrara, cuando la norma lo releva en principio de comprobarla o establecerla; que además el demandado no probó la carencia de subordinación, sino que por el contrario confesó al absolver la posición novena que ella existió.

Refiriéndose a la carta de folio 26, expresa el recurrente que de ella no se puede inferir que los servicios prestados por el actor a partir del primero de enero de 1962 lo fueran como trabajador independiente, a pesar de que aparezca en papel membreteado con indicación de su apartado aéreo y el teléfono de su oficina particular. También considera apreciados erróneamente la absolución de posiciones del demandante, el testimonio de Juan Arango y la inspección ocular, porque de la circunstancia de haberse comprobado que llevó la contabilidad en sus propias oficinas, que su profesión es la de contador y que tiene un equipo apropiado para desarrollar su trabajo, no puede inferirse que no existiera el contrato de trabajo que el demandado admitió al absolver posiciones extrajuicio.

Según el impugnador los documentos de

folios 28, 30 y 32 indican que el actor puso al día la contabilidad atrasada del demandado y le confeccionó declaraciones de renta por una determinada suma de dinero; que su oficina de contador atendió a la presentación de esas declaraciones y que Cuadrado posteriormente le exigió el pago de la segunda cuota de los impuestos, significando ello nueva pérdida de tiempo para el demandante y sus empleados. Estos trabajos —continúa el casacionista— los ejecutó el actor en forma independiente, como profesional y así lo afirma en la demanda; pero de los documentos mencionados no se puede inferir que Estévez no prestara servicios en el lapso mencionado, ni que su remuneración acordada no fuera \$ 500.00 mensuales, ni que actuara como trabajador dependiente, pues el que tuviera que llevar varias contabilidades y pudiera existir una coexistencia de contratos de trabajo con otros patronos lo explica el monto de la retribución o salario convenido con el demandado.

Insiste el impugnador en que las posiciones extrajuicio que absolvió el demandado fueron apreciadas equivocadamente, al pretender que le sirva de defensa a la misma persona que da la explicación, pues nadie se puede crear su propia prueba y la confesión no es tal cuando contiene hechos que sólo favorecen a quien la hace y que por otros medios no puede establecer; que el demandado alega al contestar la posición segunda que por una determinada suma el demandante se comprometió a ponerle al día su contabilidad atrasada y a confeccionarle varias declaraciones de renta, refiriéndose la contabilidad atrasada a los meses inmediatamente anteriores a diciembre 31 de 1961, y el contrato de trabajo que se afirma en la demanda comenzó a tener vigencia a partir del 1º de enero de 1962, y que aun cuando en la respuesta a la pregunta cuarta el demandado trata de hacer creer que otro tanto sucedió con los servicios prestados entre el 1º de enero de 1962 y el 30 de abril del mismo año, esa aclaración no desvirtúa ni los servicios prestados en ese lapso, ni la cuantía del sueldo mensual, ni la circunstancia de que Raúl Estévez León debía cum-

plir las instrucciones y órdenes que el demandado le impartiera.

Cuanto a las pruebas dejadas de apreciar dice que en la contestación de la demanda, si bien se niega que el contrato celebrado entre las partes tuviera carácter laboral, se confiesa que el demandante prestó sus servicios al demandado y le llevó la contabilidad desde el 1º de enero de 1962 hasta el 30 de abril del mismo año y que el salario mensual sí era el anotado de \$ 500.00. Si esta prueba hubiese sido apreciada, agrega el recurrente, el Tribunal habría aplicado la presunción consagrada en el art. 24 del C. S. del Trabajo. Refiriéndose al documento de folio 18, que es un poder otorgado por el demandado a su apoderado con el objeto de establecer la existencia de un contrato de trabajo durante los años de 1961 y 1962" entre Raúl Estévez León y Darío C. Cuadrado, anota que si se hubiera apreciado esa confesión espontánea, se habría concluido que el demandado tenía plena conciencia de que el contrato que celebró con Estévez León era de trabajo y que sólo después de afrontar el pleito se recurrió a la urgencia de negar su verdadera naturaleza, pues el poder se presentó personalmente ante el Juzgado el 6 de marzo de 1963 y la demanda se presentó el 18 de marzo del mismo año, en relación a la cual se opuso el demandado negando la existencia del contrato de trabajo. Esta actitud, a juicio del recurrente, hace evidente la mala fe del patrono.

Por último, el impugnador se refiere a la incidencia de los errores de hecho en la violación de las normas sustanciales señaladas al formular el cargo.

Se considera:

El Tribunal no dió por comprobada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes en el periodo comprendido entre el 1º de enero de 1962 y el 30 de abril del mismo año por cuanto estimó que no aparecía demostrado el elemento subordinación y que la presunción legal del artículo 24 del C. S. del T. desaparecía frente al material probatorio. El recurrente conside-

ra que habiéndose acreditado la prestación de servicios se presumía el contrato de trabajo y que además la subordinación estaba comprobada con la propia confesión del demandado al absolver posiciones.

Ahora bien: en relación con los servicios prestados en el período en que las partes difieren sobre la naturaleza del vínculo que los unió, el demandado aceptó al contestar el hecho 1º de la demanda que celebró un contrato de obra con Raúl Estévez León para que le verificara algún trabajo de contabilidad y las declaraciones de renta que el último había de ejecutar en su oficina propia, sin tener la calidad de empleado o trabajador del primero, y en la misma calidad y condiciones le llevó la contabilidad desde el 1º de enero de 1962 hasta el 30 de abril del mismo año, con una remuneración de quinientos pesos mensuales. En el mismo sentido se expresa el absolver posiciones. Esta prestación de servicios haría presumir la existencia de un contrato de trabajo. Sin embargo, para el Tribunal es dudoso que el trabajo hubiera sido realizado personalmente sin el concurso de otra u otras personas, porque "no resulta sugestiva acaso la existencia en las oficinas del actor de dos máquinas de escribir, de dos escritorios grandes, de teléfono con dos derivaciones, amén de sumadoras y máquinas de contabilidad? El hecho de que no figuren en la declaración de renta del demandante sumas pagadas a empleados o de que no se hubiesen encontrado nóminas no excluye la posibilidad del concurso ajeno en la labor realizada, máxime si se repara que en la nota dirigida por el señor Estévez al demandado se queja de 'pérdida de tiempo para mí y para mis empleados'".

A juicio de esta Corporación la duda del ad-quem sobre la prestación de un servicio personal por parte del demandante es justificada, pues ni en la contestación de la demanda ni en la absolución de posiciones se confiesa el hecho de la prestación de servicios personales, por cuanto lo aceptado por el demandado es que Estévez se obligó a obtener un resultado determinado, en sus propias oficinas. Y aun cuando la jurisprudencia tiene dicho que no des-

virtúa la naturaleza del contrato de trabajo la circunstancia de que una persona sea ayudada por otra u otras, es necesario que se demuestre la prestación de servicios personales.

Por otra parte, el hecho anotado por el Tribunal de que el demandante se anunciara en propaganda escrita "como organizador técnico de empresas, para comerciantes, industriales y hombres de negocios, en oficina propia e independiente", indica que tenía constituida una empresa a través de la cual ofrecía sus servicios, y que gozaba de independencia respecto a las personas que se beneficiaban con su organización empresarial.

Según el casacionista, la subordinación de Estévez respecto de Dario Cuadrado se desprende claramente de la posición novena y la respuesta del demandado. Dice así la pregunta y la correspondiente contestación: "Diga el absolvente bajo la gravedad del juramento que ha prestado, y a sabiendas de que si no dice la verdad incurre en el delito de perjurio, cómo es cierto, sí o no, que el señor Raúl Estévez León debía cumplir las instrucciones y órdenes que Ud. le diera respecto de la contabilidad y negocios suyos? Contestó: Sí es cierto y aclaro que todo contador juramentado debe ejecutar sus trabajos de acuerdo con recibos, comprobantes, etc., ajustados a la verdad de la contabilidad que está llevando".

Esta respuesta, estima la Sala, no significa necesariamente que el patrono estuviese facultado para darle órdenes al trabajador en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle sanciones. La pretendida subordinación del demandante, de acuerdo con lo manifestado por Dario Cuadrado, consistía en sujetarse a los recibos, comprobantes, etc. para llevar la contabilidad, o sea el cumplimiento de la obligación, que se había pactado, que no debe confundirse con la subordinación jurídica a que se refiere el artículo 23 del C. S. del T. Sobre este particular es muy dicente lo manifestado por el propio demandante, el 11 de junio de 1962, en carta enviada al demandado, folio 27: "Fuera del trabajo de

contabilidad que habíamos convenido, mi oficina atendió personalmente a la presentación de las declaraciones, pago de los impuestos y demás gestiones que son bastantes demoradas. Posteriormente usted exigió meramente mi intervención para el pago de la segunda cuota de los impuestos, significando ello nueva pérdida de tiempo, para mí y para mis empleados, trabajos y gestiones que no estaban incluidos en nuestro convenio". Es decir, que Estévez León se consideraba únicamente sometido a las obligaciones contraídas en relación con el objeto del convenio que celebró con Darío Cuadrado, excluyendo cualquier sujeción a lo que el patrono dispusiera sobre la prestación de sus servicios.

En lo referente a la prueba no apreciada por el ad-quem, o sea el memorial poder que obra a folios 18 otorgado por el demandado al doctor Pablo Patiño Bernal para que solicitara la absolución de posiciones a Raúl Estévez León "con el objeto de establecer la existencia de un contrato de trabajo durante los años de 1961 y 1962", estima la Sala que en un memorial poder, al igual que en la demanda inicial del juicio y en su contestación, es posible encontrar afirmaciones de quien lo otorga que puedan perjudicarlo y en consecuencia tomarse como confesión de los hechos respectivos. Pero para ello es necesario que el poder obre procesalmente en el juicio por haberlo calificado el Juez como suficiente para acreditar la personería del apoderado. Mas no es esta la situación que se presenta en el sub-lite, pues el Juez del conocimiento se abstuvo de reconocer la personería del doctor Patiño Bernal porque el mandato no se refería a la representación del demandado en el juicio. De manera que para

poder estimarse como prueba era necesario que en su oportunidad se relacionara y decretara como tal. Además, como lo anota el opositor, no es clara la relación que pudiera haber entre lo afirmado por el otorgante y la existencia del contrato de trabajo con base en el cual el demandante fundamenta sus peticiones.

De todo lo anterior se concluye que no está demostrado con evidencia que el Tribunal hubiere incurrido en error de hecho, y que ante la duda sobre la existencia del contrato de trabajo, bien podía el ad-quem llegar a la conclusión de que el vínculo jurídico no fue de naturaleza laboral, siendo en este caso su decisión inatacable en casación, pues no se ha demostrado, como ya se dijo, la notoriedad del error.

Por esta razón, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral.

Costas a cargo del recurrente.

PUBLIQUESE, COPIESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL" Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Medina Osorio, Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO

Contrato a término fijo. — Contrato término indefinido. — Contrato para la ejecución de una obra determinada.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera.- Bogotá, D. E., noviembre diez y seis de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina).

(Acta N° 72).

Esta providencia se dicta para resolver el recurso de casación interpuesto por el apoderado de ARCCO & NEGRET LIMITADA contra la sentencia de fecha 29 de enero de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el juicio seguido por Atilano Jiménez y otros contra la recurrente.

ANTECEDENTES

En demanda presentada el 24 de junio de 1968, el apoderado de Atilano Jiménez Díaz demandó a la empresa Arcco & Negret Limitada, para que fuera condenada a pagar:

“a) La suma de CUATROCIENTOS DOCE PESOS M/L. (\$ 412.00) o lo que se demuestre, como auxilio de cesantía.

“b) Salarios caídos a razón de \$ 25.00 diarios a partir del 7 de febrero de 1968 hasta cuando se efectúe el pago del auxilio de cesantía.

“c) Lo que se demuestre como indemnización de perjuicios por despido sin justa causa.

“d) Las costas del juicio, y en especial la labor en derecho”.

En el Libelo se expresaron los hechos y omisiones siguientes:

“Primero: El 11 de septiembre de 1967 el demandante y la demanda celebraron un contrato de trabajo por el tiempo que durare la ejecución de la autopista o carretera que de esta ciudad conduce al Aeropuerto de Soledad, que fué contratada por la empresa demandada con el Departamento del Atlántico. En cumplimiento de ese contrato mi mandante comenzó a trabajar al servicio de la demandada y bajo su continuada subordinación y dependencia, desde el 11 de septiembre de 1967.

“Segundo: Por su trabajo mi mandante recibía de la demandada un salario, cuyo promedio durante el tiempo servido fué de \$ 25.00 diarios.

“Tercero: La empresa demandada dió por terminado el contrato de trabajo celebrado con mi poderdante, unilateralmente el día 7 de febrero de 1968.

“Cuarto: La empresa demandada no le ha pagado a mi poderdante el auxilio de cesantía a que tiene derecho”.

Como fundamentos legales fueron citados los artículos 45, 65, 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, 8° del Decreto 2.351 de 1965, 74 y siguientes del Código de Procedimiento del Trabajo, y 575 del Código Judicial.

En audiencia de 23 de enero de 1969, a petición del actor, se decretó la acumulación a este juicio, de los seguidos contra la misma demandada, por los señores Manuel Julián Pacheco, Julio Gutiérrez Padilla, Miguel Enrique Barrios B., Jaime Bovea, José Salazar Pardo, Demetrio Julián García, Juan Padilla Aragón, José Trinidad Carrillo Acosta, Leonardo Gil Llanos, Gilberto González Mejía, Daniel Vargas Jiménez, Luis Ranulfo Valega Marín, Juan Altamar Cuenta, Manuel A. Sandoval Barceló, Eligio Montero E., Jorge Castro Pérez, Rafael Mendoza M., Julián de la C. Molina Taibel y Jaime Navarro Hernández.

En todas las demandas se pretendía obtener el pago de auxilio de cesantía, indemnización por mora, indemnización por despido sin justa causa y costas del juicio, en relación con los respectivos contratos individuales y con las fechas y motivos de los despidos.

El Juez Primero del Trabajo de Barranquilla dijo:

“Como en los juicios cuya acumulación se solicita se ejerce la misma acción y las cosas a cobrar, lo mismo que la índole que las relaciones laborales son las mismas, aunque son distintas las personas que demandan, procede la acumulación al tenor de lo dispuesto en el art. 397 y 398 del C. de P. C. aplicable por analogía a los juicios de trabajo de acuerdo con el art. 145 del C. de P. L., y en consecuencia, se decreta la acumulación y se ordena tramitar todos los juicios bajo una misma cuerda”.

La anterior providencia fue dictada en audiencia pública a la que asistieron los apoderados de ambas partes, sin que en ese momento o durante el proceso hubieran reclamado contra ella.

La sentencia de primera instancia, dictada el 22 de septiembre de 1969, condenó a la sociedad Arcco & Negret Limitada a pagar a los demandantes, como indemnización por despido, diversas cantidades que suman doscientos cuarenta y un mil ochocientos noventa y ocho pesos con cincuen-

ta y tres centavos, y absolvió por los demás cargos y por las costas de la instancia.

El sentenciador apoyó la condena en la consideración que los despidos fueron ilegales, y calculó la indemnización correspondiente, sobre el valor de los salarios desde la terminación de cada contrato, hasta el 24 de abril de 1969, fecha que estimó la de finalización de las obras contratadas.

Contra la providencia que puso fin a la primera instancia solamente interpuso recurso de apelación el apoderado de la demandada.

El Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral, en sentencia de 29 de enero de 1970, dispuso que la indemnización fuera rebajada a ciento veintidós mil seiscientos noventa y cinco pesos con sesenta y nueve centavos, y absolvió de los demás cargos y de las costas.

El fallador de segundo grado consideró por interpretación de las normas aplicables, que los contratos de los demandados los deberían estimar con duración de un año, y por tal motivo limitó la condenación a los salarios faltantes para cumplirse dicho lapso.

Oportunamente interpuso recurso de casación el apoderado de Arcco & Negret Limitada.

EL RECURSO

El casacionista, invocando la causal primera, consagrada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964 (artículo 87 del Código Procesal del Trabajo) y en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, pretende “que la Honorable Corte case la sentencia acusada y que, convertida en Tribunal de instancia revoque la sentencia de primer grado y absuelva de todos los cargos a la Sociedad demandada, con costas a cargo de la parte actora o que haga los pronunciamientos pertinentes, con fundamento en lo alegado y demostrado procesalmente”.

PRIMER CARGO

El acusador dice que la sentencia viola directamente, por interpretación errónea, los artículos 4º y 5º del Decreto 2.351 de 1965 y 1º del Decreto reglamentario 1.373 de 1968, y que tal violación generó la del numeral 3º del artículo 8º del Decreto 2.351 de 1965, por indebida aplicación.

Para dar fundamento al ataque, el recurrente, después de transcribir los apartes pertinentes del fallo acusado, dice que el estatuto laboral comprendido en las diversas leyes y en el Código Sustantivo del Trabajo, ha definido nítidamente las distintas especies del contrato de trabajo individual, atendida su duración, las cuales son: contrato a término fijo, contrato de duración determinada por la de la obra por la naturaleza de la labor contratada, el que se refiere a un trabajo ocasional o transitorio y el contrato a término indefinido.

Agrega el recurrente que cada especie de contrato de trabajo está sometido a un régimen indemnizatorio distinto, en el evento de terminación unilateral e injustificada por parte del patrono.

Continúa el casacionista afirmando que el Juzgador no puede interpretar las definiciones legales, que por sí son interpretación con autoridad, que los artículos 4º y 5º del Decreto 2.351 de 1965 determinan claramente los contratos a término fijo y los que tienen duración por la naturaleza de la labor o por la duración de la obra.

El atacante, después de reproducir algunos pasajes de la providencia recurrida, rechaza el criterio de equidad invocado por el Tribunal, y pone de manifiesto el error en la interpretación de la norma.

Concluye el cargo así:

"Basta tener en consideración que el adquem al partir de la base de que se trataba de contratos cuyo término está determinado por el de la duración de la obra ya mencionada, se consideró por analogía como contratos a término fijo y desconoció

abiertamente, infringiéndolo por ello, el claro sentido de las normas señaladas como objeto de la violación, así como el artículo 1º del Decreto 1.373 de 1966 que desarrolla reglamentariamente los textos ya mencionados del Decreto 2.351 de 1965".

SE CONSIDERA

La sentencia de segunda instancia dice:

"Considera la Sala que existiendo identidad o similitud entre el contrato a plazo fijo y el de duración por obra determinada, como que están contemplados conjuntamente en el mismo numeral 3 del art. 8º del Decreto 2.351/65, bien puede tratárseles analógicamente por la jurisprudencia. Y así como en el caso de los contratos estipulados a término fijo menor de un año se ha impuesto la interpretación de que la ley suple la voluntad de los contratantes en su intención de que el contrato sea de duración determinada, en el sentido de presumirlo celebrado por el mínimo de un año, en razón de la duración mínima establecida en el art. 4º del Decreto 2.351/65, también se debe entender que en los contratos de trabajo para obra determinada, pero en una exacta determinación de la obra o labor a ejecutar, la duración mínima igualmente se presume de un año, si por otra parte en la realidad la duración de la ejecución de la obra va pasada de un año y el trabajador hubiese sido despedido sin justa causa antes del año. Así la indemnización por ruptura de esta modalidad del contrato de trabajo quedaría entre un mínimo de 15 días de salario y en máximo equivalente a los salarios del tiempo faltante para completar un año de servicio. Porque si no, la otra alternativa lógica sería la de que esos contratos sin precisión de la labor específica de la obra, son de duración indefinida, ya que esta es la única otra modalidad prevista en el art. 5º del Decreto 2.351/65 para cuando el contrato no ha sido estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la de la obra, o no se refiera a un trabajador ocasional o transitorio. De lo cual no se derivaría sino una condena máxima de 45 días de salarios por concepto de indemnización

por la ruptura ilegal del contrato de trabajo dentro del primer año de servicios en una obra.

“En estricto derecho esta podría ser la conclusión, pero resulta contraria a la equidad para casos como el de autos en que correspondería al patrono contratista de la obra comprobar que contrató al trabajador para una labor parcial o parte de la obra general, y que de no probarse supone la contratación por la obra en su integridad.

“En los casos de autos, vienen deducidas indemnizaciones de 465 y 489 días de salarios, o sea, por lapso desproporcionado en relación al tiempo efectivamente laborado, en la ejecución de la obra por los demandantes, que fué de septiembre/67 a febrero 7/68, o sea, que no pasó de 6 meses.

“Es, pues, en guarda de un justo equilibrio, que la Sala opta por atenerse a la analogía entre el contrato a plazo fijo y el de duración determinada por la de la obra, para sentar la interpretación de que, la estipulación suscrita a plazo menor de un año o de duración por obra no bien especificada, torna el contrato de trabajo en de a plazo fijo de un año. Por consiguiente la indemnización por la ruptura sin justa causa será por el monto de los salarios correspondientes al tiempo faltante para vencerse el año de servicios”.

El artículo cuarto del Decreto 2.351 de 1965 establece que el contrato a término fijo debe constar siempre por escrito, que su duración no puede ser inferior a un año ni superior a tres, y que es renovable indefinidamente; consagra los casos de excepción en los que mediante algunos requisitos, se puede estipular un término menor; ordena la prórroga automática por un año si ninguna de las partes avisara por escrito a la otra su determinación de no prorrogarlo, dada con una anticipación no inferior a treinta días; y permite prórrogas inferiores a un año en los contratos con empleados altamente técnicos o especialmente calificados.

El artículo 1º del Decreto 1.333 de 1966 reproduce las disposiciones del artículo cuarto del Decreto 2.351 de 1965 y agrega que en el caso de contratos a término fijo inferior a un año, la terminación no exige preaviso.

El artículo quinto del Decreto 2.351 de 1965 define el contrato a término indefinido como el que no se estipuló a término fijo, ni su duración se determinó por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada, ni se refirió a trabajo ocasional o transitorio. El mismo artículo establece la vigencia de ese contrato mientras subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, y señala el aviso escrito que debe dar el trabajador para poderlo terminar.

El artículo 8º del Decreto 2.351 de 1965 trata de la terminación unilateral del contrato sin justa causa, consagra la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado con indemnización de perjuicios que comprende el lucro cesante y el daño emergente, y señala el monto de las indemnizaciones para la terminación sin justa causa en cada uno de los casos de contrato según la duración de ellos.

En el ordinal tercero de dicha norma se establece que la indemnización correspondiente a los contratos a término fijo, será igual al valor de los salarios del tiempo faltante para cumplir el plazo estipulado, y que la indemnización en contratos cuya duración se determina por la de la obra o labor contratada, será igual al valor de los salarios del tiempo que faltare para cumplirse esa duración, sin que la indemnización sea inferior a quince días de salario.

Cuando la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla dice que existe identidad o similitud entre el contrato a término fijo y el de duración de la obra, por tratar de ellos un mismo numeral del artículo 8º citado, interpreta erróneamente esa norma, pues por los artículos comentados, se ve cómo el legislador en vez de hacer idénticos o similares los extremos de duración de dichos contratos, ha hecho la debi-

da separación entre ellos, los ha definido de manera distinta y ha consagrado indemnizaciones diferentes para el caso de su terminación sin justa causa.

También es errónea la interpretación del fallador de segundo grado cuando pretende que "también se debe atender que en los contratos de trabajo para obra determinada, pero sin una exacta determinación de la obra o labor a ejecutar, la duración mínima igualmente se presume de un año, si por otra parte en la realidad la duración de la ejecución de la obra va pasada de un año y el trabajador hubiese sido despedido sin justa causa".

Algunos falladores han entendido que cuando se estipula una duración fija menor de un año, fuera de los casos contemplados por el numeral 2 del artículo cuarto del Decreto 2.351 de 1965, se ha de considerar celebrado el contrato por el término de un año que es el mínimo establecido por el numeral 1 de la misma disposición.

El Tribunal de Barranquilla quiso aplicar dicho criterio a un contrato cuya duración se determinaba por la naturaleza de la obra, para lo cual exigió que se expresara la obra o labor ejecutado por el trabajador, que ella durara más de un año y que el trabajador fuera despedido injustamente antes de ese término.

El verdadero entendimiento de la norma no permite la interpretación del Tribunal de Barranquilla, porque el contrato a término fijo resulta de una estipulación de las partes, que la ley regula entre uno y tres años, y el de duración por la naturaleza de la obra o labor resulta de esa misma obra o labor, sin que puedan confundirse las dos especies, ni aplicarse a una las reglas de la otra.

La determinación de la duración de un contrato por resultar de causas iniciales se conoce desde la celebración. Pero pretender que el trabajador que se contrata para trabajar en una obra determinada, tiene que expresar la labor que va a ejecu-

tar dentro de ella, para que se pueda considerar que el contrato es de duración determinada por la obra a que se vincula, es agregar a la norma una circunstancia no exigida por ella, o sea interpretarla erradamente.

Mayor es el error cuando se pretende que la duración de la obra sea menor de un año para que el contrato tenga duración determinada por ella, y que si la obra es por más de un año la duración es fija, porque allí no solo se está pidiendo un elemento no requerido por la ley, sino que se está convirtiendo un contrato de duración por obra en uno de duración fija sin que la voluntad de las partes lo haya querido.

Peor interpretación es la que contiene la sentencia acusada cuando trata de que la duración del contrato dependa de la terminación con injusta causa, pues está agregando a las normas lo que ellas no contienen y que precisamente presuponen, ya que cuando el artículo 8º del Decreto 2.351 de 1965 trata de las indemnizaciones por despido injusto contempla los distintos casos de duración del contrato, lo que indica que esa duración se determina antes de la terminación del contrato y no por efecto de esa terminación.

Finalmente, el sentenciador aunque sugiera que en estricto derecho los "contratos sin precisión de la labor específica de la obra, con de duración indefinida", termina aceptando por equidad que opta por atenerse a la analogía "para sentar la interpretación de que, la estipulación suscrita a plazo menor de un año o de duración por obra de bien especificada, torna el contrato de trabajo en de a plazo fijo".

En cuanto se pretende que un contrato cuya duración no puede determinarse por la naturaleza de la obra o labor contratada tiene duración fija, se está interpretando equivocadamente el artículo quinto del Decreto 2.351 de 1965, porque esa norma dice precisamente lo contrario de lo expresado por el fallador de segundo grado, o sea, que cuando el contrato no es a tér-

mino fijo, ni su duración se determina por la de la obra o la naturaleza de la labor, ni es trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido.

Como consecuencia de la errada interpretación de los preceptos indicados, aplicó indebidamente el artículo 8º del Decreto 2.351 de 1965, pues condenó a la sanción correspondiente a la ruptura unilateral e ilegal de un contrato de duración fija, cuando se trataba de un contrato de duración determinada por la de la obra.

En razón de las violaciones anotadas, se casará la sentencia por la prosperidad del primer cargo, que hace inútil el estudio de los demás.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

La acumulación de procesos decretada en este juicio, no cumple los requisitos de los artículos 387 y 398 del Código Judicial, aplicable por analogía a los juicios del trabajo. En efecto, las partes son distintas en los diversos juicios, ya que solamente el demandado es el mismo pero todos los demandantes son diferentes; cada uno de los trabajadores tiene distinta causa para pedir, su respectivo contrato y la causa del despido; y son diferentes los objetos de las pretensiones, pues el monto de cada una es calculada sobre bases no iguales. Si los juicios se hubieran seguido separadamente no se hubiera dividido la contención de la causa, ni el fallo proferido en uno habría producido cosa juzgada en el otro.

La indebida acumulación anotada constituye una irregularidad en el proceso que se produciría por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, ya que no se observaron las formas propias del juicio, pero como tal nulidad tiende a que se respete el derecho de defensa consagrado por la norma citada, y en el presente caso no se vulneró dicha garantía constitucional, basta anotar la irregularidad procesal, sin que se deje de pronunciar el fallo de mérito que se impone para la efectividad de los procedimientos.

En cuanto a la súplica sobre indemnización por despido injusto, se demostró el despido tanto por la contestación de la demanda del primer cuaderno como por la inspección ocular.

Respecto a los trabajadores Atilano Jiménez, Leonardo Gil Llanos, Gilberto González Mejía, Juan Padilla Aragón, Juan Manuel Altamar Cuentas, Jorge Castro Pérez, José Salazar Pardo y Julio Gutiérrez Padilla, se encontró en la inspección ocular copia de una carta en que consta el despido y el motivo invocado, que fué la falta colectiva de asistencia al trabajo el 7 de febrero de 1968.

En cuanto a los trabajadores Demetrio J. García, José T. Carrillo, Daniel Vargas Jiménez, Luis Rodolfo Valega Marín, Jaime Navarro Hernández, Rafael Mendoza M., Eligio Montero, Manuel A. Sandoval B., Jaime Bovea Jiménez y Miguel Enrique Barrios B., en la diligencia citada se hallaron copias de varias cartas en que se les comunicaba el despido por haber abandonado sus labores el 18 de enero de 1966.

En cuanto a Manuel Julián Pacheco apareció la copia de la carta de despido en que dice la causa era la de no llenar requisitos exigidos por las cláusulas del contrato.

También exhibió copia de la carta dirigida a Julián Molina Taybel, en la cual se le dice que es despedido por no asistir el día 9 de diciembre de 1967 y dejar parada la máquina que manejaba.

El fallador de primera instancia condenó al pago de indemnización por despido, con base en que los trabajadores no recibieron las comunicaciones en que se invocaba la causa de terminación.

El párrafo del artículo 7º del Decreto 2.351 de 1965 dice:

“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Pos-

teriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.

La norma transcrita no exige que la manifestación del motivo de la terminación se haga por escrito, luego no es indispensable que se establezca el hecho de que el trabajador recibió la carta en que se manifiesta ese motivo. El haber encontrado las copias de las cartas que contienen la expresión de la causa y el que los testigos indiquen haber conocido por la misma fueron despedidos los trabajadores, es suficiente para demostrar que se invocó el motivo de la terminación.

Es justa causa de terminación del contrato de trabajo, según el numeral 6 del artículo 7º del Decreto 2.351 de 1965, el incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador, entre las cuales consagra el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo, numeral 4º, la prohibición de faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del patrono.

Resulta que los ocho trabajadores enunciados en primer lugar, que dejaron de trabajar sin causa alguna el día 7 de febrero de 1968, incurrieron en la causal anotada según resulta de las declaraciones de Heriberto Salazar Santander y José Antonio Llinás Redondo, quienes por desempeñar en la época en que ocurrieron los hechos, los cargos de jefe de personal el primero, e ingeniero residente el segundo, tuvieron la oportunidad de conocer suficientemente los hechos ocurridos en la empresa donde laboraban.

Los diez trabajadores ya enunciados que dejaron de trabajar el 7 de enero de 1965, también incurrieron en la misma causal que los anteriores, que fué demostrada con las citadas declaraciones de testigos.

La demandada debe ser absuelta de indemnización por despido en cuanto a los referidos diez y ocho trabajadores.

Respecto a Manuel Julián Pacheco se invocó la causa de que no llenaba los requi-

sitos exigidos por las cláusulas del contrato, pero los testigos dicen que fué despedido por embriaguez. Por no haberse demostrado la causal alegada, sino una distinta, que según la norma transcrita no puede invocar válidamente el patrono, ha de condenarse a la indemnización por despido injusto.

Por lo que hace a Julián de la Cruz Molina Taibel, se encontró la copia de la carta de despido, pero los testigos no expresaron los hechos por los cuales fué despedido el trabajador, luego no estando establecida la causal manifestada, debe condenarse a la indemnización por despido injusto.

En la inspección ocular se estableció que todos los trabajadores demandantes fueron contratados para trabajar en la obra de la autopista de Soledad, sin que se haya especificado una vinculación colaboral a una obra de menor duración. Luego la indemnización correspondiente a los trabajadores Manuel Julián Pacheco y Julián de la Cruz Molina Taibel, debe ser igual al valor de los salarios del tiempo faltante para el lapso determinado por la duración de la obra, como lo consagra el numeral 3 del artículo 8º del Decreto 2.351 de 1965. En el presente caso la terminación de la obra ocurrió el 24 de abril de 1969, como se estableció en la inspección ocular verificada el 24 del mayo del mismo año.

Entre el 16 de diciembre de 1967, fecha de despido, y el 24 de abril de 1969, día de terminación de la obra, corrieron 494 días, que a razón de dieciocho pesos (\$ 18.00), salario devengado por Manuel Julián Pacheco durante todo el tiempo trabajado, valen ocho mil ochocientos noventa y dos pesos. Pero la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla solamente condenó a la empresa a favor de Pacheco por la cantidad de cuatro mil ochocientos noventa y seis pesos (\$ 4.896.00) y el único recurrente fué el demandado, motivo por el cual no puede elevarse la condenación recurrida.

Desde el 11 de diciembre de 1967, día en

que fué despedido Julián de la Cruz Molina Taibel, hasta el 24 de abril de 1969, fecha en que terminó la obra, transcurrieron 499 días que a razón de \$ 28.94, último salario devengado por el trabajador, valen catorce mil cuatrocientos cuarenta y un pesos con seis centavos (\$ 14.441.06). Habiendo sido la demandada la única recurrente y conteniendo la sentencia del Tribunal de Barranquilla una condenación menor en favor de Julián de la Cruz Molina Taibel, ha de mantenerse lo que impuso la sentencia recurrida.

Por lo que hace a las absoluciones decretadas en la sentencia de primer grado, se conservan por único apelante el demandado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE el fallo de 29 de enero de 1970, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el juicio seguido por Atilano Jiménez y otros contra Arcco & Negret Limitada, en cuanto por el numeral primero de la parte resolutive, condenó a la empresa Arcco & Negret Limitada a pagar diversas sumas a los señores Atilano Jiménez, Leonardo Gil Llanos, Gilberto González Mejía, Juan Padilla Aragón, Juan Manuel Altamar Cuentas, Jorge Castro Pérez, José Salazar Pardo, Julio Gutiérrez Padilla, Deme-

trio J. García, José T. Carrillo A., Daniel Vargas Jiménez, Ranulfo Valega M., Jaime Jiménez Hernández, Rafael Mendoza M., Eligio Montero, Manuel A. Sandoval Barceño, Jaime Bovea Jiménez y Miguel Enrique Barrios; REFORMA el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de veintidós de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, dictada en este juicio por el Juez Primero Laboral de Barranquilla, el cual quedará así: Condénase a la sociedad Arcco & Negret a pagar el día siguiente a la ejecutoria de esta sentencia, a Manuel Julián Pacheco la cantidad de cuatro mil ochocientos noventa y seis pesos (\$ 4.896.00) por concepto de indemnización por despido injusto, y a Julián de la Cruz Molina Taibel la cantidad de ocho mil doscientos cincuenta y seis pesos con cuarenta y cinco centavos (\$ 8.256.45) por el mismo concepto. Se absuelve a la demandada de la indemnización por despido injusto, solicitada por los demás demandantes.

Sin Costas en el recurso.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

MEDIO NUEVO EN CASACION

Este, lo ha definido la Corte, "como el hecho extremo o planteamiento que, sin haber sido propuesto en instancia, es, sin embargo, formulado en casación".

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera.— Bogotá, D. E., noviembre dieciséis de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

(Acta N° 76).

ARTURO GOMEZ G., demandó por medio de apoderado a DROGUERIAS ALIADAS S. A. y al INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES, SECCIONAL DE ANTIOQUIA, para que previos los trámites de juicio ordinario laboral y por sentencia que produzca ejecutoria, fueran condenados en forma solidaria a cubrirle el valor de la indemnización por merma de capacidad laboral, o en su defecto, a pagarle el valor de drogas, tratamiento médico y salarios hasta por ciento ochenta (180) días, y, además, a las costas del juicio.

Como hechos expuso los siguientes:

"PRIMERO. Ingresé al servicio de DROGUERIAS ALIADAS S. A., Seccional de Antioquia, en el año de 1964, y trabajé en forma continua hasta el 30 de abril de 1967.

"SEGUNDO. Fuí inscrito en el Seguro Social al ingresar a la Empresa, como afiliado, bajo el Carnet N° 02-301681 y Número Patronal 00614261. Se me hizo por parte del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, examen completo, a la fecha de mi inscripción y no se me halló enfermedad alguna.

"TERCERO. Posteriormente, y ya den-

tro del período de mi trabajo en la Empresa se me desarrolló una diabetes y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales me prestó las atenciones médicas y los auxilios de drogas hasta la fecha en que la empresa me despidió, en forma injusta, el día 30 de abril de 1967.

"CUARTO. A la fecha de mi despido, abril 30 de 1967, me encontraba en tratamiento médico por el Departamento Médico del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Seccional de Antioquia, pero los servicios me fueron suspendidos. En realidad me encuentro, desde abril de este año, completamente incapacitado por mi enfermedad, para trabajar, y los servicios médicos y de drogas han absorbido todos los pequeños ahorros que tenía y aún el auxilio de mi cesantía.

"QUINTO. La Empresa no podía despedirme estando en tratamiento médico, ni el Instituto Colombiano de Seguros Sociales ha debido suspenderme los servicios, pues en el caso de enfermedades no profesionales el trabajador tiene derecho a que se le pague un auxilio monetario hasta por 180 días y se le dé asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Además si pasados estos 180 días al trabajador le quedare alguna lesión, que le incapacite para el trabajo, tiene derecho a que se le cubra una indemnización, y aún a que se le pensione.

"Procede, entonces, la acción en forma solidaria contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y contra la Empresa".

En derecho invocó los artículos 227, 277, 278, 279 y concordantes del C. S. del T. y artículo 16 del Decreto N° 2.351 de 1965.

El Juzgado Cuarto (4°) Municipal del Trabajo de Medellín admitió el libelo, el que fue contestado oportunamente por los demandados en la siguiente forma:

Dijo el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Seccional de Antioquia:

"Me refiero en primer lugar a los HECHOS de la demanda, los cuales contesto así:

"El Primero. Es cierto que Droguerías Aliadas S. A. anunció a la Caja, como fechas de entrada y de salida del señor Gómez G., los días 15 de junio de 1964 y 1° de mayo de 1967, respectivamente. Con anterioridad a la fecha primeramente expresada se habían avisado otras vinculaciones de dicho señor a la misma empresa. No me consta por otra parte si durante ese lapso el trabajador laboró en forma continua como lo expresa la demanda.

"El Segundo. Son exactos los números de carnet y patronal que se citan bajo este ordinal. No es cierto por otra parte que al señor Gómez se le hubiera practicado al ingreso examen completo, pues la Caja no lo acostumbra. Se realizó entonces únicamente un chequeo pulmonar, conforme lo exigen los reglamentos vigentes.

"El Tercero. Según la historia clínica, que oportunamente se hará valer en este juicio, el señor Gómez G. se presentó a consulta médica el 15 de octubre de 1964, poco después de su ingreso, y se pudo comprobar entonces que padecía de diabetes desde hacía tres años. La Caja lo atendió y lo incapacitó a partir de tal fecha por diez y siete días continuos. Continuó tratándolo ambulatoriamente hasta el día 21 de septiembre de 1966, último en que el demandante se presentó a consulta. Desde esta fecha el señor Gómez no volvió a hacerse tratar.

"El Cuarto. Es falso lo aseverado por el

demandante. Después del día últimamente dicho no volvió a consulta. Ni el 30 de abril, ni antes, ni dentro del período de protección de dos meses que le otorgan los reglamentos, del seguro. Mal pudieron por tanto negársele los servicios como ligeramente lo afirma el demandante. Tampoco había sido incapacitado antes de su supuesto despido, y por lo tanto no tenía derecho a subsidios en dinero.

"El Quinto. Que el despido realizado por Droguerías Aliadas S. A. fuera legal o no, es circunstancia que no puedo calificar yo, y mucho menos la Caja que represento. Lo que sí aparece claro en el campo de las consideraciones jurídicas es que, tratándose de enfermedad no profesional, las indemnizaciones por merma de capacidad son de cargo del patrono y no de la Caja Seccional de los Seguros Sociales. Además, que en lo que respecta a ésta misma, no son pertinentes los demás razonamientos de carácter legal que hace el demandante.

"Fundado en lo expuesto, en mi condición de Director de la Caja Seccional de los Seguros Sociales de Antioquia, atentamente manifiesto a Ud. que me opongo a la totalidad de las solicitudes formuladas por el señor Arturo Gómez G. en lo que respecta a la entidad que represento, y expresamente propongo las excepciones de carencia de acción, inepta demanda, petición antes de tiempo, y cualquiera otra que resultare probada dentro del curso del juicio.

Expresó la sociedad anónima Droguerías Aliadas, en relación con los hechos:

"El Primero. Es cierto.

"El Segundo. El señor GOMEZ G. fue inscrito o afiliado en el I.C.S.S., Seccional de Antioquia. Ignoro si esa entidad hubiera hecho un examen médico completo al demandante, como también ignoro si en esa fecha estaba o no enfermo.

"El Tercero. No me consta, pues el ex-trabajador Arturo Gómez nunca estuvo incapacitado mientras prestó sus servicios a la compañía demandada.

"El Cuarto. Ignoro si al ser desvinculado de la empresa el demandante estuviera enfermo, pues como se dijo antes nunca estuvo incapacitado para prestar sus servicios. Ignoro si el I.C.S.S. le hubiera o no suspendido el tratamiento médico y de drogas.

"El Quinto. La compañía podía despedir al señor Gómez G. porque éste estaba laborando en el momento de ser licenciado y ello es tan cierto que al momento de reconocérsele la indemnización por despido y sus demás prestaciones sociales, jamás hizo un reclamo de la índole del de ahora y sólo lo hace después de haber transcurrido más de 5 meses desde su desvinculación.

"Ignoro las causas que haya tenido el I.C.S.S. para suspender el tratamiento médico y el pago del subsidio a que estaba obligado de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes.

"Como no existe disminución de capacidad en los términos del artículo 278 del Código Sustantivo del Trabajo, la Compañía que represento no tiene obligación legal alguna para con el demandante Gómez G."

Tramitada la primera instancia a ella se le puso fin por sentencia fechada el 14 de julio de 1969, según la cual fueron absueltos los demandados de los cargos del libelo sin que se impusieran costas.

Contra la providencia anterior apelaron el apoderado del demandante y el de la Caja Seccional de los Seguros Sociales de Antioquia.

El Juzgado concedió el recurso interpuesto por el primero y negó el de la Caja, considerando que en relación con ésta y con Droguerías Aliadas S. A., el fallo había sido absolutorio (folio 55 vto.).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín desató la alzada en sentencia de fecha 7 de julio de 1969, confirmando en todas sus partes el del a-quo y no hizo condena en costas.

Contra la resolución del Tribunal interpuso en tiempo recurso extraordinario de casación el apoderado del actor, el que concedido por el *ad-quem* y admitido por la Corte, pasa a examinarse, de acuerdo a la demanda con que se sustentó y el escrito de oposición presentado por el apoderado especial de Droguerías Aliadas S. A.

EL RECURSO

En la demanda de casación dice el recurrente:

"Invoco la causal primera de acceso, es decir, que, de acuerdo con el Decreto 528 de 1964, restringido con la Ley 16 de 1968, sin que ambas disposiciones regulen integralmente la materia, acusaré el fallo recurrido en capítulos separados, por violación en diversas formas de leyes sustantivas. Y al final, propondré una adición de medios nuevos, no planteados en las instancias, que por su linaje claro de orden público, son de recibo en casación, y atraen para la decisión de fondo el control del proceso, en cuanto a la cosa juzgada, por la autonomía misma de la acción, y en el ámbito del litigio".

En seguida, precisa el alcance de la impugnación, en la siguiente forma:

"Por lo que expondré para fundar los cargos, os pido que infirméis el fallo acusable, y atendáis, como de instancia, a las súplicas de la demanda original; y subsidiariamente, casada la sentencia, en auto para mejor proveer, ordenéis reiterar el examen clínico del señor Arturo Gómez Gallo, ante médicos legistas del Distrito Judicial de origen".

A continuación formula tres cargos, todos por violación directa de la ley y un último que denomina "medios nuevos".

La manera como están formulados los ataques obligan a la Corte, en cuanto hace relación con los tres primeros a estudiarlos separadamente.

PRIMER CARGO

Se enuncia en la siguiente forma:

"Violación por interpretación errónea de los artículos 227, 277 y 278 del Código Sustantivo del Trabajo, al no precisar el fallador la naturaleza de la acción, y no controlar la revisión médico-industrial que le sirve de presupuesto".

El impugnante en el desarrollo y demostración de este ataque hace énfasis en lo que llama acumulación de acciones simplemente concurrente, hecha en el libelo demandatorio y luego de confusa y larga disertación sobre este tema, dice que "la pensión de invalidez, pues, aparentemente principal, sujeta a las redultas de la litis, sobrevendría a la protección de la indubitable enfermedad no profesional".

Agrega que "Algunas circunstancias, además de la omisión del examen de ingreso, influyeron en la impulsión del proceso para que la ordenación del dictamen médico-industrial, actuación in judicado, se basará en el perjuicio de un diagnóstico retrospectivo incierto por parte del Departamento Médico del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, que remontó la entidad tres años atrás de la primera consulta, y no contemplara la fase de enfermedad en el momento del despido, y la eventual merma de la capacidad laboral por la época del pleito.

"La ambigüedad del dictamen no solo tergiversó la naturaleza del proceso, sino que sirve de fundamento a la sentencia violatoria, tras el débil control del fallador de instancia, para que concurren entonces, errores de actividad y de juicio.

"Es que debe entenderse que de los derechos de que trata el artículo 227, el trabajador ha de empezar a disfrutarlos desde el día en que le sea imposible procurarse los medios de subsistencia, en la modalidad y cuantía que contempla la misma disposición, pues su naturaleza y sus objetivos así lo indican. No es argumento que favorezca al trabajador, el hecho tan fre-

cuenta de los que afrontan el riesgo del nuevo empleo, simultáneamente con el esfuerzo que acarrea la recuperación, o la expectativa de curarse, pero el retardo en la reclamación no deja exento al patrono.

"El principio general es el de que el empleador, a cuyo servicio se adquiriera merma en la capacidad laboral, debe indemnizar sin reparar en la circunstancia de que cuando se celebró el contrato, la víctima estuviese más o menos afectada por el mal, o en estado de predisposición para implantarse. El patrono dispone de medios para cerciorarse del estado de salud del trabajador que va a recibir o a despedir, y si por omitirlos resulta que a su servicio, se incapacita por una enfermedad no profesional, que le ha determinado algún grado de insuficiencia laboral, constatado al finalizar el contrato, o en el curso de una litis, no puede relevársele de la obligación legal. Y examinado el ingreso el trabajador, o sin este requisito, no puede alegarse después como exención de responsabilidad, porque aceptar la tesis, implicaría admitir contra principios universales de derecho, que quien incurrió en error, puede alegarlo en beneficio, o que la mala fe puede ser fuente de derechos.

"La acción especial para la indemnización de la merma de capacidad laboral, proviene de un concepto distinto a la responsabilidad por culpa; se funda en la objetividad del daño; tiene regulación prefijada por la Ley; y no requiere otra demostración que la relación de causalidad con el desarrollo del contrato.

"Y en el caso de negligencia o temeridad del patrono renuente a atender las primeras prestaciones (por enfermedad), y que en la práctica dejan de satisfacerse, la derivación o no, al estado de invalidez, no priva al trabajador del derecho mismo a dichas prestaciones, no satisfechas en su hora.

"Repugnaría a lógica la idea de que es posible cesar o dejar de hacer, lo que nunca se ha hecho, aberración de juicio que,

además se prestaría a gravar doblemente a los patronos que cumplieron regularmente sus obligaciones para con el trabajador enfermo, y a exonerar del auxilio a los incumplidos que dejando avanzar la enfermedad de sus servidores, negligentes en su asistencia oportuna —alegarían la pretendida incompatibilidad— cuando el estado del paciente derivara de invalidez, para cumplir solamente las prestaciones correspondientes a este estado.

“En el supuesto de que pasados varios meses, la invalidez no pudiera configurarse, según la regulación del artículo 278, era preciso definir la situación de la mera enfermedad, para que el sentenciador no infringiera las disposiciones precipitadas, en su equivocada interpretación de una voluntad expresa del legislador”.

El opositor, por su parte, hace una serie de consideraciones sobre las pruebas del juicio para concluir manifestando que el Tribunal al confirmar la sentencia de primera instancia no hizo otra cosa que darle a los artículos 227, 277 y 278 del C. S. del T., el alcance legítimo que ellos tienen.

LA CORTE CONSIDERA:

El Tribunal se expresó así en la sentencia materia del recurso:

“A los autos se trajo copia de la historia clínica del demandante, expedida por la Caja de los Seguros Sociales de Antioquia, folios 23 a 25. Consta en ella que el señor Gómez padecía de diabetes el 14 de octubre de 1964, que desde hacía tres años se le había diagnosticado, es decir, antes del último contrato de trabajo que tuvo con Droguerías Aliadas S. A., quizás en el curso de una de las vinculaciones anteriores con la misma empresa. Desde octubre de 1964 recibió el tratamiento ambulatorio adecuado, con motivo de la enfermedad, en distintas fechas que aparecen registradas en la historia clínica. La última consulta que el demandante hizo a los médicos de la Caja de los Seguros Sociales tuvo lugar el 21 de septiembre de 1966 (folios 25). De allí en adelante, hasta cuando fué despedido,

el 30 de abril de 1967, no hizo ninguna otra consulta, ni tampoco estuvo incapacitado, ni lo estaba al momento de extinguirse la relación laboral. Al absolver posiciones, respuesta a la tercera pregunta, folios 39 vuelto, el demandante admitió que se encontraba laborando cuando el contrato de trabajo terminó y no estaba incapacitado en esa fecha.

“Estos hechos desvirtúan la afirmación del demandante, en el libelo, de que al momento del despido estaba recibiendo en la Caja de los Seguros Sociales tratamiento médico especial por razón de la enfermedad que padece, y que se encontraba incapacitado. Ni hay prueba en los autos de que en los días inmediatos a la terminación del contrato de trabajo requiriera asistencia médica, farmacéutica u hospitalaria por razón de la misma.

“El Médico Regional del Trabajo examinó al demandante en el curso del juicio, y apoyado también en la historia clínica del mismo, conceptuó lo siguiente:

‘La Diabetes Mellitus, es enfermedad de carácter no profesional, y merma la capacidad laboral; en el caso concreto del señor Gómez, no constituye una invalidez permanente, porque la disminución de capacidad laboral no llega al 67%; por lo mismo, no hay lugar a indemnizaciones, pues no son aplicables las normas del artículo 278 del Código Sustantivo del Trabajo’.

“Al año de haberse desvinculado de Droguerías Aliadas S. A., el señor Gómez empezó a trabajar para Droguerías Continental, con un salario promedio entre \$ 2.500.00 y \$ 3.000.00 mensuales, según lo confesó al absolver posiciones, y continuaba laborando cuando rindió las últimas. Por su parte la Caja de los Seguros Sociales de Antioquia informa a folios 48 vuelto que el señor Gómez fue afiliado como trabajador de Droguería Continental y que cotizó en la octava categoría, que ampara salarios mensuales entre \$ 2.820.00 y \$ 3.779.99.

“El art. 278 del C. S. del T. establece

que si a consecuencia de enfermedad no profesional le sobreviniere al trabajador una invalidez que lo incapacite para procurarse una remuneración mayor de un tercio de la que estuviere devengando, tendrá derecho al auxilio de invalidez reglamentado en la misma norma.

"En estas condiciones, según las pruebas anotadas, se concluye que el demandante no sufre una merma de capacidad laboral que lo incapacite para procurarse una remuneración mayor de un tercio de la que estaba devengando al servicio de Droguerías Aliadas S. A., por lo que no tiene derecho al auxilio de invalidez previsto en el art. 278 ya citado".

Este pasaje del fallo, indica claramente que el Tribunal no hizo ninguna interpretación de los artículos del C. S. T. acusados, sino que para no aplicarlos tuvo en cuenta las pruebas existentes en los autos, según las cuales el actor cuando fue despedido no estaba incapacitado para laborar y que si bien existía merma para trabajar, ella era inferior a la señalada por el artículo 278 para que tuviera derecho al auxilio de invalidez "reglamentado en la misma norma".

No existiendo pues interpretación equivocada por parte del fallador de las disposiciones citadas por el recurrente, el cargo se desestima.

CARGO SEGUNDO. Se formula así:

"Infracción directa de los artículos 278, 280 en relación con el 204 y 284 del Código Sustantivo del Trabajo, por interpretación errónea al no darle el fallador de segundo grado, todo el alcance de su contenido".

Dice el casacionista que estas disposiciones "en apariencia instrumentales, se adhieren sin embargo a principios de derecho estrictamente sustantivo. No es el caso de la frecuente violación de normas probatorias, llevadas a la casación casi siempre como violación medio, deteniéndose ahí, sino verdadera violación fin. En efecto, dichas disposiciones convierten al mé-

dico industrial, no en auxiliar de la justicia, sino en verdadero juez de hecho; y la sentencia no puede basarse en su dictamen insuficiente, como lo hizo el *ad-quem*, al confirmar su ulterior examen, la providencia de la instancia".

En seguida expone qué establecen los artículos en cita, diciendo por qué se encuentran en el Código Sustantivo "como una de tantas materias de naturaleza bifronte, que comportan un tránsito entre el proceso y el derecho subjetivo".

Hace en seguida críticas al dictamen pericial sobre el cual expresa:

"Entonces, el dictamen médico definitivo, rendido sobre merma de capacidad laboral, omitido sin el lleno de las condiciones que el mismo funcionario considera indispensable para informar su juicio, y sin más respaldo que el deducido de los datos que aparecen en el expediente, carece de validez probatoria. Y si la defectuosa conducción llega a extremos, su eficacia no puede valorarse, y menos soportar una sentencia definitiva, sin romper el ordenamiento jurídico".

LA CORTE CONSIDERA:

No dice el recurrente qué disposiciones de las que cita fueron infringidas directamente y cuáles por interpretación errónea, o si la violación directa de la ley, por el primer motivo, fue ocasionado por el equivocado entendimiento de todas las enunciadas.

Sin embargo, se encuentra en la demostración del ataque, que lo censurado por el recurrente es precisamente que el *ad-quem* hubiera formado su juicio a través de una prueba, el dictamen pericial rendido por un médico industrial (folio 39), al que tacha de "insuficiente".

En estas circunstancias, no pudo ocurrir la infracción directa de la ley, ni la interpretación errónea de la misma, pues es condición indispensable para que una u otra tenga lugar que no se ligen con cuestiones probatorias.

El cargo se rechaza.

CARGO TERCERO. Está formulado así:

“Violación directa y también por errónea interpretación de los artículos 127 y 132 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el 3º del Decreto Extraordinario 3.129 de 1956, al no darle aplicación íntegra a su contenido”.

Dice el acusador que “tanto el médico industrial al exponer su dictamen, como el fallador al acogerlo, toman el salario promedio del último año, para ponerlos en relación con el exceso de un tercio (1/3), que más adelante logró percibir Gómez Gallo en otra empresa, sin examinar la situación salarial de los vendedores, que se compone de una base y de una comisión o porcentaje sobre las ventas, como incentivo mutuo para el agente y el comerciante. Pero no se reparó en que la enfermedad no profesional, pudo incidir en el segundo aspecto, es decir, que la merma de capacidad laboral vino dada por la disminución de las comisiones. Era preciso constatar si un trabajador, que no padeciera la lesión, llegaría a obtener participación más amplia, para deducir precisamente el agotamiento, sustraído prácticamente al control del patrono, puesto que la actividad del comerciante auxiliar no es una subordinación muy objetiva, y se dejan la ambición y la iniciativa como el mejor resorte. En salarios móviles, no puede lograrse la invalidez porcentualmente o por alícuota. Es preciso comprobar lo que se ganaría en condiciones normales de salud, para sentar luego la repercusión de la dolencia.

“El artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, al consagrar el derecho de auxilio monetario por enfermedad no profesional, en favor del trabajador, y el 278 al graduar la invalidez eventual resultante, no limita ni restringe lo que se entiende por salario y, por lo tanto, debe tomarse este concepto en la plenitud de su noción, conforme al significado y contenido del artículo 127, sin que sea lícito considerar como tal, solamente una de sus formas, como se-

ría la remuneración fija u ordinaria, dejando por fuera la participación de utilidades que concurre a constituir lo que la Ley llama salario, y que sin más denominación se emplea en dicho artículo 227.

“De otro lado, si es verdad que las partes tienen facultades para convenir el salario en sus diversas modalidades, según el artículo 132 del mismo código, el precepto deja a salvo el salario mínimo. Por tanto, si tomando en cuenta el salario básico resulta inferior, el fallador deberá atenerse a lo que resulte más favorable. Este criterio tiene fundamento en los artículos 13, 14, 21 y 43 del Código Sustantivo Laboral. En todo caso, el salario básico no puede ser utilizado en perjuicio de los derechos del trabajador.

“No puede quedarse, pues, en mera apariencia, que la disminución de la capacidad laboral no llega al 67%, porque se vulneran si no se aplican cabalmente las disposiciones en las que apoyo el cargo”.

LA CORTE CONSIDERA:

El recurrente dice que fueron mal apreciados por el *ad-quem* los artículos 127 y 132 del C. S. T., pero ocurre como se vio al estudiar el primer cargo que el fallador no analizó siquiera que el actor devengara salario fijo y salario variable.

Hay más, el casacionista dice que el Tribunal no examinó la situación salarial de los vendedores, es decir discute hechos que también son extraños en una acusación de la ley por la vía directa, porque se repite, la interpretación errónea consiste en el equivocado entendimiento del contenido de una disposición sustancial, con prescindencia de toda cuestión probatoria.

El cargo se rechaza.

MEDIOS NUEVOS

En este acápite dice el recurrente:

“Droguerías Aliadas S. A., Seccional de Antioquia, reconoce que el despido del recurrente fue injusto, y ciertamente lo indemnizó. Pero el numeral 15 del artículo

7º del Decreto Legislativo 2.351 de 1965 dice que es justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, la enfermedad no profesional, refrenando desde luego, las obligaciones patronales desde esta situación, y que fueron materia de la litis.

“El despido justo siempre será, subjetivamente, más favorable para un trabajador y en el caso sub-judice, la objetividad de la indemnización resulta, a todas luces, más favorable aún.

“Que no concurrieran las dos indemnizaciones, no se planteó en las instancias. Al contrario, la pretensión fue acumularlas.

“Entonces si se intentara en otro juicio, substituir la del despido injusto por la que la enfermedad causó, podría alegarse la compensación de lo ya pagado hasta concurrencia, pero no la cosa juzgada, porque si bien, relevado el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Caja Seccional de Antioquia, de la solidaridad, Droguerías Aliadas S.A., Seccional de Antioquia, aduciría la identidad de parte; la acción recaería sobre el mismo objeto; pero obtener la aplicación de la Ley más favorable, no es impulsión revisora, sino que siempre será nueva causa petendi, porque el principio de nuestra legislación y del derecho del trabajo, según el cual, la disposición más favorable es la que se aplica en su integridad, debe entenderse como que en la confrontación de una norma con otra, la que favorece es excluyente, y pecaría contra la hermenéutica jurídica y contra la más simple lógica jurídica, si imperara por eternas y no como un todo.

“Pudo ser de las instancias, en virtud del principio inquisitivo, descubrir si el receso de la reorganización de la Empresa fue el motivo cierto del despido, o en el fondo, la merma de la capacidad laboral, con aberrante deslealtad procesal de las partes.

“Mantened, Honorables Magistrados, esta jurisdicción como tribunal de equidad en vuestra ardua misión de unificar la jurisprudencia nacional, bastante trastocado el

recurso, y aún desviado sensiblemente hacia la menor resistencia por los intermitentes e improvisados reformistas”.

LA CORTE CONSIDERA:

En esta parte de su acusación el recurrente confunde la expresión de una opinión con “el medio nuevo en casación”.

En efecto, éste lo ha definido la Corte “como el hecho extremo o planteamiento que, sin haber sido propuesto en instancia, es, sin embargo, formulado en casación”.

Es sabido de todos que una sentencia se quiebra en virtud del recurso de casación, cuando enfrentada a la ley, se concluye que ésta se violó por las causales que establece el Decreto N° 528 en su artículo 60 y las modificaciones a él introducidas ya por la Ley 16 de 1968 o la 16 de 1969, en su caso.

Pero es indispensable citar la disposición legal que se considere infringida, el concepto de su violación y la demostración del cargo.

Si tal no sucede, no puede afirmarse siquiera que se haya planteado un ataque estimable, que es lo que ocurre en lo alegado por el recurrente en el pasaje transcrito.

Lo alegado es inestimable.

En mérito de las razones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Costas a cargo de la parte recurrente.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA “GACETA JUDICIAL” Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 20 de Noviembre de 1970, DECLARA TOTALMENTE INEJEQUIBLE el laudo arbitral proferido para decidir el conflicto colectivo de trabajo entre la Empresa "Expreso Trejos Ltda." y el Sindicato de sus trabajadores.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., noviembre veinte de mil novecientos setenta.

(Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

Se encuentra para decidir el recurso de homologación que la Sociedad "EXPRESO TREJOS LTDA." y el Sindicato de Base de la misma interpusieron contra el Laudo Arbitral de fecha 17 de diciembre de 1969, proferido por el Tribunal Especial de Arbitramento Obligatorio, convocado por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, a fin de que resolviera el conflicto colectivo surgido entre las partes a raíz de la denuncia que formuló la empresa de la convención colectiva vigente y del pliego que luego de la denuncia presentó a la sociedad el nombrado Sindicato.

El recurso extraordinario lo resolverá la Corte en Sala Plena Laboral, teniendo en cuenta para ello la trascendencia del tema materia de la decisión y la circunstancia de que se van a rectificar jurisprudencias y prácticas anteriores.

ANTECEDENTES:

La Sociedad "Expreso Trejos Ltda." denunció el 2 de mayo de 1969 la convención colectiva que tenía celebrada con su Sindicato, y presentó lo que denominó "un pliego de aspiraciones contractuales", mediante el cual pidió la modificación o derogatoria de los artículos 1, 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 13, 17, 18, 19, 20, 25, 26, 27, 30, 33, 35, 37, 38, 39, 43, 44, 47, 48, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 69, 71, 74, 76, 77, 79, 80, 82, 83, 84, 86 y 87 (folios 47 á 66)

de aquélla, es decir, de las dos terceras partes de sus disposiciones.

Posteriormente, el Sindicato denunció la precitada convención y, aun cuando en los autos no aparece la fecha de tal denuncia, pues en la copia auténtica que de ella se solicitó no se indica, existe constancia de que el pliego se presentó el 8 de mayo de 1969.

Las conversaciones en la etapa de arreglo directo se iniciaron el 19 de mayo siguiente y luego de acordar las partes una prórroga, las terminaron el 18 de junio, sin que se hubiera llegado a acuerdo alguno, según puede verse en las notas correspondientes, cuyas copias obran a los folios 64 á 84 del cuaderno N° 2.

Posteriormente las partes, designaron a sus respectivos conciliadores para tramitar la segunda etapa del conflicto, que se inició el 27 de junio y terminó, también después de varias prórrogas, el 11 de agosto de 1969. En la conciliación sólo existió acuerdo respecto al período de prueba de los contratos individuales, que se estipuló en 45 días y a que la Comisión de Reclamos no tuviera carácter decisorio sino conciliatorio (folio 86). En los demás puntos del diferendo no se llegó a acuerdo de ninguna naturaleza, según se desprende de las actas elaboradas por los conciliadores que obran de los folios 70 á 104 del cuaderno N° 1.

Como se trataba de una empresa de servicio público, aunque de carácter privado, al fracasar las etapas de arreglo directo y de conciliación, el Ministerio del Trabajo y

Seguridad Social convocó de acuerdo con el Decreto N° 2.351 de 1965 (art. 34), hoy Ley 48 de 1968, un Tribunal de Arbitramento Obligatorio y ordenó a las partes el nombramiento de sus respectivos árbitros dentro de las 48 horas siguientes, disponiendo que el tercero sería designado por el Ministerio (Resolución N° 1.141 de 5 de septiembre de 1969, folios 107 y 108).

El Sindicato designó como su árbitro al señor Fabio Yanguas y la Empresa al doctor Humberto Molano Molina (folios 85 y 86, cuaderno N° 2) y el Ministerio los reconoció como tales, designando a su vez como árbitro tercero al doctor Rafael Lezama Ramírez, todo lo cual consta en las Resoluciones números 1.298 de 6 de octubre y 1.418 de 30 del mismo mes (folios 105, 106, 109 y 110, cuaderno N° 1).

El árbitro designado por el Ministerio, no aceptó y fue reemplazado por el doctor Alvaro Jordán Mazuera.

Integrado así el Tribunal de Arbitramento, sus miembros se posesionaron entre el 3 y el 6 de noviembre (folios 111, 112 y 113, cuaderno N° 1). El 7 del mismo mes se instaló el Tribunal, y el mismo día solicitó una prórroga de 20 días que le fue concedida tanto por las partes como por el Ministerio, el cual dictó con este fin la Resolución N° 1.526 del mismo mes (folio 138).

Posteriormente, el Tribunal solicitó en tiempo una nueva prórroga por 7 días, que el Ministerio le otorgó según Resolución N° 1.648 de 16 de diciembre de 1969.

El Tribunal de Arbitramento sólo hizo uso parcial de esta última prórroga, ya que profirió su laudo el 17 de los mismos mes y año. Salvó el voto el árbitro del Sindicato.

Contra este laudo interpusieron ambas partes recurso extraordinario de homologación para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte y ésta examinará primero el recurso propuesto por el Sindicato, por cuanto con él se persigue, en su parte principal, que se declare totalmente inexecutable.

RECURSO DEL SINDICATO

La pretensión del Sindicato recurrente la presenta su apoderado así:

"1. Que se declare inexecutable el laudo arbitral proferido el 17 de diciembre de 1969 por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, convocado por Resolución número 1.141 de 5 de septiembre de 1969, dictada por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social para dirimir el conflicto colectivo del patrono "EXPRESO TREJOS LTDA." y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE EXPRESO TREJOS LTDA.

"2. En subsidio de la anterior petición, demandando que se declaren inexecutable los siguientes artículos del referido laudo arbitral:

"a) El artículo 2º, en cuanto dispone: 'Respecto a los trabajadores que ingresen con posterioridad a la expedición del laudo, el régimen contractual será el que se pacte entre empresa y trabajador en el respectivo contrato individual de trabajo'.

"b) Los ordinales 14º, 15º y 21º del artículo 17 del laudo arbitral.

"c) El artículo 23 del laudo arbitral, en cuanto a salarios, solamente.

"d) El artículo 25 del laudo arbitral, en cuanto excluye del permiso remunerado de los martes a los suplentes de la Junta Directiva Sindical cuando no falte el principal".

Luégo de exponer el resumen del conflicto y antecedentes del laudo, el recurrente hace la síntesis de por qué considera que el fallo que puso fin al conflicto entre las partes ameritadas, adolece de inexecutable total.

Comienza recordando cómo por mandato del artículo 143 del C. P. T., corresponde a la Corte, Sala de Casación Laboral, verificar la regularidad del laudo, lo cual implica estudiar y calificar los antecedentes, la procedencia, la legitimidad, la competen-

cia, el funcionamiento y la decisión del respectivo Tribunal de Arbitramento Obligatorio, de carácter especial, para establecer si se ha violado o no la ley, si se ha incurrido en alguna irregularidad o en un vicio de nulidad o si el Tribunal ha extralimitado el objeto para que fue constituido, pues, en tales casos, lo conducente es la declaración de inexequibilidad o anulación del laudo arbitral.

Con fundamento en lo anterior, el recurrente afirma que el Tribunal de Arbitramento que decidió el diferendo laboral entre Expreso Trejos Ltda. y su Sindicato, fue ilegalmente integrado. Cita al efecto la Resolución N° 1.298 de 6 de octubre de 1969, dictada por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, "por la cual se integra un Tribunal de Arbitramento Obligatorio", y dice que, de esta Resolución, y de las actas de reuniones de los árbitros que lo formaron, "se deduce limpiamente": "1. Los árbitros nombrados por las partes no se reunieron para acordar el árbitro tercero. 2. El Ministerio del Trabajo no designó árbitro tercero, sino un árbitro del Gobierno, en representación del Gobierno. Tampoco fue nombrado de una lista elaborada e integrada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia".

En seguida, expresa que el numeral 3 del artículo 3° de la Ley 48 de 1968, regula la integración de los "Tribunales de Arbitraje" obligatorio, así: sendos árbitros designados por el patrono y el Sindicato y un árbitro tercero, no representante del Gobierno, elegido de común acuerdo por los dos primeros, dentro de las 48 horas siguientes a su posesión, es decir, ya siendo árbitros. Agrega que, si no se produce acuerdo entre los árbitros designados por el Sindicato y el patrono, puede entonces, y únicamente en ese caso, nombrar el Ministerio del Trabajo, el tercero, de la lista ya mencionada.

Concluye que en el sub-lite el Tribunal que profirió el laudo recurrido, no fue integrado conforme a la ley, sino con manifiesta violación del artículo 3° de la Ley 48 de 1968, siendo pues un juzgador ilegíti-

mo y sus actos ilegales y viciados de nulidad.

Afirma, por último, el impugnante, que el numeral 3 del artículo 3° de la Ley 48 de 1968 fue el fruto de la discusión, de la controversia, del forcejeo y de "la lucha de trabajadores, patronos y Gobierno, en torno a la búsqueda y hallazgo de fórmulas legales de formación de los 'tribunales de arbitraje', por parte de los trabajadores, para quitarle al Ministerio del Trabajo la libertad sin control 'de nombrar árbitros a su antojo y según su capricho'. Todo con el fin de procurar cubrir los riesgos de posible parcialización del árbitro que en muchos casos y en últimas, define y decide la solución del conflicto".

Dentro de esta misma orientación de impugnación del laudo, el recurrente cita el artículo 26 de la Constitución Nacional y expresa que, el Sindicato tiene derecho solamente a ser juzgado por tribunal competente y con observancia de la plenitud de formas propias de cada juicio y dice que como se ha demostrado que tal cosa no ocurrió, se trata en el caso de autos de un juzgamiento que no se sujetó a la plenitud de las formas propias del "arbitraje", uno de cuyos aspectos principales es la constitución del Tribunal, y por ello, a tenor de la norma citada y de los artículos 458 del C. S. T. y 143 del C. P. T., el laudo debe ser anulado.

LA CORTE CONSIDERA:

1. En vigencia de las disposiciones originales del C. S. T., solamente los conflictos colectivos del trabajo que se presentaran "en los servicios públicos, y que no hubieran podido resolverse mediante arreglo directo o por conciliación", eran sometidos para su decisión al arbitramento obligatorio (art. 452).

El arbitramento obligatorio fue pues desde que comenzó a regir el C. S. T., y lo es hoy, un sistema jurídico procesal para resolver algunos diferendos laborales, y como tal adoptó en varias de sus disposiciones los requisitos sustanciales y procedimenta-

les a que debía ajustarse para que la sentencia, laudo o decisión arbitral, fuera válida y tuviera fuerza obligatoria para las partes en conflicto.

Aparece, en primer término lo que se denominó composición del "Tribunal Especial de Arbitramento", que según el artículo 453 ibidem, debía formarse con tres (3) miembros, designados, así: "uno por cada una de las partes, y el tercero por el Ministerio del Trabajo".

Se proveyó en la misma disposición, cómo el Ministerio del Trabajo por medio de resolución, convocaría el Tribunal, dentro de los cinco (5) días siguientes a la terminación de la etapa conciliatoria, señalándose en tal acto el término dentro del cual las partes deberían designar sus árbitros y disponiéndose que el del Ministerio, o tercero, lo sería inmediatamente después del nombramiento de aquéllos.

Indicó también, la obligación de los árbitros de manifestar su aceptación, tomar posesión y entrar en funciones, en un término de dos (2) días, y dispuso que la renuncia de cualquiera de las partes para designar árbitro daría derecho al Ministerio para hacerlo. También se previó que en caso de falta, renuncia o impedimento de alguno de los árbitros, se procedería a reemplazarlo en la misma forma como se hizo la designación.

Los árbitros, de acuerdo con la última parte del artículo 453, son personas que ejercen funciones públicas.

A continuación el Estatuto, establece que personas no pueden ser miembros de Tribunales de Arbitramento, en los conflictos colectivos; dice por qué normas se regula el arbitramento voluntario, y en un capítulo posterior establece lo referente a quórum, a facultades del Tribunal, a la sentencia que "no puede afectar derechos o facultades de las partes reconocidas por la Constitución Nacional, por las leyes o por normas convencionales vigentes" (art. 458), al término para proferirla, a la notificación y al efecto jurídico y vigencia del laudo.

Las normas que caracterizan este sistema, en su mayoría, se encuentran hoy vigentes, salvo en lo que se refiere, a los tipos de Tribunales Especiales que en la actualidad han aumentado (Auto de fecha mayo 25 de 1970. Homologación contra el laudo arbitral de 20 de abril de 1970, dictado en el conflicto colectivo de la empresa "La Mano que Limpia" y su Sindicato de Trabajadores) y en cuanto a la integración de los mismos.

Sobre este último aspecto, el Decreto N° 2.351 de 1965 modificó substancialmente el artículo 453 del C. S. del T. así:

Originalmente, como se vio, el Tribunal Especial de Arbitramento Obligatorio, estaba constituido por tres (3) miembros, uno designado por cada una de las partes y el tercero nombrado por el Ministerio del Trabajo que podía designar también el de cualquiera de aquéllas o los de ambas, en caso de renuncia para hacerlo. Este último árbitro en algunas ocasiones lo denominó la ley árbitro del Ministerio o árbitro tercero, indistintamente.

En este aspecto no existió variación fundamental en vigencia del numeral 1° del artículo 1° del Decreto Extraordinario N° 525 de 1956, que dispuso: "El Tribunal Especial de Arbitramento en los conflictos colectivos en los cuales éste es obligatorio, se compone de tres (3) miembros, designados así: uno por cada una de las partes y el tercero por el Ministerio del Trabajo".

Pero vino en el año de 1965 —el 4 de septiembre— la expedición del Decreto Legislativo N° 2.351, que determinó en sus artículos 35 y 36, en su orden:

"Lista de Arbitros.- 1.- Cada dos (2) años, a partir de la vigencia de esta Ley, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a solicitud del Ministerio del Trabajo, formará una lista de ciento ochenta (180) personas mayores de edad, ciudadanos colombianos, abogados titulados, expertos en derecho laboral, o conocedores de las cuestiones económicas y sociales, altamente calificados y de reconocida honorabilidad, que constituirá la lista de árbitros

de entre los cuales se escogerán los integrantes de los tribunales de arbitramento obligatorio en la forma que en el artículo siguiente se indica".

".....

"3.- Mientras la Sala Laboral de la Corte Suprema prepara la lista de árbitros a que se refiere este artículo, ella será elaborada provisionalmente por el Gobierno.

"Constitución de los tribunales de arbitramento.-

"El Tribunal de Arbitramento Obligatorio en los conflictos colectivos que deban decidirse por este medio, se compondrá de tres (3) miembros así: uno por cada una de las partes y un tercero por el Ministerio del Trabajo, ESCOGIDOS de la lista a que se refiere el artículo anterior. Ninguna persona podrá actuar como árbitro más de tres (3) veces en un mismo año".

Se observa de la simple lectura de las normas transcritas, un cambio fundamental al sistema imperante hasta entonces.

I. Se establece una lista de árbitros que deben llenar determinadas calidades y que integra esta Sala de la Corte.

II. Se limita la libertad de las partes para designar su árbitro.

III. El Ministerio del Trabajo ya no tiene *ad-libitum*, la facultad de designar cualquier persona para integrar como tercero el Tribunal Especial.

IV. Tanto las partes como el Ministerio del Trabajo, deben escoger los árbitros que han de integrar el Tribunal de Arbitramento, de la lista a que se refiere el artículo 35 del Decreto.

En la forma anterior, quedó subrogado tanto el artículo 453 del C. S. del T. como el numeral 1 del Decreto Extraordinario N° 525 de 1956.

En virtud de la Ley, los tribunales de arbitramento obligatorio, así constituidos,

eran los únicos competentes para decidir el respectivo conflicto.

Este nuevo sistema sobre nombramiento de árbitros, tuvo una fugaz vigencia, pues el 17 del mismo mes de septiembre, se dicta el Decreto Extraordinario N° 2.469 que sustituyó en forma expresa el artículo 35 del Decreto N° 2.351 de 1965 y tácitamente el 36 del mismo estatuto, al disponer:

"Artículo 1°.- Lista de Árbitros.- El artículo 35 del Decreto 2.351 de 4 de septiembre de 1965, quedará así:

"1°. Cada dos (2) años, a partir de la vigencia de este Decreto el Gobierno enviará a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia una lista de por lo menos ciento ochenta (180) personas, ciudadanos colombianos, abogados titulados, o conoedores de las cuestiones económicas y sociales, y de reconocida honorabilidad, que constituirán la lista de árbitros de entre los cuales aquélla escogerá los integrantes de los tribunales de arbitramento obligatorio".

Como se ve, el sistema volvió a tener un cambio fundamental que entre otras cosas implicó la modificación del artículo 36 del Decreto N° 2.351, no solamente por cuanto terminó la concordancia entre esta disposición y la anterior, sino porque, en el artículo 2° se dijo:

"Mientras el Gobierno reglamenta el artículo anterior, la designación de árbitros para integrar los tribunales de arbitramento obligatorio se hará en la siguiente forma: uno por cada una de las partes y un tercero por el Ministerio del Trabajo".

La síntesis hecha de la legislación sobre la manera de integrar los tribunales de arbitramento obligatorio, indica cómo los textos 453 del C. S. del T., numeral 1° del artículo 1° del Decreto Extraordinario N° 525 de 1956 y 36 del Decreto Legislativo 2.351 de 1965, salvo en su última frase, fueron suspendidos y solamente quedó en vigor el precepto transitorio del Decreto Legislativo N° 2.469 de 1965, contenido en su artículo 2°.

Vino luego la Ley 48 de 1968 que adoptó

como leyes permanentes los Decretos 2.351 de 1965 y 939 de 1966, pero modificándolos y adicionándolos.

Preciso es indicar que en materia de Tribunales de Arbitramento Obligatorio se creó uno nuevo que es aquél a que se refiere el numeral 4 del artículo 3º de la ley en mención. En esta parte y en la materia tratada, considera la Corte que la ley introdujo una adición a los precitados decretos.

En materia de modificaciones, la ley no fue lo suficientemente clara y es por esto por lo que la Corte debe interpretarla.

El numeral 2 del artículo 3º ibidem dio una facultad a los sindicatos o a los trabajadores en su caso, para que soliciten en la oportunidad que allí se prevé que el diferendo sea sometido a fallo de un tribunal de arbitramento obligatorio constituido en la forma que se determina más adelante.

Luégo, en su inciso 2º, indica el procedimiento para convocar el Tribunal.

Finalmente en el numeral 3º, dice cómo debe integrarse el Tribunal de Arbitramento Obligatorio (subraya la Sala). Aquí ya abandona la ley su previsión inicial de que sea el tipo de Tribunal a que se refirió en el numeral 2º el que deba integrarse en determinada forma y abarca todas las clases de Tribunales de Arbitramento Obligatorio establecidos en la ley.

Esta conclusión fluye además de la lectura del dicho numeral 3º, que establece:

"El Tribunal de Arbitramento obligatorio se compondrá de tres miembros así: uno por la Empresa, otro por el Sindicato o Sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores, o en defecto de éstos por los trabajadores, en asamblea general, y el tercero de común acuerdo por dichos dos árbitros. En caso de que los dos árbitros no se pongan de acuerdo para elegir el tercero, dentro de las 48 horas siguientes a su posesión, dicho árbitro será

designado por el Ministerio del Trabajo de lista integrada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia integrará dicha lista para períodos de dos años con doscientos ciudadanos colombianos, residentes en los distintos Departamentos del país, que sean abogados titulados, especialistas en derecho laboral o expertos en la situación económica y social del país y de reconocida honorabilidad".

La norma transcrita contiene tres partes, así:

a) Integración del Tribunal de Arbitramento obligatorio, en donde puede apreciarse la fundamental modificación que le introdujo al Decreto Legislativo N° 2.351 de 1965.

El Tribunal se compone de tres (3) árbitros, uno designado libremente por cada una de las partes, tal como estaba previsto en la legislación anterior, y el tercero nombrado libremente, sin sujeción a listas, por los dos principales, una vez posesionados, es decir cuando ya tienen el carácter transitorio de funcionarios públicos.

b) Si, dentro de las siguientes 48 horas, no se produce acuerdo para la designación del tercero, la Ley dio al Ministerio del Trabajo el derecho a nombrarlo, pero no libremente, sino escogido de la lista elaborada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

c) Se estableció, como lo disponía antes el artículo 35 del Decreto N° 2.351, cuál era la lista de árbitros y qué requisitos debían llenar los escogidos, modificando su número que antes era de 180 personas y a partir del 11 de diciembre de 1968, fue de 200.

En presencia de esta ley nueva, que contiene los únicos preceptos sobre la materia y que, además, no hace distinciones entre los distintos tipos de arbitramento obligatorio, para efectos de su constitución, forzoso es concluir que a partir de su vigencia, todos los que se convocan para deci-

dir por este medio los conflictos colectivos, deben sujetarse a sus disposiciones.

Tal conclusión tiene su apoyo, también en la propia historia de la ley. Así, en la ponencia del proyecto respectivo para adoptar como legislación permanente los decretos tantas veces mencionados, presentado al Senado de la República por el Gobierno, se expresó:

"Por medio del artículo tercero del proyecto, se adoptan como legislación permanente los Decretos Legislativos números 2.351 y 2.352 de 1965 y 939 de 1966; en los cuales está consagrado lo fundamental de la evolución del derecho laboral colombiano de los últimos años.

"Pero el Gobierno solicita que se les dé fuerza de ley, con algunas importantes modificaciones, ya discutidas y aprobadas unánimemente, a excepción de un punto, por el Consejo Nacional del Trabajo, lo cual le da a la recomendación un sólido respaldo de las principales fuerzas sociales y económicas interesadas.

"El Gobierno ha querido que la legislación laboral no sólo tenga como finalidad resolver las relaciones entre trabajadores y empresarios, sino que se inicie el proceso de darle igualmente un contenido económico, persiguiendo objetivos como la creación acelerada de empleo, la descentralización industrial y la capacitación de la producción colombiana para competir en el mercado internacional.

"Además, y concretamente en el campo laboral, el Gobierno ha buscado entre otros objetivos... **modificar la integración y funcionamiento de los tribunales...** (subraya la Sala).

"Inspirado en estas orientaciones generales —continúa la ponencia—, el Gobierno propone conservar todas las conquistas de los trabajadores, que se consagran en los decretos mencionados y las siguientes reformas:

"

"3. Autorizar a los dos árbitros designados por el empleador y los trabajadores para integrar un Tribunal de Arbitramento Obligatorio, a fin de que designen el tercero y, en caso de desacuerdo, que lo haga la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en vez del Ministerio del Trabajo, como lo han demandado los trabajadores" ("Anales del Congreso", noviembre 7 de 1968, pág. N° 1.292).

Y, ya para segundo debate ("Anales del Congreso" - 5 de diciembre de 1968, pág. 1.437), se expuso por el ponente:

"A la tercera propuesta del Gobierno sobre autorización a los dos árbitros designados por los empleadores y trabajadores que integran un Tribunal de Arbitramento obligatorio, para que escojan el tercero y en caso de desacuerdo, lo haga la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en vez del Ministerio del Trabajo, la Comisión le introdujo importantes modificaciones.

"Los oponentes a la fórmula del Gobierno argumentaron que no era conveniente ni justificable que el Ministerio del Trabajo se desprendiera en forma absoluta de la facultad hoy vigente de nombrar los terceros árbitros, pues a través de ellos el Gobierno generalmente orienta la política liberal, fuera de las muchas dificultades de orden práctico que traería consigo entregar tal nombramiento a la Sala Laboral de la Corte, si se tiene en cuenta que la designación de los árbitros debe ser hecha en forma inmediata, lo cual no coincide siempre con la idiosincrasia de un organismo judicial que no funciona en días festivos, que tiene vacaciones y visitas periódicas fuera de su sede.

"La Comisión aceptó tales argumentos como válidos y convino una fórmula sustitutiva, según la cual, **en caso de que los dos árbitros no se pongan de acuerdo para elegir el tercero, dentro de las 48 horas siguientes a su posesión** (se subraya), dicho árbitro será designado por el Ministerio del Trabajo de lista integrada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que la misma Sala integrará para periodos de

dos años, con doscientos ciudadanos colombianos residentes en los distintos Departamentos del país, que sean abogados titulados, especialistas en derecho laboral a expertos en la situación económica y social de la Nación y de reconocida honorabilidad”.

Fué así como se aprobó el numeral 3º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, de cuya historia, en parte transcrita, aparece:

a) Que fue deseo del legislador que se modificara la constitución y funcionamiento de los Tribunales de Arbitramento Obligatorio;

b) Que esa voluntad fue la consecuencia de lo acordado en el Consejo Nacional del Trabajo; y,

c) Que el querer del legislador quedó reflejado en el texto mismo del numeral 3º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968.

II. Esclarecido el punto relativo a la integración de los Tribunales de Arbitramento, cuando el conflicto deba, según la ley, resolverse por este medio, es decir, cuando el juicio de árbitros es obligatorio, como en el caso que se estudia, debe examinar la Corte, qué consecuencias acarrea el que el Tribunal quede integrado en forma ilegal, con grave quebranto de las normas positivas sobre la materia.

La institución de los Tribunales de Arbitramento Obligatorio, o sea el sistema creado por el legislador para decidir jurídicamente algunos conflictos colectivos de trabajo, entre ellos los que se presenten en servicios públicos, no ha sido establecida en beneficio exclusivo de las partes, sino de la comunidad.

Por esto, todo lo que concierne a su integración, a su funcionamiento, quórum, facultades de los árbitros, término para fallar y decisión del conflicto a través de una sentencia que toma el nombre de laudo, es de orden público. La omisión o desconocimiento de las normas que consagran estas materias producen la inexequibilidad total del fallo.

La función de la Corte, en el recurso de homologación, no se limita a comparar las disposiciones de la sentencia con los derechos reconocidos a las partes por la Constitución, la ley o la convención colectiva vigente, para homologarla si no los afectan, o para declararla inexequible en caso contrario. Su misión es más amplia. Examina la regularidad del laudo, y al proceder en esta forma, no puede eludir, porque va implícito en ello, el estudio de la naturaleza del conflicto, si se han cumplido las etapas de arreglo directo o de conciliación, si el Tribunal ha sido integrado conforme a la ley, si ha funcionado tal como ésta lo ordena y si ha proferido sentencia dentro del término respectivo y sobre la materia debatida. El control jurisdiccional que otorga la ley a la Corte es pues completo.

Un Tribunal obligatorio integrado por árbitros designados en forma distinta de la señalada en la Ley 48 de 1968, no adquiere jurisdicción para decidir el conflicto, no obstante que se cumpla el requisito de la posesión de los árbitros. Al no adquirir jurisdicción el Tribunal, la sentencia que dicte es nula, y la Corte, al decidir el recurso de homologación debe declararla inexequible, como hace esta misma declaración cuando el fallo dictado por tribunal competente es extemporáneo.

III. En el sub-lite, el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, vigente ya la Ley 48 de 1968, dictó la Resolución N° 1.141 de 5 de septiembre de 1969, convocando un Tribunal de Arbitramento, de los previstos en el artículo 34 del Decreto N° 2.351 de 1965 y de acuerdo con el texto 453 del C. S. del T., dispuso en el artículo segundo:

“Este Tribunal sesionará en la ciudad de Cali, y cada una de las partes deberá designar el árbitro que le corresponde, siendo el tercero designado por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social...” (subraya la Sala - folios 107 y 108).

Se produjo pues en esta Resolución un quebrantamiento de la ley vigente, ya que el Ministerio arrebató a los árbitros designados por las partes la facultad de nombrar al tercero.

Se viola en forma clara la ley y tal cosa sucede porque el Ministerio fundamenta su decisión en una norma derogada, el artículo 453 del Código Sustantivo del Trabajo.

El seis (6) de octubre del año citado, se dicta la Resolución N° 1.298, con la cual se consumó la violación de la ley. El Ministerio integra el Tribunal así: árbitro de la empresa, doctor Humberto Molano Medina; del Sindicato, señor Mario Yanguas y, del Ministerio, Efraín Lezama Ramírez (folios 105 y 106).

Esta Resolución aclarada luego por la N° 1.418 de 30 de octubre, en cuanto al nombre del árbitro del Sindicato, y en la que se aceptó la renuncia del designado por el Ministerio, y se reemplazó por el doctor Alvaro Jordán Mazuera, tuvo como fundamento tanto el artículo 453 del C. S. T., derogado, como el 36 del Decreto N° 2.351 de 1965, modificados substancialmente por la Ley 48 de 1968.

Así las cosas, y aunque el árbitro "del Ministerio", fue escogido de la lista elaborada por esta Sala y enviada oportunamente, según se desprende del documento que obra al folio 61 del cuaderno N° 2, se produjo la integración del Tribunal, en forma completamente contraria al sistema que esa época y hoy, rige en la materia de que se trata.

Se produjo un quebrantamiento de la ley, y por tanto, el Tribunal así integrado no llegó a adquirir jurisdicción para resolver el conflicto. Síguese de lo anterior que el laudo que pronunció es inexequible en

su totalidad, y así tendrá que declararlo la Corte.

Como esta parte de la acusación prospera, no es procedente estudiar los otros aspectos tratados por el Sindicato recurrente, que tienden también a que se haga esta misma declaración o subsidiariamente, la de inexequibilidad de algunos artículos del laudo.

Tampoco, y por las mismas razones, se estudiará el recurso de la Empresa.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

DECLARASE TOTALMENTE INEXEQUIBLE el laudo arbitral de fecha 17 de diciembre de 1969, proferido para decidir el conflicto colectivo de trabajo entre la Empresa "EXPRESO TREJOS LTDA." y el Sindicato de sus trabajadores.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la "Gaceta Judicial" y devuélvase el expediente al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social para lo de su cargo.

Aprobado: Acta N° 17.

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



P R E A V I S O

El preaviso válido es el que se cuenta para que surta efectos a su expiración si se ha dado en tiempo, o para que su valor en numerario se cancele inmediatamente al momento de la ruptura del vínculo jurídico ya que su causación es desde ese instante y no antes.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera.- Bogotá, veintiséis de noviembre de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Arturo Linares Ortega).

(Acta N° 77).

LUIS ERNESTO RIVERA PEREZ, mayor, vecino de Bogotá, promovió juicio ordinario por la vía laboral contra la entidad denominada "EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA", representada por el señor Héctor Parra Gómez, para que fuera condenada a pagar lucro cesante por ruptura unilateral del contrato de trabajo, auxilio por enfermedad no profesional por el término de seis meses, indemnización moratoria y las costas del juicio.

Relata el libelo inicial que en virtud de contrato escrito, el actor laboró desde el 20 de mayo de 1958 hasta el 16 de junio de 1965; que el cargo desempeñado fué el de "Operador de Draga" habiendo devengado un sueldo mensual de \$ 1.725.00; que con fecha 15 de junio de 1965 la empresa comunicó al demandante que quedaba retirado a partir del 16 del mismo mes por motivo de enfermedad y no se le pagó el valor de los salarios correspondientes al auxilio de seis meses; que la demandada no dió al actor preaviso ni verbal ni escrito, ni le canceló los salarios correspondientes al término que regula los pagos del salario que era quincenal y que no obstante las reclamaciones hechas sobre los

valores reclamados, "no se ha conseguido nada".

En derecho se invocaron las siguientes normas: arts. 4° del D. 2.127 de 1945, Ley 6ª de 1945, art. 49 del D. 2.127 de 1945, art. 8° del D. 2.541 de 1945, el D. 797 de 1949 y el D. 2.158 de 1948.

La demandada se opuso a todas las pretensiones del actor, aceptó totalmente el hecho primero de la demanda, parcialmente el hecho cuarto y aceptó el séptimo con una aclaración. En cuanto a los demás dijo atenerse a lo que se probara.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, decidió la controversia en sentencia de quince de marzo de mil novecientos sesenta y siete absolviendo a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y condenando en costas al demandante.

El Tribunal Superior de Bogotá al resolver la alzada interpuesta por el procurador judicial del actor, por medio del fallo que es materia de este recurso extraordinario de fecha 12 de mayo de 1967, confirmó en todas sus partes el del a-quo.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Lo expresa el recurrente así: "El alcance de la acusación es el siguiente: que casada la sentencia objeto del recurso y constituida la H. Corte Suprema de Justicia (Sala Laboral) en Tribunal de instancia, revoque totalmente la sentencia de segundo grado pronunciada por el H. Tribunal Superior de

Bogotá, Sala Laboral de esta ciudad el 15 de marzo del mismo año de 1967 y en su lugar despache favorablemente las peticiones relacionadas en el libelo de demanda que dieron origen al negocio y que son a saber:

"2ª. Condenar a pagar a la demandada el lucro cesante en virtud de rotura unilateral e injustificada del contrato que la ligaba con el actor.

"3ª. Condenar a la demandada a pagar a mi representado el auxilio por enfermedad no profesional por el término de seis meses de salario.

"4ª. Condenar a pagar a la demandada a favor de mi poderdante la indemnización moratoria o salarios caídos".

No obstante la forma defectuosa como está presentado el "Alcance de la Impugnación", por haber pedido la revocatoria de las sentencias de primera y segunda instancia, se procede a estudiar en el fondo los cargos, empezando por razones lógicas con los que predicen violación directa, así:

SEGUNDO CARGO

Con invocación de la causal primera (1ª) del art. 60 del Decreto 528 de 1964 acusa la sentencia de "ser violatoria por interpretación errónea de los siguientes preceptos legales sustantivos a saber: art. 49 del Dto. 2.127 de 1945 en relación con el art. 8º del Dto. 2.541 del mismo, en concordancia con los siguientes preceptos también sustantivos que dejaron de aplicarse y que son: arts. 43, 49 y 51 del Dto. 2.127 de 1945; art. 11 de la Ley 6ª de 1945; art. 1º y sus parágrafos 1º y 2º del Dto. 797 de 1949 reglamentario del art. 11 de la ya citada Ley 6ª de 1945".

Afirma que el Tribunal aceptó los siguientes hechos: a) Que entre la Empresa demandada y el actor existió un contrato de trabajo cuya duración se inició el 28 de mayo de 1958 y terminó el 16 de junio de 1965; b) que el salario devengado fue de \$ 1.745.00 mensuales cuyo pago se hacía

por quincenas; c) que la Empresa demandada dió por terminado el contrato de trabajo por motivo de enfermedad no profesional el 16 de junio de 1965 y d) que la Empresa pagó al demandante el salario de la última quincena comprendida entre el 1º y el 15 de junio de 1965.

En seguida transcribe la primera parte del artículo 49 del D. 2.127 de 1945 y el numeral 5º del Art. 8º del Decreto 2.541 del mismo año, manifestando que la Empresa canceló el contrato por motivo de enfermedad el 16 de junio de 1965 y a partir de esa fecha sin darle preaviso al actor, ni pagárselo en dinero, pues el Tribunal lo contó hacia atrás porque estimó que con la última quincena de salarios —la que va del 1º al 15 de junio de 1965— cumplió la demandada su obligación legal al respecto, no obstante que el contrato de trabajo fué terminado por ella el 16 de junio de 1965. Igualmente agrega que el sentenciador entendió equivocadamente el precepto y "le hizo producir efectos contrarios a su espíritu y recto entendimiento al aceptar que el pago de la quincena inmediatamente a la que lógicamente con la nota de despido correspondía preavisar por escrito (o sea la contadera a partir del 16 de junio de 1965) es la equivalente al pago de los salarios de un período quincenal distinto, cuando como ya se dijo debe corresponder al mismo o tal período (que regula los pagos) que en lugar de darlo en preaviso se lo paga en salario".

Luego afirma el casacionista que por tratarse de una enfermedad no profesional cuya curación no era probable antes de seis (6) meses, la recta inteligencia del art. 8º del Decreto 2.541 de 1945, "es exigir al patrono que ha de preavisar por escrito al trabajador o pagarle en dinero el tal período y proceder a la cancelación del contrato a cancelarle los salarios correspondientes al tiempo mínimo de que habla la norma y que jamás en estos casos puede ser inferior a 6 meses".

Finaliza su argumentación diciendo que a consecuencia del error en la interpretación el ad-quem, no dedujo a cargo de la

demandada el lucro cesante en relación con el término presuntivo y su prórroga automática de seis en seis meses; y que por la misma razón dejó de aplicar las normas sobre indemnización moratoria.

A su turno el opositor critica el ataque por razones técnicas.

SE CONSIDERA:

La Sala observa que la única labor interpretativa realizada por el sentenciador se efectuó en relación con la primera parte del artículo 49 del Decreto 2.127 de 1945 al decir, refiriéndose a la súplica por lucro cesante lo siguiente: "Por lo demás, la "o" que trae el texto de la primera parte del artículo 49 del Decreto 2.127 de 1945 es una conjunción disyuntiva, que tiene la propiedad de separar las ideas. Por consiguiente, la Empresa bien podía dar el previo aviso por escrito al demandante, con antelación por lo menos al período que regule los pagos del salario, o prescindir, del previo aviso por escrito, pagándole los salarios correspondientes a tal período, como lo hizo. "Este es el verdadero entendimiento del precepto analizado, de tal manera que la interpretación dada por el Tribunal a la regla legal en mención no es contraria a su inteligencia al explicar el exacto sentido y alcance de la conjunción "o" en la disposición citada.

De otra parte se destaca que si bien es cierto que el fallador de segundo grado cita y transcribe el art. 8º del Decreto 2.541 de 1945, del cual atribuye el recurrente interpretación errónea, no es menos evidente, que no hace estimación alguna de su alcance y contenido ni le da significación que peque contra su recto entendimiento.

Y en cuanto a las otras normas señaladas en la enunciación del cargo como violadas consecuentemente por el mismo concepto, es claro que al no haberse encontrado infringidas las principales no puede predicarse violación de las concordantes y consecuentes. Por ello no prospera la acusación.

CARGO TERCERO

Su tenor es como sigue: "El fallo acusado violó directamente el art. 8º del Dto. 2.541 de 1945 en relación con el art. 49 del Dto. 2.127 del mismo año por falta de aplicación, pues en lugar de estos preceptos aplicó el art. 227 del C. S. del Trabajo que por regular derechos de trabajadores del servicio particular en ningún caso tiene cabida en los contratos de trabajo con entidades de derecho público, normas que violó en relación y por el mismo concepto directo por falta de aplicación infringió el art. 8º, 11 de la Ley 6ª de 1945; arts. 43, 51 del Dto. 2.127 de 1945 y art. 1º y sus numerales digo y sus dos párrafos 1º y 2º del Dto. 797 de 1949".

El impugnante afirma que se encuentran plenamente demostrados y aceptados por el Tribunal los siguientes hechos: a) que entre la Empresa demandada y el actor existió un contrato de trabajo que los vinculó desde el 20 de mayo de 1958 hasta el 16 de junio de 1965; b) que "el salario devengado fué de \$ 1.745.00 mensuales"; que el 16 de junio de 1965 la demandada terminó unilateralmente el contrato por motivo de enfermedad no profesional; d) que la Empresa pagó al actor el valor de la última quincena de salario correspondiente al lapso comprendido entre el 1º y el 15 de junio de 1965 y que demandó el auxilio por enfermedad no profesional por el término de seis meses, que en su concepto, "debe pagarse a la terminación del respectivo contrato laboral".

En desarrollo del cargo dice el casacionista que: "en obediencia al mandato consagrado en el art. 8º del Dto. 2.541 de 1945, la Empresa se encuentra obligada a pagar el auxilio por enfermedad correspondiente al minimum de seis (6) meses que según concepto médico va (sic) estar incapacitado el trabajador a partir de su retiro y a consecuencia de la dolencia que lo aqueja", cuando ha sido despedido por motivo de enfermedad, pero que el Tribunal en lugar de aplicar dicha norma, aplicó el art. 227 del Código Sustantivo del Trabajo y que por esta aplicación no dedu-

jo la consecuencia de la disposición sobre auxilio por enfermedad no profesional de los trabajadores oficiales, que, en su concepto, en ningún caso puede ser inferior a seis meses de salario, los cuales deben pagarse a la terminación del contrato, diferente en su opinión, al auxilio monetario por enfermedad que se paga durante la vigencia del contrato laboral y que puede ser inferior en ocasiones a los 180 días.

También afirma en el planteamiento del ataque, que por la falta de aplicación del mencionado texto legal, absolvió a la demandada de pagar el auxilio de enfermedad no profesional, "rompió unilateral e injustamente el contrato en virtud de la ausencia del pago del auxilio en referencia dando lugar a la indemnización del lucro cesante y de que tratan los arts. 8 de la Ley 6ª de 1945, 43 del Dto. 2.127 de 1945 en cuanto establecen la prórroga del contrato a término indefinido por periodos de seis en seis meses por el hecho de continuar trabajando el asalariado". Agrega que el fallador de segundo grado "violó igualmente en forma directa el art. 51 del mismo Dto. 2.127 de 1945 en cuanto establece el derecho a reclamar los salarios correspondientes al tiempo faltante para cumplirse el plazo pactado o presuntivo". Y finaliza la acusación atribuyéndole al ad-quem infracción directa del art. 11 de la Ley 6ª de 1945 que consagra la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado en los contratos laborales y del art. 1º parágrafos 1º y 2º del Decreto 797 de 1949 como precepto reglamentario del citado art. 11 que establece la sanción por mora fundada en la ficción de la subsistencia del contrato de trabajo mientras el patrono no cancele al trabajador a la terminación de la relación de trabajo los salarios, prestaciones e indemnizaciones para lo cual le concede un plazo de gracia de 90 días a partir de la desvinculación. Concluye la sustentación de la censura diciendo que siendo procedentes las condenas por lucro cesante y auxilio por enfermedad lógicamente ha de prosperar la indemnización moratoria como consecuencia del desconocimiento de los derechos que consagran las

normas que infringió directamente el sentenciador.

El opositor por su parte arguye que: "la violación directa sustancial que se aduce en el tercer cargo no existe", pues en su concepto, el Tribunal no se apoyó en el art. 227 del C. S. del Trabajo sino que simplemente se limitó a hacer una cita de ese precepto y agrega que si se aceptara la pretensión del recurrente encaminada a obtener que se condene a la Empresa a pagar 180 días de salario a la terminación del contrato" se estaría ordenando un pago no contemplado por ninguna norma legal, ya que así el monto de la indemnización sería de 360 y no de 180 días como lo dispone la Ley".

Se estudia el cargo

El fallo acusado no ostenta la falta de aplicación del art. 80 del Decreto 2.541 de 1945 en relación con el art. 49 del D. 2.127 del mismo año, que le atribuye el impugnador, por el contrario, se observa en dicha sentencia que el ad-quem para decidir la pretensión atinente al "lucro cesante" aplicó los mencionados textos legales al decir: "El artículo 49 del Decreto 2.127 de 1945 en concordancia con el artículo 8º del Decreto 2.541 del mismo año preceptúa que: "son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, con previo aviso dado por escrito a la otra parte, con antelación por lo menos igual al periodo que regula los pagos del salario, o mediante el pago de los salarios correspondientes a tal período: 5º) ... la enfermedad contagiosa o crónica del trabajador que no tenga el carácter de enfermedad profesional cuya curación según el dictamen médico, no sea probable antes de seis meses; pero el retiro por estas causas no exime al patrono de las respectivas prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales". En efecto, por la aplicación de estas disposiciones el sentenciador dedujo que la Empresa pagó al actor el valor de los salarios correspondientes al preaviso y por tal razón concluyó que no había lugar a la indemnización por ruptura unilateral del vínculo contractual impetrada por el de-

mandante, pues consideró que el contrato había sido legalmente terminado por cuanto se habían pagado al trabajador los salarios correspondientes al preaviso, en estas circunstancias no es acertado hablar de falta de aplicación de las susodichas normas.

En punto a la censura por indebida aplicación del art. 227 del Código Sustantivo del Trabajo, tiene razón el impugnador en cuanto el citado precepto es aplicable sólo a las relaciones juridico-laborales de los trabajadores del sector privado, en tanto que el auxilio monetario por enfermedad no profesional que se paga a los trabajadores oficiales es un derecho consagrado y reglado por el literal e) del art. 17 de la Ley 6ª de 1945 —texto legal no señalado como infringido— cuyo contenido es semejante al citado art. 227 del C. S. T.. Sin embargo esta cita incorrecta de la norma del Estatuto Laboral de los trabajadores particulares, no es suficiente para el quebrantamiento de la sentencia acusada por cuanto si se hubiera aplicado el literal e) del art. 17 de la Ley 6ª de 1945 que consagra la misma prestación para los trabajadores oficiales, no estaría indebidamente aplicada ya que el auxilio monetario por enfermedad no profesional a que se contraen las mencionadas disposiciones legales es el que se paga durante la vigencia de la relación de trabajo, derecho distinto al que aspira el recurrente en cuantía no inferior a seis (6) meses de salario y que según él debe pagarse a la terminación del contrato laboral.

En cuanto al ataque sobre falta de aplicación de los artículos 8 y 11 de la Ley 6ª de 1945, arts. 43, 51 del Decreto 2.127 de 1945 y art. 1º del Decreto 797 de 1949 (parágrafos 1º y 2º), como lo hace depender el casacionista de la pretendida violación de la regla legal sobre la enfermedad no profesional como causal de terminación del contrato de trabajo, no prospera por cuanto el Tribunal aplicó correctamente las normas sobre indemnización moratoria fundamentándose en que la Empresa “nada le debe al actor por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones” y que lo que debía lo consiguió oportunamente, esto es, dentro del plazo de gracia de los

noventa (90) días como lo ordena el mandato correspondiente. En consecuencia, se rechaza el cargo.

PRIMER CARGO

Se plantea en los siguientes términos: “Acuso la sentencia por haber violado en forma indirecta los siguientes preceptos o normas de carácter sustantivo: Artículos 8 y 11 de la Ley 6ª de 1945; arts. 43, 45 y 51 del Dto. 2.127 de 1945; art. 1º y párrafos 1º y 2º del mismo artículo del Decreto 797 de 1949, por falta de aplicación de todas las normas relacionadas, y por aplicación indebida del art. 49 del Dto. 2.127 de 1945 en relación con el artículo 8 del Dto. 2.541 de 1945, todo a causa de errores de hecho manifiesto y evidente en los autos provenientes de equivocada apreciación de los elementos probatorios”.

Señala los errores de hecho así: 1º. Dar por demostrado, sin estarlo, que el auxilio monetario por enfermedad no profesional que la Empresa pagó a mi poderdante durante 180 días, causado, mientras estuvo vinculado a la misma, equivale o es el mismo auxilio monetario que por enfermedad no profesional ha de pagarse al trabajador a la terminación del contrato, cuando el empleador ha resuelto dar por terminado el vínculo laboral con fundamento en una enfermedad no profesional contagiosa o crónica, cuya curación según dictamen médico, no sea probable antes de seis meses, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que incapacite al trabajador por más de seis meses.

“2º. Dar por demostrado, sin estarlo, que para dar por terminado el contrato de trabajo que vinculó a las partes, la Empresa canceló a Luis Ernesto Rivera Pérez el valor de una quincena de salario en lugar del previo aviso por escrito.

“3º. Dar por demostrado, sin estarlo, que los salarios que la Empresa pagó a mi representado, correspondientes a la quincena comprendida entre el 1º y el 15 de junio de 1965, corresponden a su equivalente al preaviso por escrito”.

Indica como pruebas mal estimadas, la inspección ocular (fls. 44-45), el documento contentivo de una certificación expedida con destino al Juzgado Sexto Laboral por el Tesorero de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (fl. 49) la confesión del actor en posiciones (fls. 31-32) y el documento de folio 7 del expediente mediante el cual se comunicó por la Empresa al demandante la terminación del contrato de trabajo, pieza ésta que aunque no se menciona en la enunciación del cargo, si aparece citada en su desarrollo.

Para sustentar el ataque, el recurrente asevera que en ninguna parte de la inspección ocular se comprobó el pago de seis meses de salario como auxilio por enfermedad a que, según él, está obligado el patrono cuando decide terminar unilateralmente la relación contractual por no existir probabilidad de curación del trabajador en un lapso igual a aquel período; que el sentenciador al encontrar demostrado que el demandante recibió auxilio monetario por enfermedad durante la vigencia del vínculo por un tiempo no inferior a ciento ochenta (180) días y equipararlo al reclamado en la demanda inicial, es decir, al que en su concepto, debe otorgarse con posterioridad a la finalización del contrato, incurrió en ostensible error de hecho, pues se trata de dos prestaciones diferentes. Refiriéndose al documento que obra a folio 49 dice que: "como proviene de la parte demandada no es más sino una confesión escrita y que por tanto nada favorable a ella puede establecer" porque se trata de una prueba que ha construido la Empresa en su provecho, ya que ella misma certifica que pagó el preaviso. Y acerca de las posiciones absueltas por el actor expresa que si bien acreditan el pago de seis meses de salario durante el tiempo de incapacidad, no es menos evidente que no demuestran el pago de sueldos por igual período contado a partir de la fecha de terminación del contrato, que es lo reclamado en el juicio.

Finaliza su argumentación reiterando que lo demandado no es el auxilio por enfermedad no profesional de que trata el literal e) del art. 17 de la Ley 6ª de 1945 que se

paga durante la vigencia de la relación laboral, sino el que consagra el art. 8º del Decreto 2.541 de 1945, que nunca puede ser inferior en su cuantía al valor de seis (6) meses de salario completo.

En punto al segundo error atribuido al Tribunal el acusador asegura que la inspección ocular establece únicamente la existencia de sucesivos certificados de incapacidad de quince días a partir del 1º de diciembre de 1964 hasta el 30 de abril de 1965 y según el aludido certificado de folio 49 se prolongó hasta el 15 de junio de 1965, pero que de la apreciación de estos elementos instructorios no puede deducirse, como lo hizo el sentenciador, que el demandante, "recibió a la terminación de su contrato de trabajo, en lugar del aviso por escrito, el valor de una quincena". Ahora bien, en lo que atañe al referido instrumento de folios 49 y 50, reitera las observaciones hechas al tratar del error del numeral 1º a que se refiere el casacionista en la demanda, sobre la estimación que de aquel hizo el adquem, agregando que de acuerdo a la realidad procesal el actor venía prestando servicios a la demandada desde el 20 de mayo de 1958 y a partir del 1º de diciembre de 1964, comenzó a recibir incapacidades cada quince días hasta el 16 de junio de 1965, cuando la empleadora decidió terminar el contrato de trabajo a partir de esa fecha y después de haber completado ciento noventa y cinco (195) días de incapacidad durante los cuales se le pagó el salario completo. Concluye el planteamiento afirmando que en ningún caso puede ser deducido como pago de preaviso el que hizo la entidad demandada de los últimos quince días, una vez expirados los ciento ochenta (180) a que por Ley tiene derecho el trabajador toda vez que dicho pago abarca desde la culminación de los ciento ochenta días en mención o sea desde el 1º de junio de 1965 hasta el 15 del mismo mes, fecha ésta de la carta de terminación del vínculo jurídico-laboral, visible a folio 7, la cual fué también indicada por el recurrente como mal apreciada y que en todo caso habiendo terminado el contrato el 16 de junio por enfermedad, el preaviso se debía haber contado a partir de este día o

haberse cancelado su valor correspondiente al período regulador de los pagos de la remuneración que en este evento es de una quincena, pero que fué lo que la Empresa omitió hacer y que el fallador de segundo grado al concluir que había cumplido con la obligación de pagar preaviso, incurrió en manifiesto error de hecho.

Finalmente explica el error señalado en el numeral 3º diciendo que el Tribunal aceptó como valor del preaviso el pago de quince días de salario correspondientes a la última incapacidad, del 1º al 15 de junio de 1965, no obstante que el contrato se dió por terminado a partir del 16 de junio del mismo año, es decir: se hizo una imputación a posteriori, de los salarios correspondientes al período de enfermedad a lo que por ley debía pagarse por concepto de preaviso, en lo cual el ad-quem incurrió en evidente error de hecho en admitirlo.

El opositor hace reparos de carácter técnico a la demanda en relación con este primer cargo.

Se considera:

La censura atribuye al Tribunal un error que hace consistir en que equiparó el auxilio monetario por enfermedad no profesional que la Empresa pagó durante ciento ochenta días, al auxilio que el impugnador solicitó a título indemnizatorio por la ruptura del vínculo en monto no inferior a seis (6) meses de salario. Sin embargo, el ad-quem no hizo tal equivalencia, por el contrario, dijo que: "la Ley no exige que el referido auxilio se pague de una sola vez en su monto total" de tal manera que no hubo la confusión que predica el acusador, cuando en verdad la conclusión del fallo acusado, se refirió solamente al auxilio monetario por enfermedad no profesional que la Empresa pagó durante la vigencia del contrato de trabajo al actor, luego no aparece el error de hecho que se imputó por este extremo al sentenciador.

Ahora bien, en punto a los errores de hecho que la demanda señala en el capítulo respectivo con los numerales 2º y 3º por

estar sus planteamientos relacionados estrechamente bajo una misma causa: el preaviso, se examinan conjuntamente.

En efecto, de las pruebas individualizadas se establece, que la entidad empleadora pagó al demandante por concepto de incapacidad, los salarios completos durante la totalidad del tiempo de su ocurrencia, es decir: desde el 1º de diciembre de 1964 hasta el 15 de junio de 1965 día éste en que según el documento de folio 7, la demandada dió por terminado el contrato de trabajo "por motivo de enfermedad", como reza la carta de despido, a partir del 16 del mes y año citados.

El Tribunal dedujo de tales pruebas, que la Empresa cumplió la obligación de pagar el preaviso al actor, con la cancelación de los salarios correspondientes a la quincena del 1º al 15 de junio de 1965. Empero esta deducción resulta ostensiblemente equivocada porque riñe con la más elemental lógica, que el aviso de terminación de contrato que la ley exige al patrono dar en ciertas y determinadas circunstancias con antelación al día en que efectivamente quiere que se cancele la vinculación laboral, pueda válidamente computarse hacia atrás en el tiempo, o admitirse compensatoriamente su pago en dinero sobre el de los salarios del último período mediante la imputación hecha igualmente hacia atrás, pues el mandato legal es claro y por tanto el preaviso válido es el que se cuenta para que surta efectos a su expiración si se ha dado en tiempo, o para que su valor en numerario se cancele inmediatamente al momento de la ruptura del vínculo jurídico ya que su causación es desde ese instante y no antes. Es por esta razón que la conclusión del sentenciador ha sido ostensiblemente equivocada, como producto de una errada apreciación de los elementos probatorios singularizados al asimilar el valor del auxilio de los últimos quince días de vigencia de la relación de trabajo, al monto del preaviso que por ley debe pagar el patrono cuando resuelve terminar el contrato de trabajo, por motivo de enfermedad no profesional cuya curación no fuere posible antes de seis (6) meses, estimación que

llevó al fallador de segundo grado a la falsa conclusión de considerar que la entidad empleadora pagó el preaviso al actor conforme a los postulados legales, violando de esta manera indirectamente las normas sustantivas expresadas en el enunciado del presente cargo, motivo por el cual prospera parcialmente.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

En autos aparece demostrada la existencia del contrato de trabajo que ligó a LUIS ERNESTO RIVERA PEREZ y a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. También se encuentran probados los extremos de la relación de trabajo atinentes al tiempo de servicios que va desde el 20 de mayo de 1958 hasta el 15 de junio de 1965, así como el último salario que lo fué de \$ 1.725.00 mensuales.

En el libelo se afirmó que la Empresa terminó unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo como causal, la enfermedad no profesional que padecía el demandante a la fecha del despido. Esta circunstancia también se encuentra acreditada en el sub-lite con el documento de folio 7 contenido de la carta de cancelación de aquél.

Asimismo, aparece demostrado que el actor estuvo incapacitado por enfermedad desde el 1º de diciembre de 1964 hasta el 15 de junio de 1965, con la inspección ocular (fl. 44-45) practicada por el Juzgado sobre los libros, nóminas y demás documentos pertinentes de la demandada, diligencia que da cuenta de las sucesivas incapacidades que de quince (15) en quince (15) días desde la fecha antes indicada y hasta el 30 de abril de 1965 le fueron dadas por el servicio médico de la Empresa, habiendo sido comprobado el tiempo restante hasta el 15 de junio de 1965 por medio de la confesión en posiciones del representante legal de la demanda (fls. 24-26) complementada por el documento que obra a folios 49 y 50 relacionado con la certificación expedida por el Tesorero de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá sobre la duración

de la incapacidad del trabajador demandante.

Ahora bien, como se demostró que el contrato laboral fué terminado unilateralmente por la entidad empleadora sin que hubiese dado al actor preaviso en tiempo ni pagado suma alguna por dicho concepto, siendo procedente hacerlo y como de otra parte se trata de un contrato inicialmente por período fijo de cuatro (4) meses que al haber expirado y el operario continuado trabajando, se prorrogó automáticamente por períodos de seis en seis meses conforme a lo preceptuado por el art. 43 del Decreto 2.127 de 1945, se concluye que la indemnización por lucro cesante a que tiene derecho Rivera Pérez equivale al monto de los salarios faltantes para completar el término presuntivo en curso, liquidado con base en el salario demostrado y el tiempo de servicios acreditado en juicio, cuyo monto asciende a la cantidad de \$ 4.887.50 correspondiente al valor de los ochenta y cinco días que faltaron para completar la duración presuncional del contrato.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia de fecha doce (12) de mayo de mil novecientos sesenta y siete (1967), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en el presente juicio en cuanto confirmó en todas sus partes el fallo del Juzgado Sexto Laboral de Bogotá de quince (15) de marzo de mil novecientos sesenta y siete (1967) por medio del cual absolvió de todas las peticiones de la demanda a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, y en sede de instancia, REVOCA la sentencia del a-quo en cuanto absolvió a la demandada del pedimento por lucro cesante y en su lugar condena a la entidad denominada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ a pagar a LUIS ERNESTO RIVERA PEREZ la cantidad de cuatro mil ochocientos ochenta y siete pesos con 50/100 (\$ 4.887.50)

por concepto de lucro cesante. NO LA CASA en lo demás. CIAL" y DEVUELVA SE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Sin costas en el recurso.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDI-

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATISTAS INDEPENDIENTES

Dentro del régimen de obligaciones solidarias establecido por el C. Civil, éstas son conocidas por los obligados ab initio, en tanto que en la especial solidaridad legal estatuida por el art. 34 comentado, precisa primero la declaración de la existencia de las obligaciones, para deducir de tal existencia aquella solidaridad.

Expediente 3.814. Ordinario laboral de Guy P. Roffe vs. Soc. Madigan Hyland y FFe. Nacionales de Colombia.

(SE CASA TOTALMENTE LA SENTENCIA RECURRIDA).

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda.- Bogotá, veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos setenta (1970).

(Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.).

(Acta N°).

Guy P. Roffe, por medio de apoderado, demandó a la Sociedad Madigan-Hyland South American Corporation, domiciliada en New York, Estados Unidos de Norte América y a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia para que estas entidades fuesen condenadas solidariamente al pago de primas de servicio, compensación de vacaciones, cesantía, indemnización por los conceptos de lucro cesante y mora y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda, entre las mencionadas entidades se celebró un contrato el 27 de febrero de 1954, por el cual la primera se obligó a prestarle "Servicios técnicos" a la segunda, en Colombia. El demandante y la Sociedad Madigan-Hyland South American Corporation también firmaron una convención en Estados Unidos, el 2 de marzo de 1953 para la prestación de servicios en Colombia, relacionados con los que esta sociedad se com-

prometió a ejecutar en beneficio de los Ferrocarriles. Guy P. Roffe, en cumplimiento de su contrato con la firma extranjera, trabajó del 25 de marzo de 1953, al 31 de diciembre de 1956, con un sueldo mensual de un mil cien dólares, \$ 750.00 colombianos y \$ 40.00 diarios como viáticos para alimentación y alojamiento. Fue despedido intempestivamente y no se le ha hecho el pago de las prestaciones que reclama.

La demanda sólo fue contestada por los Ferrocarriles Nacionales de Colombia. En su respuesta, acepta el hecho de haber celebrado con la Sociedad extranjera el contrato a que alude el demandante y manifiesta que no le constan los demás.

Para su defensa expone, entre otras razones, las siguientes:

"1ª. De conformidad con el contrato celebrado entre el antiguo Consejo Administrativo de los FERROCARRILES NACIONALES y la Sociedad norteamericana "MADIGAN HYLAND SOUTH AMERICAN CORPORATION", ésta tenía el carácter de "Asesora" del primero en lo tocante a reorganización, rehabilitación y mejoras de los Ferrocarriles de Colombia. La Madigan Hyland se comprometió a prestar tal asesoría por un precio fijo, con plena autonomía y bajo su exclusiva responsabilidad. Posiblemente, para poder cumplir con sus obligaciones, entre los varios asesores de que ella a su turno se sirvió, contrató también los servicios del Sr. ROFFE en calidad de "CONSULTOR". Pero entre el mencionado Roffe y los FERROCARRILES NACIONALES jamás existió, ni directa ni indirectamente, vinculación contractual laboral, ni nexo alguno de distinta naturaleza.

"En el aludido contrato se estipuló que dentro de la suma que el Consejo pagaría a la Madigan estaban incluidos los gastos que esta entidad realizara por concepto de salarios, viáticos, transportes, seguros, etc., y que le reembolsaría las sumas que pagara por prestaciones sociales, debidamente justificadas, comprobadas y aprobadas. Pero esto no quiere decir, en modo alguno, que la Empresa aceptara tener vinculaciones jurídicas con las personas que la Madigan contratara para ponerse en condiciones de cumplir las obligaciones que contractualmente había adquirido, sino que fue un gravamen económico más que el Consejo aceptó al contratar con aquélla. Como las estipulaciones contractuales solo surten efectos entre los contratantes, esta cláusula solo genera obligaciones entre la sociedad asesora y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles y no tiene ningún valor con respecto a terceros.

"El Sr. ROFFE era Asesor o Consultor de la Madigan y ésta a su vez era asesora del Consejo Administrativo de los FERROCARRILES. La dueña de la labor de asesora era la Madigan y la que se beneficiaba con la labor asesora o consultiva de Roffe era también esta entidad. Luego no se ve, por ningún lado, la responsabilidad solidaria que se imputa en la demanda a los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

"2ª. Si en gracia de discusión se aceptara que entre la MADIGAN HYLAND SOUTH AMERICAN CORPORATION y GUY P. ROFFE existió un contrato de naturaleza laboral sometido a la Ley colombiana, que de ese contrato pudiera llegarse a deducir una responsabilidad solidaria para los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y que su fecha de expiración, como se afirma en la demanda fue la de 31 de diciembre de 1956, es imperativo llegar a la conclusión de que todas las acciones laborales provenientes de esa vinculación jurídica se hallan prescritas por haber transcurrido más de tres (3) años contados a partir de la fecha en que las obligaciones que las originan se hicieron exigibles".

Como excepciones propuso las de declinatoria de jurisdicción, inexistencia de la obligación, "inepta demanda sustantiva" y prescripción.

En la primera audiencia de trámite, el apoderado del actor corrigió la demanda en el sentido de dirigirla únicamente contra los FERROCARRILES NACIONALES, pero manifiesta que esto no implica renuncia a la solidaridad.

El Juez Sexto Laboral de Bogotá, funcionario del conocimiento, admitió la corrección de la demanda. en auto dictado dentro de la misma audiencia y en fallo del 11 de junio de 1969 absolvió a los Ferrocarriles de todos los cargos formulados y condenó en costas al demandante. Apeló su apoderado y el Tribunal Superior de la misma ciudad, en providencia del 28 de abril de 1970, modificó el punto primero del fallo recurrido y, en su lugar, declaró probada la excepción de prescripción. Confirmó en todo lo demás y condenó al apelante en las costas de segunda instancia.

El apoderado del trabajador interpuso el recurso de casación, que le fue concedido, y tramitado convenientemente en esta Sala, se va a decidir previo estudio de la demanda presentada para sustentarlo. No hubo escrito de oposición.

EL RECURSO

Aspira a que casada la sentencia, la Corte revoque, en función de instancia, el fallo de primer grado y, en su lugar, condene a la entidad demandada a los pagos solicitados en el libelo inicial.

Para el efecto, y con apoyo en la causal primera de casación laboral, art. 60 del Decreto 528 de 1964 y 7º de la Ley 16 de 1969, formula contra la sentencia de segundo grado estos cargos:

"PRIMERO: Violación por vía indirecta y por aplicación indebida de los arts. 151 del C. P. L. y 488 y 489 del C. S. T., y consecuentemente, por falta de aplicación, de los arts. 65, 186, 189, 249, 252, 253 y 306

del C. S. T. A esas infracciones llegó el sentenciador por haber apreciado equivocadamente unas pruebas y haber dejado de apreciar otras, que singularizaré, a causa de lo cual incurrió en el error de hecho de dar probado, sin estarlo, que el 30 de noviembre de 1956 fue el último día de la vinculación laboral de GUY P. ROFFE con los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, y no dar por probado, estándolo, que dicha vinculación se extinguió el 31 de diciembre de 1956".

Dice el casacionista que para llegar a esa errónea conclusión, respecto de la fecha de terminación del vínculo laboral entre las partes, el sentenciador cita los contratos escritos de trabajo de Roffe y la nota de 30 de noviembre de 1956, sobre no renovación al terminar el año, lo que indica que apreció esas pruebas, pero equivocadamente, al no concederle todo su alcance a la estipulación sobre plazo fijo del contrato de 1955 (fs. 272 a 276, con traducción oficial a fs. 207 a 211).

Copia en seguida las cláusulas concernientes del contrato y concluye:

"Las partes contratantes circunscribieron, pues, con toda claridad, los únicos eventos en los cuales podría extinguirse el contrato de Roffe antes del 31 de diciembre de 1956 (mutuo acuerdo, renuncia con preaviso de 45 días, despido con igual preaviso, justas causas sin preaviso). En ningún momento ni en ninguna forma convinieron en que pudiera considerarse extinguido en la fecha del aviso previo que una de las partes diera a la otra de su deseo de **no prorrogarlo cuando el plazo terminara**".

Para el recurrente no es menos desacertada la interpretación que el fallador le dio a la nota de 30 de noviembre de 1956.

"Por la presente le informamos que de acuerdo con el entendimiento entre el Gerente General de los Ferrocarriles Nacionales y la Madigan Hyland South American Corporation, su contrato **NO SERA RENOVADO** al final del año en curso".

Allí no se le decía a Roffe —continúa el impugnador— que su contrato no sería renovado "A PARTIR DE HOY" sino "AL FINAL DEL AÑO EN CURSO". Y si el plazo fijo pactado expiraba el 31 de diciembre de 1956, el "final del año en curso" no podía ser ese mismo 30 de noviembre en que se daba el preaviso de no prórroga, sino el día en que contractualmente finalizaría el plazo (31 de diciembre).

Agrega la censura que del contrato de 1955 y de la nota del 30 de noviembre de 1956, dedujo el sentenciador que no existe prueba alguna de que el actor hubiera laborado hasta el 31 de diciembre de 1956, y formula este interrogante:

"¿Por qué vincular la prestación efectiva de servicios (que los Ferrocarriles Nacionales ni la Madigan Hyland han controvertido), entre el 30 de noviembre y el 31 de diciembre de 1956, a la subsistencia del nexo contractual estipulado hasta esta última fecha? Ni del contrato, ya comentado, ni de la nota de preaviso debidamente apreciados, puede lógicamente derivarse tan extravagante conclusión".

Continúa el cargo con la manifestación de que también dejaron de apreciarse la demanda y su respuesta (fs. 3 y v., con la corrección de f. 29; 22 a 25 y 33 a 34), pues la afirmación del actor de haber trabajado hasta el 31 de diciembre de 1956, solo mereció de la entidad demandada la contestación elusiva "no me consta". Y dejó de apreciar, igualmente, la conducta procesal de la Sociedad intermediaria, cuyo representante legal, citado reiteradamente por el Cónsul colombiano en Nueva York, se negó a reconocer su propia firma en los documentos que se le exhibían, pero acabó por confesar, respecto de los servicios de Roffe, en carta que el Tribunal no tuvo en cuenta y cuya traducción oficial obra a fs. 280 a 282.

Transcribe el texto de esa carta y comenta que si Roffe hubiera abandonado su cargo cuando recibió la nota del 30 de noviembre de 1956, el Sr. Madigan le hubiera hecho alguna imputación en el momen-

to de aquellas manifestaciones ante el Consulado. Lejos de eso, admite que Roffe cumplió su compromiso en 1956.

“Evidenciados los errores de hecho atrás singularizados —dice finalmente el casacionista— y en especial el de tener por demostrado que el vínculo laboral de Roffe terminó el 30 de noviembre de 1956, resulta claro que ellos indujeron al sentenciador a aplicar, de modo indebido, los preceptos sobre prescripción de acciones laborales e interrupción de las mismas (arts. 151 del C. P. L. y 488 y 489 del C. S. T.). Pues según tales normas, la prescripción debe contarse desde el 31 de diciembre de 1956, y no desde el 30 de noviembre de ese año; y habiéndola interrumpido el actor con su reclamo el 21 de diciembre de 1959, cuya fecha de recibo por los Ferrocarriles Nacionales da por probada el sentenciador, no se había operado aún la prescripción”.

“La aplicación indebida de las disposiciones sobre prescripciones llevó, necesariamente, al H. Tribunal de Bogotá, a desestimar las peticiones del libelo inicial referentes a vacaciones (arts. 186 y 189 del C. S. T.), prima de servicio (art. 306 ibidem), cesantía (arts. 249, 252 y 253 ibidem) e indemnización moratoria (art. 65 ibidem), no obstante encontrar acreditados en los autos la cuantía del salario, la duración del contrato y demás elementos para la liquidación de esas prestaciones e indemnizaciones perdidas. Por lo cual las infracciones demostradas en el cargo inciden gravemente en la parte resolutive de la sentencia absolutoria”.

Se examina el cargo:

El Tribunal dijo, en lo pertinente:

“Con relación a la determinación de la fecha de extinción de la relación de trabajo, con base en el acervo probatorio se tiene que a folio 196 aparece una comunicación en traducción oficial correspondiente a la fotocopia autenticada de la que aparece a folio 158 de fecha 30 de noviembre de 1956, la sociedad Madigan Hyland South American Corporation le informa al señor

G. P. Roffe que su contrato no será renovado al final del año en curso.

“Con todo, no existe prueba alguna de que el actor hubiese laborado hasta el 31 de diciembre de 1956 como estaba previsto en el contrato de trabajo, en su cláusula denominada “PERIODO DE SERVICIO” a que arriba se alude, ni es consecuente la situación probatoria con lo expresado en el documento de folio 196, ya que con posterioridad a la fecha de la comunicación en cita, el 30 de noviembre de 1956, no aparece en el plenario prueba alguna de prestación de servicios del demandante, razón para que la Sala tome de acuerdo con la realidad probatoria como fecha de terminación de la relación de trabajo entre el actor y la sociedad MADIGAN HYLAND SOUTH AMERICAN CORPORATION y consecuentemente con el patrono beneficiario FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, la del 30 de noviembre de 1956 como último día que aparece en el informativo con vinculación laboral el actor.

“Ahora bien: como quiera que el apoderado judicial de la entidad FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA propuso en la contestación de la demanda la excepción de prescripción, se impone examinar previamente el estudio de las súplicas de la demanda, si ocurrió o no este fenómeno en el sub-lite.

“En efecto, como precedente se dijo, la Sala encontró acreditado que la relación jurídico-laboral, en la realidad procesal, duró desde el 1º de diciembre de 1954 hasta el 30 de noviembre de 1956. Asimismo, aparece evidente en el plenario que la demanda fue notificada a la Madigan Hyland South American Corporation el 15 de diciembre de 1962 y a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia el 19 de diciembre de 1962, es decir: que entre la fecha de la terminación del contrato de trabajo que existió entre GUY P. ROFFE y la MADIGAN HYLAND SOUTH AMERICAN CORPORATION como intermediaria y los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA como patrono beneficiario, transcurrieron más de tres (3) años desde la fecha de exigibilidad

de las obligaciones laborales emanadas de ese contrato, lo que produciría ipso jure la prescriptibilidad de la acción.

"Sin embargo, con los documentos que obran a folios 45 y 48 contentivos de sendas copias al carbón de pretensas reclamaciones formuladas en concatenación con los escritos que figuran a folios 46 y 49 del expediente en relación con el memorial poder que obra a folio 1 del informativo, se estableció que hubo una reclamación directa, aunque por conducto de apoderado, a las entidades demandadas con aptitud formal y sustancial para interrumpir prescripción, pero a pesar de ello observada la fecha de presentación, según el sello de registro de correspondencia de los Ferrocarriles Nacionales del escrito con destino a esta entidad fué el 21 de diciembre de 1959 (fol. 45), lo cual significa igualmente que habían transcurrido más de tres (3) años desde la fecha acreditada en el plenario como de terminación de la relación laboral —30 de noviembre de 1956—, por tanto, es fuerza concluir que en estas circunstancias no se produjo la "interrupción" de la prescripción en los términos del art. 151 del C. P. L. Decreto 2.158 de 1948.

"Lo anteriormente expuesto, conduce a la Sala a declarar probada la excepción perentoria de prescripción modificando en este sentido el fallo del a-quo".

De la carta de folios 196, dirigida a G. P. Roffe por la Sociedad Madigan Hyland South American Corp. el 30 de noviembre de 1956, y cuyo texto copia el casacionista en la demostración de la censura, no se desprende que la voluntad de la Empresa hubiera sido prescindir de los servicios del trabajador en esa fecha. Los términos en que está concebida dan a entender, indudablemente, que el propósito de la Sociedad fue el de preavisarle a Roffe que su contrato no sería renovado el 31 de diciembre de ese año, que era el último día del plazo estipulado.

Y no puede descansar sobre una hipótesis la consideración de que el contrato terminó el 30 de noviembre de 1956, como se ve en el fallo que se revisa, lo que con-

duciría a liberar de la carga probatoria, en este caso, precisamente a quien debe probar los hechos fundamentales de la excepción propuesta. Además, la cláusula 8ª de la Convención tiende a demostrar que el contrato terminó el 31 de diciembre de ese año y no el 30 de noviembre. Dice: "8º. Período de Servicio. El período de servicio contemplado en este convenio continuará hasta el 31 de diciembre de 1956, pero este período podrá ser ampliado o acortado por acuerdo mutuo".

Por otra parte, no aparece que el actor, por abandono o renuncia, hubiese hecho dejación de sus servicios cuando recibió el preaviso, o que no hubiese llegado, en la ejecución del contrato, al fin del plazo estipulado. El proceso no amerita esa circunstancia y la parte demandada ni siquiera la sugiere.

Además, la carta que obra de fs. 280 a 282, firmada por el Presidente de la Sociedad y dirigida al Consulado General de Colombia en Nueva York, citada por el recurrente como dejada de apreciar, tiene la virtud de demostrar los servicios del demandante hasta el 31 de diciembre de 1956. Reza el documento:

"Sr. Hugo Pascualy
"Consulado General de Colombia
"10 East 46th Street
"Nueva York, N. Y.
"Estimado señor:

"Usted se dirigió a mí con relación a la identificación de ciertos documentos relativos al caso (o juicio) presentado por el Sr. Guy Roffe contra Madigan-Hyland South American Corporation, después de sus servicios prestados en Colombia y terminados en 1956. El Sr. Roffe estaba empleado como consultor de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en relación con la Misión de Reorganización y Rehabilitación solicitada por el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo.

"Según su contrato con los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, la Madigan-Hyland South American Corporation enganchó a

varias personas experimentadas en las operaciones de ferrocarriles, presentó sus antecedentes en materia de experiencia, idoneidad y remuneración propuestas, a los Ferrocarriles Nacionales. Con la aprobación de los Ferrocarriles, estas personas fueron entonces contratadas por los Ferrocarriles para que prestaran sus servicios como consultores en la misión. El Sr. Roffe fué contratado de esta manera en la capacidad de Consultor, prestando servicios por los honorarios estipulados. El no era en ningún sentido, empleado de la compañía ni empleado de los Ferrocarriles Nacionales, en el sentido normal según el cual los empleados tienen en Colombia derecho a ciertas prestaciones sociales. El precitado señor estaba estrictamente contratado en su capacidad de Consultor, con unos honorarios establecidos.

"Después de la conclusión de su compromiso, en 1956, el Sr. Roffe presentó un juicio para reclamar el pago adicional de varias prestaciones sociales que él sostenía que se le debían por el período de su contrato. Otro consultor, contratado de la misma manera, de nombre Mr. Lederman, presentó juicio similar, y, después de largos debates, fue negado por los Ferrocarriles Nacionales y la Madigan-Hyland South American Corporation y abandonado por razones según las cuales estos señores habían sido contratados como consultores independientes, con honorarios fijos, durante su tiempo y atención dedicados a los problemas en cuestión.

"Mi posición es en el sentido de que no existe responsabilidad por parte de la Compañía ni de los Ferrocarriles Nacionales para con el señor Roffe.

"Sinceramente suyo,

"Firma ilegible

"(M. J. Madigan)".

Según consta en el contrato que las partes firmaron en Bogotá, el 1º de diciembre de 1955 (f. 207) el demandante debía prestar los servicios convenidos hasta el 31 de diciembre de 1956. Luego el aparte de la

carta que dice: "Después de la conclusión de su compromiso, en 1956, el Sr. Roffe presentó un juicio para reclamar el pago adicional de varias prestaciones sociales (...)", indica que Roffe permaneció al servicio de la Sociedad en ejecución de su contrato, hasta el 31 de diciembre de 1956. De ahí que sea equivocada la apreciación que el fallador hizo de los contratos suscritos por Roffe y de la nota del 30 de noviembre y, además no estimó la carta del Presidente de la Sociedad al Consulado de Colombia en Nueva York, de innegable valor probatorio en el presente estudio, incurriendo así en los errores ostensibles de hecho que señala el recurrente, con incidencia en la parte resolutive de la sentencia, puesto que al considerar como fecha de terminación del contrato la del 30 de noviembre de 1956, era obvio que el reclamo escrito del trabajador, recibido por la Empresa el 21 de diciembre de 1959, según constancia de folios 45, no tenía el efecto de interrumpir la prescripción. En cambio, por el anterior análisis probatorio se ve que la relación contractual terminó el 31 de diciembre de ese año y que, por tanto, cuando el trabajador hizo la mencionada solicitud aún no había transcurrido el tiempo de la prescripción respecto de las obligaciones cuya exigibilidad empezó a la terminación del contrato. Prospera el cargo por este aspecto y la sentencia debe ser casada para decidir en instancia lo que sea de rigor.

FALLO DE INSTANCIA

Los fundamentos de hecho en que se basa la acción materia de la controversia son-el contrato celebrado por los Ferrocarriles Nacionales con la Sociedad Madigan-Hyland South American Corporation de New York y el que ésta concertó a su vez con el demandante Guy P. Roffe. Por tanto, para una mejor inteligencia del asunto que se debate, importa conocer, en lo pertinente, el contenido de ambos contratos.

El contrato entre los Ferrocarriles y la Sociedad extranjera consta en el documento privado, firmado en Bogotá el 27 de febrero de 1954, y se lee en sus considerandos que por Decreto Ley N° 3145 del 20 de

diciembre de 1952, fue aprobado el contrato celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y la Madigan Hyland South American Corporation "cubriendo la reorganización y rehabilitación de los Ferrocarriles Nacionales y la Supervigilancia e inspección en conexión con la construcción del Ferrocarril del Río Magdalena y sus dependencias" y que ambas partes han prometido modificar dicho contrato del 18 de diciembre de 1952. Que los Ingenieros, nombre que adopta en el contrato la firma extranjera, dentro del propósito de "realizar, a precio fijo, la reorganización, rehabilitación y mejora de los Ferrocarriles" asumen entre otras obligaciones, las de servir como asesores para el Consejo en todos los asuntos relativos al cumplimiento de ese objetivo y formular, con su plena cooperación, "un plan general para colocar a los Ferrocarriles Nacionales en condiciones de sanas operaciones".

Por otra parte, se obliga a mantener en el país, para los fines indicados, la misión técnica de especialistas de Ferrocarriles organizada y traída a Colombia de acuerdo con el contrato primitivo.

El Consejo, denominación admitida por los Ferrocarriles en el contrato, asumió estas obligaciones:

"a) Cooperar con los Ingenieros en todos los asuntos relativos a los Ferrocarriles Nacionales tan pronto como las recomendaciones de los Ingenieros sobre las mejoras que deben introducirse en la planta física, organización y operación de dichos ferrocarriles mediante el uso del personal técnico debidamente calificado en este campo, hayan sido aprobados por el representante designado por el Consejo.

"b) Suministrar a los Ingenieros toda la información pertinente en su parte relativa a la organización, operación o mejora de los Ferrocarriles".

"c) Mantener a los Ingenieros informados sobre todos los asuntos pertinentes a los Ferrocarriles para los fines de coordinar el programa de reorganización y rehabilitación".

En cuanto al personal, se lee en el documento que los Ingenieros emplearán el que consideren necesario y apropiado para la ejecución de los estudios y trabajos previstos en el contrato, con libertad para su nombramiento y remoción, "pero el Consejo puede exigir que cualquier persona sea cambiada y los Ingenieros deben cumplir inmediatamente tal exigencia".

En relación con el precio de la obra se habla de una suma fija cuyo monto trimestral sería establecido por acuerdo entre los representantes de las partes "en el cual se indicará la cuantía del trabajo y la proporción que se pagará en dólares y en pesos, y para cuya preparación los Ingenieros suministrarán al Consejo cualquier información que éste solicite", entendiéndose que en ningún caso la cuantía total de tales gastos durante el período de este contrato podrá exceder de \$ 1.260.000.00, suma que incluye la remuneración de los Ingenieros, salarios del personal, gastos de manutención, gastos de viaje y todos los demás que se causen directa o indirectamente, en Colombia o en el exterior, excepto el monto de las prestaciones sociales que los Ingenieros paguen a su personal de acuerdo con las leyes colombianas, el cual les será reembolsado por el Consejo.

Contrato de trabajo entre la sociedad extranjera y el demandante.

A folios 20 obra el contrato celebrado en esta ciudad entre Madigan Hyland South American Corporation y G. P. Roffe, el 1º de diciembre de 1955, que fue la última renovación de los que, también a plazo definido, se venían concertando entre las mismas partes desde el 4 de marzo de 1953.

Rezan sus cláusulas:

Que Roffe continuará desempeñando en Colombia el cargo de Consultor del Departamento Mecánico. Que la Compañía le pagará honorarios de US\$ 1.100 mensuales, una prima de sostenimiento de \$ 750.00 por mes, mientras esté en Colombia y \$ 40.00 "por gastos de viaje mientras esté trabajando lejos de su base".

Consta, además, en el contrato que el tiempo de servicio será hasta el 31 de diciembre de ese año; que las partes podrán darlo por terminado en cualquier tiempo con preaviso de 45 días, o sin preaviso por parte de la Compañía, en caso de que el consultor incumpla las normas y reglamentos de la Empresa.

También se obliga la Sociedad a suministrarle "transporte de regreso y gastos necesarios y razonables de viaje contraídos hasta Toledo, Ohio, a la terminación del período contemplado de servicio (...)"

Como se desprende de los dos contratos citados, Madigan Hyland South American Corporation se obligó a prestarle servicios a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por un precio fijo, y entre otros funcionarios y para llenar su misión, envió al país al demandante Roffe. Es decir, que la Sociedad extranjera tiene en este caso la calidad de contratista independiente y los Ferrocarriles Nacionales la condición de empresa beneficiaria del trabajo.

La Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del alcance del artículo 34 del C. S. T., en cuanto hace a la acción solidaria contra el beneficiario del trabajo, dueño de la obra o base industrial. Dijo, a propósito, en sentencia del 23 de septiembre de 1960 lo siguiente:

"Dos relaciones jurídicas contempla la norma transcrita, a saber: a) Una entre la persona que encarga la ejecución de una obra o labor y la persona que la realiza; y b) Otra entre quien cumple el trabajo y los colaboradores que para tal fin utiliza.

"La primera origina un contrato de obra entre el artífice y su beneficiario, y exige la concurrencia de estos requisitos: que el contratista se obligue a ejecutar la obra o labor con libertad, autonomía técnica y directiva, empleando en ella sus propios medios y asumiendo los riesgos del negocio, y de parte del beneficiario, que se obligue a pagar por el trabajo un precio determinado.

"La segunda relación requiere el lleno de las condiciones de todo contrato de trabajo, que detalla el art. 23 del estatuto laboral sustantivo.

"El primer contrato ofrece dos modalidades así: 1ª La obra o labor es extraña a la actividades normales de quien encargó su ejecución; y 2ª Pertenece ella al giro ordinario de los negocios del beneficiario del trabajo. En el primer caso el contrato de obra solo produce efectos entre los contratantes; en el segundo entre éstos y los trabajadores del contratista independiente.

"Según lo expuesto, para los fines del artículo 34 del C. del T., no basta que el ejecutor sea un contratista independiente, sino que entre el contrato de obra y el de trabajo medie una relación de causalidad, la cual consiste en que la obra o labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución, pues si es ajena a ellas, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal.

"Quien se presente, pues, a reclamar en juicio obligaciones a cargo del beneficiario, emanadas de un contrato laboral celebrado con el contratista independiente, debe probar: el contrato de trabajo con éste; el de obra entre el beneficiario del trabajo y el contratista independiente; y la relación de causalidad entre los dos contratantes en la forma ya explicada. Son esos los presupuestos del derecho que en favor del trabajador establece la disposición legal en examen".

En fallo posterior del 11 de agosto de 1964 (juicio de Cristóbal Oviedo contra Jesús María Domínguez y la Empresa Colombiana de Petróleos) la Sala consideró otros aspectos de tal institución jurídica. A la providencia corresponde estos apartes:

"De acuerdo con esta norma, la obligación solidaria en favor del trabajador y a cargo del empresario, descansa en dos fundamentos de hecho, a saber: el contrato de obra y el de trabajo. Son autónomas las

obligaciones emanadas de los dos contratos, y, por lo mismo, exigen prueba separada. Las aportadas al juicio para demostrar el contrato de obra deben producirse respecto de los sujetos de esa relación jurídica (empresario y contratista independiente), y las aducidas para acreditar el contrato de trabajo, frente a los sujetos de esa figura jurídica (contratista independiente y sus empleados). No quiere ello decir que el empresario, en cuanto a las pruebas para establecer el contrato de trabajo, pueda ser colocado al margen, sin ninguna ingerencia en su control. Es obvio que tiene facultad para contradecirlas, porque la relación procesal es una sola y en ella es parte el empresario. En el juicio su posición y la del contratista independiente, en relación con el trabajador demandante, es la de litis consortes. No reconoce expresamente la ley esta figura, pero la registra en jurisprudencia. Según ella y la doctrina, los litis consortes, en sus relaciones con las partes, se consideran como litigantes separados, de modo que los actos de cada uno de ellos no redundan en provecho ni en perjuicio de los otros. Según lo expuesto, la confesión de Domínguez sobre la existencia de las deudas laborales, solo a él perjudica y no al empresario; pero si además del contrato de trabajo, acredita el demandante el de obra entre el empresario y el contratista, surge ya a la escena jurídicamente la obligación solidaria del segundo, porque su responsabilidad emerge no solo de la relación laboral sino del contrato de obra, sin causa inmediata y directa. De nada sirve acreditar el contrato laboral si el de obra no aparece demostrado, como ninguna consecuencia tendría para el empresario que se probara el contrato de obra si el laboral no aparece establecido”.

Por último, en sentencia de 13 de noviembre de 1968, se expresó la Corte así:

“De acuerdo con la doctrina fundamental que rige la solidaridad convencional, es entendido que cuando de deudas solidarias se trata puede el acreedor demandar a uno solo de los deudores y exigir de éste la totalidad de la obligación, sin que para el éxito de la acción deba ejercitarla contra

los demás. Pero la solidaridad legal, de que es tipo la reconocida en el art. 34 del C. S. T., no es la común que las partes convienen voluntaria y libremente; es una acción especial creada por la ley en garantía de los derechos del trabajador, y como tal exige la comparecencia en juicio, tanto del principal obligado, en su condición de patrono, como de la persona o entidad beneficiaria de la obra, frente a quienes deberá discutirse **la existencia misma de las obligaciones** derivadas del contrato de trabajo” (Se subraya).

No sobra agregar ahora, a los conceptos anteriormente expuestos por la Corte que, esa comparecencia en el juicio plenario del principal obligado y del beneficiario de la obra, en los casos en que éste debe responder, es indispensable para efectos de la declaración que se haga en la sentencia, atinente **a las obligaciones que fueren demostradas**, a cargo de éstos y a favor del empleado o trabajador, porque una vez determinada judicialmente la existencia de tales obligaciones, en garantía del trabajador éste puede exigir el pago de los valores de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tenga derecho, de cualquiera de los dos, ad libitum, en la ejecución de la sentencia, en virtud de la solidaridad que para tales responsabilidades establece el art. 34 del C. S. T.

Aún más, es dentro del plenario en donde debe debatirse si las labores ejecutadas por el trabajador a órdenes del contratista, resultan extrañas o no, a las actividades normales del beneficiario, pues de la demostración positiva en juicio, surgirá la obligación correlativa y la consecuente solidaridad para responder por los valores que resulten debidos al trabajador por esas causas laborales.

Dentro del régimen de obligaciones solidarias establecido por el C. Civil, éstas son conocidas por los obligados ab initio, en tanto que en la especial solidaridad legal estatuida por el art. 34 comentado, precisa primero la declaración de la existencia de las obligaciones, para deducir de tal existencia aquella solidaridad.

Vale decir que, si la acción ordinaria se encamina contra el contratista, únicamente, como patrono, la sentencia condenatoria en ese juicio de tal manera adelantado, no puede tener ejecución posterior sino contra él mismo, mas no contra el beneficiario.

Ningún juez se atrevería a librar orden de pago contra éste, por no haber sido parte en el ordinario y porque la sentencia judicial no lo podría comprender como responsable. Además, dentro de la ejecución subsiguiente, no sería procedimentalmente admisible debate alguno sobre la causalidad que ligara al beneficiario de la obra, a los resultados de un juicio declarativo en donde no fue llamado a responder.

Lo mismo acontece si la acción ordinaria se encamina exclusivamente contra el beneficiario, sin tener en cuenta al patrono directo o contratista.

En el caso sub judice, el actor se dirigió solo contra el beneficiario, prescindiendo del contratista, lo cual enerva necesariamente el resultado de la acción, porque resulta incompleta la personería de la parte demandada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, admi-

nistrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA TOTALMENTE la sentencia recurrida, en cuanto declara probada la excepción de prescripción, y constituida en tribunal de instancia, con fundamento en los anteriores razonamientos, REVOCA la sentencia de primer grado proferida en este juicio por el Juzgado Sexto Municipal Laboral de Bogotá, en cuanto absuelve a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia de los cargos que le fueron formulados, y en su lugar DECLARA PROBADA, de oficio, como perentoria la excepción de falta de personería sustantiva de la parte demandada.

Con costas de primera instancia a cargo del demandante.

Sin costas en el trámite de segundo grado ni en este recurso.

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

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía O., Secretario.

ERROR DE HECHO

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera.- Bogotá, D. E., diciembre dos de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina).

(Acta N° 84).

ANTECEDENTES

María Emma Susunaga de Torres, mayor de edad, vecina de Armenia, Quindío, identificada con la cédula de ciudadanía número 25.176.026 expedida en Santa Rosa de Cabal, demandó por medio de apoderado, a Wassil Bayeff, mayor de edad, vecino de Medellín, identificado con la cédula de extranjería número 686 C. R. expedida en la misma ciudad, para que éste fuese condenado a pagar a aquélla, salarios, reajuste de remuneración, prima de servicios, vacaciones, cesantía e indemnizaciones, como trabajadora a su servicio en la Trilladora Bayeff de la ciudad de Armenia, y en especial los salarios causados y que se causen, contados a partir del cuatro (4) de agosto de 1964 y hasta cuando se le ponga fin legalmente al contrato de trabajo, la indemnización o intereses de mora en el pago de salarios, las costas y gastos del juicio, y cualquier otra suma, mayor o menor, que resultare probada en el mismo.

En apoyo de la demanda presentó los siguientes hechos: 1º) Que la demandante prestó al demandado servicios personales como asalariada en la Trilladora Bayeff de la ciudad de Armenia; 2º) Que prestó sus

servicios como "escohedora", mediante contrato escrito de trabajo, entre el 29 de julio de 1960 y el 3 de agosto de 1964 cuando fué despedida conjuntamente con otras trabajadoras, en forma injusta e ilegal; 3º) Que recibió jornal de \$ 13.00 sin incluir el valor del trabajo de horas extras, a pesar de que el salario mínimo para su actividad, era de \$ 14.00 diarios; 4º) Que el despido colectivo se hizo sin el lleno de los requisitos establecidos en el Decreto 2.497 de 1963; 5º) Que de acuerdo con el citado decreto, debe haber autorización previa al despido y pago de los salarios dejados de percibir por los trabajadores, o garantías de ese pago, con anterioridad a la autorización; 6º) Que durante el año de 1963 recibió jornal de \$ 11.20 y durante el año de 1964, hasta la fecha del despido, de \$ 13.00, cuando el salario mínimo que le correspondía era de \$ 14.00 diarios; 7º) Que se le hizo un anticipo o abono a la cesantía, que debe tenerse en consideración a la terminación del contrato; 8º) Que por no haber dado cumplimiento el señor Wassil Bayeff a los requisitos contenidos en el artículo 8º del Decreto 2.497 de 1963, reproducido en el Decreto 2.351 de 1965, el despido no surtió ningún efecto y el contrato continuó vigente; y 9º) Que pese a las reclamaciones formuladas al señor Wassil Bayeff para obtener el pago de los salarios causados desde el 4 de agosto de 1964, no ha sido posible obtener de éste la solución de la obligación, constituyéndose voluntariamente en mora de cumplirla.

Como fundamentos de derecho, la demandante señaló los artículos 36, 37, 47, 49, 63, 127, 249, 306 y concordantes del Cód.

go Sustantivo del Trabajo, y los decretos 2.158 de 1948, 2.497 de 1963 y 2.351 de 1965.

La parte demandada no aceptó ninguno de los hechos relatados en el libelo, se opuso a todas las peticiones contenidas en él y propuso excepciones de prescripción, de pago y la que denominó genérica.

El Juez Laboral del Circuito de Armenia, Quindío, en fallo de 10 de septiembre de 1969, declaró no probadas las excepciones de prescripción y genérica, y parcialmente demostrada la de pago; condenó al señor Wassil Bayeff a pagar a la demandante, \$ 15.00 por reajuste de vacaciones, \$ 4.998.00 por salarios insolutos, \$ 572.00 por reajuste de salarios, y las costas de la instancia; y absolvió al demandado de las demás peticiones formuladas por la actora.

De la sentencia de primera instancia apelaron ambas partes.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, Quindío, en providencia de 13 de diciembre de 1969, revocó la declaración sobre falta de prueba de las excepciones y los pronunciamientos de condena de la sentencia de primer grado, confirmó las absoluciones contenidas en dicho fallo, declaró probada la excepción de prescripción de los derechos y prestaciones exigibles a la presentación de la demanda, condenó en costas de la primera instancia a la parte demandante y no hizo pronunciamiento sobre costas de la segunda, por no haberse causado.

Oportunamente interpuso recurso de casación, el apoderado de la demandante.

EL RECURSO

El recurrente declara el alcance de la impugnación así:

"Pretendo con la presente demanda de casación obtener que la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia, case totalmente el fallo objeto del recurso, en cuanto revocó las condenas proferidas por el a-quo por concepto de reajuste de sala-

rios en suma de \$ 572.00 y el pago de saldo de vacaciones en suma de \$ 15.00 y en cuanto absolvió por las demás peticiones demandadas atinentes a salarios insolutos, primas de servicios e indemnizaciones por lucro cesante y salarios caídos incurriendo en incongruencia entre la parte motiva y la resolutive del fallo impugnado (fs. 113 y 116), porque se reconoce a deber reajustes de vacaciones y salarios insolutos, y, sin embargo, no condena y, en su lugar, obrando como Tribunal de instancia resuelva:

"1º) Confirmar las condenas proferidas por el ad-quo relativas al reajuste de vacaciones por valor de \$ 15.00 y reconocidas en la parte motiva del fallo del Tribunal, a fs. 113, y el reajuste de salarios por \$ 572.00, o condene por los \$ 576.00 reconocidos en la sentencia de 2º grado en su parte motiva fs. 113, sin hacerlo en la parte resolutive (fs. 116), además de condenar por los otros conceptos reclamados de salarios insolutos, primas de servicios e indemnización por lucro cesante y salarios caídos.

"2º) Confirme la condena por \$ 4.998.00 decretada por el ad-quo por concepto de salarios causados en razón del cumplimiento de la convención colectiva que obra a fs. 49 del proceso. Y,

"3º) Case la sentencia de 2º grado en cuanto a costas de segunda instancia y, en su lugar, como Tribunal de instancia, condene a la parte demandada a pagarlas, confirmando a su vez las de primera".

En un solo cargo, el impugnante acusa la sentencia recurrida por violación indirecta de los artículos 21, 45, 51, 59 ordinal 1º, 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo; de los artículos 45, 47, 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo; de los artículos 637, 645 y 730 del Código Judicial; de los artículos 5º, 9º y 14 del Decreto 2.351 de 1965; de los artículos 5º y 6º del Decreto 1.373 de 1966; del Decreto 0018 de 1958; del artículo 18 del Decreto 2.733 de 1959; y de los artículos 467, 468, 469, 481 y 482 del Código Sustantivo del Trabajo. Dice el acusador que la violación de medio de las disposiciones citadas, llevó al sentenciador a la violación indirecta de los artículos 127

y 145 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre salarios, en relación con los decretos 236 y 240 de 1963; de los artículos 186 y 189 de la misma obra, sobre vacaciones; del artículo 65 del citado estatuto, sobre salarios caídos; y del artículo 306 de la referida codificación, sobre primas de servicios. Agrega el casacionista que la violación se produjo como consecuencia de errores de hecho provenientes de apreciación equivocada de algunas pruebas y de error de derecho en que incurrió por falta de apreciación de la convención colectiva de trabajo.

En el desarrollo del cargo, el atacante advierte que el sentenciador ignoró los documentos de folios 48 vuelto, 63 y 64, según los cuales existió entre junio de 1963 y diciembre de 1966, el Sindicato de Trabajadores de la Trilladora Bayeff, que Félix Lozada fué su presidente y que la señora Busunaga fue miembro de tal agremiación; reclama el impugnador la falta de mención, en la sentencia acusada, del convenio colectivo celebrado en noviembre de 1963, cuya copia aparece a folios 49 y 50, con vigencia pactada de veinte meses, y a los beneficios del cual tenía derecho la demandante; critica el recurrente la falta de apreciación de tales documentos, y afirma que si ellos hubieran sido estimados, se habría llegado al convencimiento de que la demandante estaba sindicalizada y tenía derecho a que la empresa le respetase los privilegios que resultaban de la convención, como el de reajustar en un peso su salario diario y por un lapso de veinte meses; y deduce el casacionista que hubo error de derecho por falta de apreciación del documento relativo a la convención colectiva.

Se agrega en el desarrollo del cargo, que se apreció indebidamente el acta de visita de 26 de octubre de 1965, por exigir el fallador la ratificación de los testimonios de que trata ese documento; que también se apreció equivocadamente el material probatorio que aparece a folios 93, 93 vuelto, 94 y 94 vuelto, con el cual se establece que hubo despido colectivo; y que por no haberse demostrado la autorización para ese licenciamiento de personal, se causaron los

salarios hasta que los contratos terminen legalmente.

La censura deduce de las observaciones anteriores, lo siguiente:

“Si el sentenciador hubiera hecho mérito de los documentos que pasó por alto y hubiera acertado en el análisis de los que tan absurdamente interpretó, habría llegado a la conclusión de que efectivamente el despido de la trabajadora en forma colectiva, sin la respectiva autorización contemplada en el Decreto mencionado, debía tenerse como inexistente y, por lo mismo, habría hecho las declaraciones impetradas en la demanda, respetando las normas consagradorias de derechos consagradas en el C. S. del T. citadas en el encabezamiento del cargo y que violó indirectamente como consecuencia de la indebida aplicación de las normas en que basó su providencia y que también se citaron en el encabezamiento del cargo. Es decir, no habría revocado el fallo de primera instancia en el cual se condenó a la demandada a pagar a la actora la cantidad de \$ 4.988.00 por concepto de salarios insolutos y se declaró no probada la excepción de prescripción”.

Finalmente, la demanda de casación señala los cinco errores evidentes de hecho que considera más notorios, los cuales vincula a las críticas de actividad procesal que señaló en el desarrollo del cargo.

SE CONSIDERA

Aunque en la formulación del cargo no se determina exactamente el motivo de la violación, como lo ordenan el numeral 5º del artículo 90 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 528 de 1964, durante el desarrollo de la acusación se indica que hubo indebida aplicación de las normas que se pretenden violadas, con lo cual se subsana el defecto técnico inicial.

Afirma el recurrente que si se hubieran estudiado los documentos de folios 48 vuelto, 63, 64, 49 y 50, se “habría llegado al convencimiento de que la demandante estaba sindicalizada y tenía derecho a que la empresa le respetase los derechos que le

resultaban de la convención y de las normas consagradoras de derecho según el C. S. del T. como el de reajustar en un peso su salario diario y por un lapso de veinte meses fijados para la vigencia de tal convención”.

El reajuste de salario diario en un peso, no resulta de la aplicación de la convención, sino de las normas sobre salario mínimo. En el convenio colectivo se estableció para las “escogedoras” jornal de \$ 13.00 igual al pagado. El sentenciador reconoció ese reajuste con base en el Decreto 236 de 1963, pero no hizo la condenación porque consideró prescrito ese derecho.

El fallador dejó de condenar a los salarios por tiempo posterior al 3 de agosto de 1964, porque estimó que habiendo terminado el contrato y existiendo la solicitud de cesantía y la petición de indemnización por mora era incongruente la demanda por salarios posteriores a la terminación.

Si el sentenciador hubiera considerado los documentos aludidos, tampoco hubiera llegado a las conclusiones queridas por el casacionista, ya que el fallo se apoya por este aspecto, en la demostración de la terminación del contrato y en la falta de prueba del despido colectivo. Luego el denunciado error de derecho no tuvo influencia en lo decidido.

Atribuye el atacante indebida apreciación del “acta de visita de octubre 26 de 1945” (sic) porque se exigió la ratificación de los testimonios de los señores Ramiro Tobón y Félix Lozada, pero el ad quem desestima el “acta de Visita de octubre 26 de 1965” porque estima que su contexto se refiere solamente a la Trilladora La Perla y no a la Empresa donde trabajaba la demandante.

Es verdad que el fallador de segunda instancia dejó de apreciar los testimonios ya mencionados, porque no habían sido ratificados en el juicio, pero ello no constituye apreciación equivocada de la prueba o falta de ella, porque los declarantes informaron sin juramento en una investigación

administrativa, cuya acta fué encontrada en la inspección ocular, pero no se recibió declaración judicial a los señores Tobón y Lozada, y la inspección ocular da cuenta del acta pero no es prueba de los dichos de los informantes.

Conviene advertir que ni el artículo 23 de la Ley 16 de 1968, vigente en el momento de pronunciarse la sentencia de segunda instancia, ni esa misma norma reformada por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, vigente en el momento en que se interpuso el recurso de casación, permiten formular acusación con base en error de hecho proveniente de la falta de apreciación o apreciación indebida de prueba testimonial, ya que tales normas se refieren a documento auténtico, confesión judicial e inspección ocular, como las únicas pruebas que por falta de apreciación o apreciación indebida pueden producir error de hecho en la casación laboral.

Luego no hubo apreciación equivocada de los documentos de los folios 93, 93 vuelto, 94 y 94 vuelto.

El casacionista transcribe un pasaje del acta de 12 de septiembre de 1964, para intentar demostrar el despido colectivo, pero tal acta se refiere a la Trilladora La Perla y no a la Trilladora Bayeff donde trabajaba la demandada, todo lo cual fué acertadamente apreciado en la sentencia de segundo grado.

Por lo tanto, las pruebas que señala el demandante en casación, como indebidamente apreciadas, no lo fueron, ni de ellas resulta la conclusión buscada por el atacante.

Respecto a los errores de hecho presentados, se procede al examen separado de cada uno de ellos.

El primer error está formulado así:

“1) La falta de consideración del contrato de trabajo de fs. 2, con sus causales de terminación del mismo, a las cuales debían sujetarse las partes y de los documen-

tos de fs. 48, 48 vto., 63 y 64 sobre el carácter de sindicalizada de la actora y sobre la existencia, vigencia y representación del sindicato. Asimismo la falta de consideración de la copia de fs. 3 que implicó una interrupción de la prescripción y cuyo original de fs. 19 presentó la empresa en forma adulterada, como puede establecerse por el cotejo de ellas”.

No se trata de un error de hecho sino una crítica a la apreciación probatoria, con repetición de argumentos ya analizados. Realmente los puntos nuevos se refieren a la falta de apreciación de los documentos de folios 2 y 3 del primer cuaderno.

No hubo falta de apreciación del documento de folio 2, porque el sentenciador tuvo en cuenta los elementos contenidos en él, cuando admitió que la demandante había trabajado desde el primero de diciembre de 1958; como tampoco la hubo del recibo del folio 3, que es copia del que aparece al folio 19; porque el sentenciador tomó los datos del original, que coinciden con la copia, salvo en cuanto el primero contiene la aclaración de lo impreso por lo que hace a la fecha de terminación, pero todo ello igual a la fecha 6 de agosto de 1964, contenida en ambos ejemplares cuando se expresa el tiempo de duración del servicio.

Tampoco resulta del recibo mencionado interrupción de la prescripción, porque es la demandante quien afirma haber percibido el valor de la cesantía y de las vacaciones, sin que el demandado reconozca obligación alguna distinta de las que aparecen allí solucionadas.

El segundo error está expresado así:

“2) La apreciación errónea del acuerdo de fs. 30 y 31, entre el sindicato y la empresa, y que según el fallo no beneficia a la actora por no haberse acreditado que se consultó tal acuerdo con Bayeff, residente entonces en el exterior, planteamiento este injusto porque tal consulta dependía de la voluntad del Admor. de la empresa Sr. Tobón, es decir de la misma parte

obligada, motivo por el cual debía tenerse por no escrita dicha condición, de acuerdo con los arts. 13 y 43 del C. S. del T.”.

Sobre este punto dice el fallo acusado:

“a) Ninguno de los derechos o prestaciones demandados en este juicio laboral fueron materia de acuerdo entre el Sindicato y la Empresa, de manera que no se cumpliría el extremo de los artículos 489 y 151 de las leyes sustantivas y procesal, respectivamente, de que el reclamo escrito del trabajador, además de ser recibido por el patrono debe referirse a derechos o prestaciones debidamente determinados, y b) La indemnización equivalente a sesenta (60) días de salario, tuvo un carácter condicional en el Acta de Acuerdo y no se probó el cumplimiento de la condición”.

La apreciación del ad quem es correcta, ya que el derecho condicional consagrado en el acuerdo, no puede concederse sin que se cumpla la condición, fuera de que tal indemnización no fué solicitada en la demanda.

El tercer error reza de la siguiente manera:

“3) El rechazo del “acta de visita” que recogió el Sr. Juez de instancia al practicar la inspección ocular de fs. 93 a 94 vto. y 110 y 111, en donde aparece transcrita la investigación que adelantó el inspector del trabajo que, de acuerdo con los arts. 484, 485, 486 y 487 del C. S. T. llegó a la conclusión de que la empresa si había despedido en forma “colectiva” a varios trabajadores de ésta, entre ellos a la actora, y sin previa autorización, rechazo que hizo el Tribunal pretextando que era necesaria la ratificación ante el Juez del Trabajo de las declaraciones recibidas por el funcionario investigador, exigencia arbitraria habida consideración de ser éste el competente para ello según las normas transcritas.

Como ya se vió, las pruebas citadas en este punto se refieren a empresa distinta de la Trilladora donde prestó servicios la demandante, y no son apreciables los in-

formes contenidos en el acta referida, por no ser testimonios judiciales.

Atrás se advirtió que las leyes 16 de 1968 y 16 de 1969, no permiten formular acusación por error de hecho proveniente de apreciación indebida o falta de apreciación de prueba testimonial.

El cuarto error se concreta así:

"4) Afirmar el Tribunal que la Convención de fs. 49 y 50 no beneficia a la actora porque expresamente no fué mencionada ésta en el texto de aquélla, consideración por demás injusta a la luz de los arts. 12, 353, y 373 del C. S. T. indebidamente aplicados. En relación con esta prueba el Tribunal incurrió también en error de derecho porque tal Convención aprovechaba a todos los sindicalizados sin necesidad de mencionarlos en ella".

No aparece en ninguno de los apartes de la sentencia lo afirmado por el recurrente.

El Tribunal Superior de Armenia dijo:

"De acuerdo con lo expuesto, aparece demostrada la terminación de la relación laboral entre demandante y demanda (sic), mas no el despido colectivo, en el cual quedara comprendida la señora Busunaga de Torres, por cuya razón se afirma violación del Decreto 2.497 de 1963".

Como se ve, el tema es completamente distinto del planteado por la censura.

El quinto error se indicó así:

"5) Apreciar la prueba de fs. 19 independientemente de la de fs. 3 y concluir que el pago de cesantía mencionado en ella, necesariamente era demostración de la terminación del contrato el 6 de agosto de

ese año, conclusión desmentida por las demás pruebas del juicio".

El reparo formulado en este aparte, fue analizado al estudiar el primer error propuesto, y se vió que no existe apreciación indebida ni falta de ella, sino que el fallador obró correctamente en la consideración de la prueba del original del recibo de prestaciones.

No sobra advertir que la incongruencia de la parte resolutive del proveído de segundo grado, que se anota en la declaración del alcance de la impugnación, en cuanto el fallo reconoce algunos derechos en la parte motiva y no condena al pago de ellos, no es un reparo atendible, pues la explicación resulta clara cuando se tiene en cuenta que se reconoce la prescripción de esos mismos derechos, y por tal motivo se absuelve en tal sentido.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de trece (13) de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, Quindío, en el juicio seguido por María Emma Susunaga de Torres contra Wassil Bayeff.

Sin costas en el recurso, por no haberse causado.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



HOMOLOGACION

La Corte por providencia de 4 de diciembre de 1970, declaró TOTALMENTE INEXEQUIBLE el fallo arbitral de 4 de septiembre de 1970, proferido para decidir el conflicto colectivo de trabajo entre la empresa "Colombian Petroleum Company (Colpet) y el Sindicato de Trabajadores de la Colombian Petroleum Company (Sidelca).

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda.- Bogotá, D. E., cuatro de diciembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta N° 48).

El "Sindicato de Trabajadores de la Colombian Petroleum Company ("Sidelca") presentó el 23 de enero de 1970, previa denuncia de la Convención Colectiva de Trabajo de 15 de febrero de 1968, un pliego de Peticiones a la "Colombian Petroleum Company" ("Colpet"), la que a su vez también denunció el 28 de enero de 1970 la misma Convención Colectiva y presentó un Proyecto de nuevo convenio laboral para ser estudiado por las partes en las etapas de arreglo directo y conciliación y ser tenido en cuenta por los miembros del Tribunal de Arbitramento que llegare a convocarse.

Las conversaciones en la etapa de arreglo directo se iniciaron el 3 de febrero de 1970. El 13 de febrero en nota dirigida al Sindicato, el Gerente General de la Colombian Petroleum Company manifestó que acepta no discutir el pliego presentado por ella el 28 de enero de 1970, retirando así las respectivas peticiones. Luego de algunas prórrogas, las conversaciones directas se dieron por terminadas el 9 de marzo de 1970, sin que se hubiese llegado a acuerdo alguno.

etapa se inició el 17 de marzo y terminó el 17 de junio de 1970, sin que la fórmula acogida por los conciliadores sobre el punto que éstos consideraron como motivo central del desacuerdo fuese aceptada por la Colombian Petroleum Company.

Por tratarse de una empresa de servicio público, aunque de carácter privado, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por medio de la Resolución 0919 de 10 de julio de 1970, y en vista del fracaso de las etapas de arreglo directo y de conciliación, convocó un Tribunal de Arbitramento de los previstos en el artículo 34 del Decreto 2.351 de 1965 para que estudiara y decidiera el diferendo laboral existente entre la Colombian Petroleum Company y el Sindicato de Trabajadores de la Colombian Petroleum Company, ordena a las partes que procedieran a nombrar sus árbitros dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación y dispuso que el tercero sería designado por el propio Ministerio.

La empresa designó como árbitro al doctor Ignacio Reyes Posada y el Sindicato al doctor Diego Montaña Cuéllar. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por medio de Resolución 0986 de 21 de julio de 1970, integró el Tribunal de Arbitramento Obligatorio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2.351 de 1965, en la siguiente forma: por la Empresa, doctor Ignacio Reyes Posada; por el Sindicato, doctor Diego Montaña Cuéllar y por el Ministerio, doctor Cástor Jaramillo Arrubla.

Nombrados los conciliadores, la segunda

El Tribunal de Arbitramento, así consti-

tuído, se instaló en Bogotá, sede que le fue fijada en la Resolución 0919 de 10 de julio de 1970, el 24 de julio del mismo año. Por Resolución Nros. 1.158 y 1.303 Bis de 4 y 28 de agosto de 1970, respectivamente, el Ministerio concedió prórrogas por veinte y diez días. Estando dentro del término el Tribunal pronunció el cuatro de septiembre de mil novecientos setenta, por unanimidad, el laudo decisorio del conflicto colectivo.

Contra el fallo arbitral la Empresa interpuso el recurso de homologación que le fue concedido. Al sustentar el recurso ante la Sala de Casación Laboral de la Corte, el apoderado de la Colombian Petroleum Company pidió se declararan inexecutable las cláusulas 8ª en su integridad, 40, 74 numeral 7º, 126, 134 y 143 del laudo recurrido, formulando para el efecto seis acusaciones o cargos.

El Sindicato de Trabajadores de la Colombian Petroleum Company se opuso a las pretensiones de la Empresa recurrente.

Como se observara por la Sala que no se encontraba en el expediente la copia de la última Convención Colectiva que regía las relaciones entre Empresa y Sindicato, solicitó a la División de Relaciones Colectivas del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social copia auténtica de dicha convención, con la constancia de su depósito.

Habiéndose recibido el documento solicitado, la Corte procederá a decidir el recurso.

SE CONSIDERA:

I. En providencia de noviembre veinte de mil novecientos setenta Homologación "Expreso Trejos Ltda. y su Sindicato de Trabajadores, esta Corporación, en Sala Plena de Casación Laboral, estimó que la Corte al examinar la regularidad del Laudo en el recurso de homologación no podía eludir el estudio de la naturaleza del conflicto; si el Tribunal de Arbitramento ha sido integrado conforme a la Ley; si ha funcionado tal como ésta lo ordena y si ha pro-

ferido sentencia dentro del término respectivo y sobre la materia debatida.

Siguiendo las directrices que se derivan de la anterior doctrina, la Sala encuentra que el conflicto surgido entre la Colombian Petroleum Company y su Sindicato de Trabajadores es un conflicto colectivo de carácter económico en una empresa de servicio público, que se inició con la presentación de un Pliego de Peticiones por parte del Sindicato de base previa denuncia de la convención colectiva vigente; que se cumplieron dentro de los términos legales las etapas de arreglo directo y de conciliación; que el Tribunal funcionó en la sede que le fue fijada, con deliberación de todos sus miembros, y que profirió su decisión dentro del término legal, incluidas en él prórrogas debidamente concedidas por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

En relación con la forma como ha debido integrarse el Tribunal de acuerdo con las normas vigentes, la Sala Plena de Casación Laboral, en el fallo a que se ha hecho referencia, fijó su criterio sobre el particular.

Dijo así esta Corporación: "En vigencia de las disposiciones originales del C. S. T., solamente los conflictos colectivos del trabajo que se presentaran "en los servicios públicos, y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo o por conciliación", eran sometidos para su decisión al arbitramento obligatorio (art. 452).

"El arbitramento obligatorio fue, pues, desde que comenzó a regir el C. S. T., y lo es hoy, un sistema jurídico procesal para resolver algunos diferendos laborales, y como tal adoptó en varias de sus disposiciones los requisitos sustanciales y procedimentales a que debía ajustarse para que la sentencia, laudo o decisión arbitral, fuera válida y tuviera fuerza obligatoria para las partes en conflicto.

"Aparece, en primer término lo que se denominó composición del "Tribunal Especial de Arbitramento", que según el artículo 453 ibidem, debía formarse con tres (3)

miembros, designados, así: “uno por cada una de las partes, y el tercero por el Ministerio del Trabajo”.

“Se proveyó en la misma disposición, cómo el Ministerio del Trabajo por medio de resolución, convocaría el Tribunal, dentro de los cinco (5) días siguientes a la terminación de la etapa conciliatoria, señalándose en tal acto el término dentro del cual las partes deberían designar sus árbitros y disponiéndose que el del Ministerio, o tercero, lo sería inmediatamente después del nombramiento de aquéllos.

“Indicó también, la obligación de los árbitros de manifestar su aceptación, tomar posesión y entrar en funciones, en un término de dos (2) días, y dispuso que la renuencia de cualquiera de las partes para designar árbitro daría derecho al Ministerio para hacerlo. También se previó que en caso de falta, renuencia o impedimento de alguno de los árbitros, se procedería a reemplazarlo en la misma forma como se hizo la designación.

“Los árbitros, de acuerdo con la última parte del artículo 453, son personas que ejercen funciones públicas.

“A continuación el Estatuto, establece qué personas no pueden ser miembros de Tribunales de Arbitramento, en los conflictos colectivos; dice por qué normas se regula el arbitramento voluntario, y en un capítulo posterior establece lo referente a quórum, a facultades del Tribunal, a la sentencia que “no puede afectar derechos o facultades de las partes reconocidas por la Constitución Nacional, por las leyes o por normas convencionales vigentes” (art. 458), al término para proferirla, a la notificación y al efecto jurídico y vigencia del laudo.

“Las normas que caracterizan este sistema, en su mayoría, se encuentran hoy vigentes, salvo en lo que se refiere, a los tipos de Tribunales Especiales que en la actualidad han aumentado (Auto de fecha mayo 25 de 1970. Homologación contra el laudo arbitral de 20 de abril de 1970, dic-

tado en el conflicto colectivo de la empresa “La Mano que Limpia” y su Sindicato de Trabajadores) y en cuanto a la integración de los mismos.

“Sobre este último aspecto, el Decreto N° 2.351 de 1965 modificó substancialmente el artículo 453 del C. S. del T. así:

“Originalmente, como se vió, el Tribunal Especial de Arbitramento Obligatorio, estaba constituido por tres (3) miembros, uno designado por cada una de las partes y el tercero nombrado por el Ministerio del Trabajo que podía designar también el de cualquiera de aquéllas o los de ambas, en caso de renuencia para hacerlo. Este último árbitro en algunas ocasiones lo denominó la ley árbitro del Ministerio o árbitro tercero, indistintamente.

“En este aspecto no existió variación fundamental en vigencia del numeral 1° del artículo 1° del Decreto Extraordinario N° 525 de 1956, que dispuso: “El Tribunal Especial de Arbitramento en los conflictos colectivos en los cuales éste es obligatorio, se compone de tres (3) miembros, designados así: uno por cada una de las partes y el tercero por el Ministerio del Trabajo”.

“Pero vino en el año de 1965 —el 4 de septiembre— la expedición del Decreto Legislativo N° 2.351, que determinó en sus artículos 35 y 36, en su orden:

“Lista de Árbitros.- 1. Cada dos (2) años, a partir de la vigencia de esta Ley, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a solicitud del Ministerio del Trabajo, formará una lista de ciento ochenta (180) personas mayores de edad, ciudadanos colombianos, abogados titulados, expertos en derecho laboral, o conocedores de las cuestiones económicas y sociales, altamente calificados y de reconocida honorabilidad, **que constituirá la lista de árbitros de entre los cuales se escogerán los integrantes de los tribunales de arbitramento obligatorio en la forma que en el artículo siguiente se indica”.**

“

"3. Mientras la Sala Laboral de la Corte Suprema prepara la lista de árbitros a que se refiere este artículo, ella será elaborada provisionalmente por el Gobierno.

"Constitución de los Tribunales de Arbitramento.

"El Tribunal de Arbitramento Obligatorio en los conflictos colectivos que deban decidirse por este medio, se compondrá de tres (3) miembros así: uno por cada una de las partes y un tercero por el Ministerio del Trabajo, ESCOGIDOS de la lista a que se refiere el artículo anterior. Ninguna persona podrá actuar como árbitro más de tres (3) veces en un mismo año".

"Se observa de la simple lectura de las normas transcritas un cambio fundamental al sistema imperante hasta entonces.

"I. Se establece una lista de árbitros que deben llenar determinadas calidades y que integra esta Sala de la Corte.

"II. Se limita la libertad de las partes para designar su árbitro.

"III. El Ministerio del Trabajo ya no tiene *ad libitum*, la facultad de designar cualquier persona para integrar como tercero el Tribunal Especial.

"IV. Tanto las partes como el Ministerio del Trabajo, deben escoger los árbitros que han de integrar el Tribunal de Arbitramento, de la lista a que se refiere el artículo 35 del Decreto.

"En la forma anterior, quedó subrogado tanto el artículo 453 del C. S. del T. como el numeral 1 del Decreto Extraordinario N° 525 de 1956.

"En virtud de la Ley, los tribunales de arbitramento obligatorio, así constituidos, eran los únicos competentes para decidir el respectivo conflicto.

"Este nuevo sistema sobre nombramiento de árbitros, tuvo una fugaz vigencia, pues el 17 del mismo mes de septiembre,

se dicta el Decreto Extraordinario N° 2.469 que sustituyó en forma expresa el artículo 35 del Decreto N° 2.351 de 1965 y tácitamente el 36 del mismo estatuto, al disponer:

"Artículo 1°. Lista de Árbitros: El artículo 35 del Decreto 2.351 de 4 de septiembre de 1965, quedará así:

"1°. Cada dos (2) años, a partir de la vigencia de este Decreto enviará el Gobierno a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia una lista de por lo menos ciento ochenta (180) personas, ciudadanos colombianos, abogados titulados, o conocedores de las cuestiones económicas y sociales, y de reconocida honorabilidad, que constituirá la lista de árbitros de entre los cuales aquella escogerá los integrantes de los tribunales de arbitramento obligatorio".

"Como se vé, el sistema volvió a tener un cambio fundamental que entre otras cosas implicó la modificación del artículo 36 del Decreto N° 2.351, no solamente por cuanto terminó la concordancia entre esta disposición y la anterior, sino porque, en el artículo 2° se dijo:

"Mientras el Gobierno reglamenta el artículo anterior, la designación de árbitros para integrar los tribunales de arbitramento obligatorio se hará en la siguiente forma: uno por cada una de las partes y un tercero por el Ministerio de Trabajo".

"La síntesis hecha de la legislación sobre la manera de integrar los tribunales de arbitramento obligatorio, indica cómo los textos 453 del C. S. del T., numeral 1°, del artículo 1° del Decreto Extraordinario N° 525 de 1956 y 36 del Decreto Legislativo 2.351 de 1965, salvo en su última frase, fueron suspendidos y solamente quedó en vigor el precepto transitorio del Decreto Legislativo N° 2.469 de 1965, contenido en su artículo 2°.

"Vino luego la Ley 48 de 1968 que adoptó como leyes permanentes los Decretos 2.351 de 1965 y 939 de 1966, pero modificándolos y adicionándolos.

"Preciso es indicar que en materia de Tribunales de Arbitramento Obligatorio se creó uno nuevo que es aquél a que se refiere el numeral 4 del artículo 3º de la ley en mención. En esta parte y en la materia tratada, considera la Corte que la ley introdujo una adición a los precitados Decretos.

"En materia de modificaciones, la ley no fue lo suficientemente clara y es por esto por lo que la Corte debe interpretarla.

"El numeral 2 del artículo 3º ibidem dio una facultad a los sindicatos o a los trabajadores en su caso, para que soliciten en la oportunidad que allí se prevé que el diferendo sea sometido a fallo de un tribunal de arbitramento obligatorio constituido en la forma que se determina más adelante.

"Luégo, en su inciso 2º indica el procedimiento para convocar el Tribunal.

"Finalmente en el numeral 3º, dice cómo debe integrarse el **Tribunal de Arbitramento Obligatorio** (subraya la Sala). Aquí ya abandona la ley su previsión inicial de que sea el tipo de Tribunal a que se refirió en el numeral 2º el que deba integrarse en determinada forma y abarca todas las clases de Tribunales de Arbitramento Obligatorio establecidos en la Ley.

"Esta conclusión fluye además de la lectura del dicho numeral 3º que establece:

"El Tribunal de Arbitramento Obligatorio se compondrá de tres miembros así: uno por la Empresa, otro por el Sindicato o Sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores, o en defecto de éstos por los trabajadores, en asamblea general, y el tercero de común acuerdo por dichos dos árbitros. En caso de que los dos árbitros no se pongan de acuerdo para elegir el tercero, dentro de las 48 horas siguientes a su posesión, dicho árbitro será designado por el Ministerio del Trabajo de lista integrada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia integrará dicha lista para períodos de dos años

con doscientos ciudadanos colombianos, residentes en los distintos Departamentos del país, que sean abogados titulados, especialistas en derecho laboral o expertos en la situación económica y social del país y de reconocida honorabilidad".

La norma transcrita contiene tres partes, así:

"a) Integración del Tribunal de Arbitramento Obligatorio, en donde puede apreciarse la fundamental modificación que le introdujo al Decreto Legislativo N° 2.351 de 1965.

"El Tribunal, se compone de tres (3) árbitros, uno designado libremente por cada una de las partes, tal como estaba previsto en la legislación anterior, y el tercero nombrado libremente, sin sujeción a listas, por los dos principales, una vez posesionados, es decir cuando ya tienen el carácter transitorio de funcionarios públicos.

"b) Si, dentro de las siguientes 48 horas, no se produce acuerdo para la designación del tercero, la ley dio al Ministerio del Trabajo el derecho a nombrarlo, pero no libremente, sino escogido de la lista elaborada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

"c) Se estableció, como lo disponía antes el artículo 35 del Decreto N° 2.351, cuál era la lista de árbitros y qué requisitos debían llenar los escogidos, modificando su número que antes era de 180 personas y a partir del 11 de diciembre de 1968, fue de 200.

"En presencia de esta ley nueva, que contiene los únicos preceptos sobre la materia y que, además, no hace distinciones entre los distintos tipos de arbitramento obligatorio, para efectos de su constitución forzoso es concluir que a partir de su vigencia, todos los que se convocan para decidir por este medio los conflictos colectivos, deben sujetarse a sus disposiciones.

"Tal conclusión tiene su apoyo, también en la propia historia de la ley. Así, en la

ponencia del proyecto respectivo para adoptar como legislación permanente los Decretos tantas veces mencionados, presentado al Senado de la República por el Gobierno, se expresó:

"Por medio del artículo tercero del proyecto, se adoptan como legislación permanente los Decretos Legislativos números 2.351 y 2.352 de 1965 y 939 de 1966, en los cuales está consagrado lo fundamental de la evolución del derecho laboral colombiano de los últimos años.

"Pero el Gobierno solicita que se les dé fuerza de ley, con algunas importantes modificaciones, ya discutidas y aprobadas unánimemente, a excepción de un punto, por el Consejo Nacional del Trabajo, lo cual le da a la recomendación un sólido respaldo de las principales fuerzas sociales y económicas interesadas.

"El Gobierno ha querido que la legislación laboral no sólo tenga como finalidad resolver las relaciones entre trabajadores y empresarios, sino que se inicie el proceso de darle igualmente un contenido económico, persiguiendo objetivos como la creación acelerada de empleo, la descentralización industrial y la capacitación de la producción colombiana para competir en el mercado internacional.

"Además, y concretamente en el campo laboral, el Gobierno ha buscado entre otros objetivos... modificar la integración y funcionamiento de los tribunales... (subraya la Sala).

"Inspirado en estas orientaciones generales —continúa la ponencia—, el Gobierno propone conservar todas las conquistas de los trabajadores, que se consagran en los decretos mencionados y las siguientes reformas:

"

"3º. Autorizar a los dos árbitros designados por el empleador y los trabajadores para integrar un Tribunal de Arbitramento Obligatorio, a fin de que designen el ter-

cero y en caso de desacuerdo, que lo haga la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en vez del Ministerio del Trabajo, como lo han demandado los trabajadores" (Anales del Congreso, noviembre 7 de 1968, pág. N° 1.292).

"Y, ya para segundo debate ("Anales del Congreso" - 5 de diciembre de 1969, pág. N° 1.437), se expuso por el ponente:

"A la tercera propuesta del Gobierno sobre autorización a los dos árbitros designados por los empleados y trabajadores que integran un Tribunal de Arbitramento Obligatorio, para que escojan el tercero y en caso de desacuerdo, lo haga la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en vez del Ministerio del Trabajo, la Comisión le introdujo importantes modificaciones.

"Los oponentes a la fórmula del Gobierno argumentaron que no era conveniente ni justificable que el Ministerio del Trabajo se desprendiera en forma absoluta de la facultad hoy vigente de nombrar los terceros árbitros, pues a través de ellos el Gobierno generalmente orienta la política laboral, fuera de las muchas dificultades de orden práctico que traería consigo entregar tal nombramiento a la Sala Laboral de la Corte, si se tiene en cuenta que la designación de los árbitros debe ser hecha en forma inmediata, lo cual no coincide siempre con la idiosincrasia de un organismo judicial que no funciona en días festivos, que tiene vacaciones y visitas periódicas fuera de su sede.

"La Comisión aceptó tales argumentos como válidos y convino una fórmula sustitutiva, según la cual, en caso de que los dos árbitros no se pongan de acuerdo para elegir el tercero, dentro de las 48 horas siguientes a su posesión (se subraya) dicho árbitro será designado por el Ministerio del Trabajo de lista integrada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que la misma Sala integrará para periodos de dos años, con doscientos ciudadanos colombianos residentes en los distintos Departamentos del país, que sean abogados titula-

dos, especialistas en derecho laboral o expertos en la situación económica y social de la Nación y de reconocida honorabilidad”.

“Fue así como se aprobó el numeral 3º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, de cuya historia, en parte transcrita, aparece:

“a) Que fue deseo del legislador que se modificaran la constitución y funcionamiento de los Tribunales de Arbitramento Obligatorio.

“b) Que esa voluntad fue la consecuencia de lo acordado en el Consejo Nacional del Trabajo; y

“c) Que el querer del legislador quedó reflejado en el texto mismo del numeral 3º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968”.

II. Ahora bien: el Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo objeto del recurso de homologación, fue convocado bajo la vigencia de la Ley 48 de 1968, por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por medio de la Resolución N° 0919 de 10 de julio de 1970, que dispuso en su artículo segundo, de acuerdo con el artículo 453 del C. S. del T., lo siguiente:

“Este Tribunal sesionará en la ciudad de Bogotá y cada una de las partes deberá designar el árbitro que les corresponde, **siendo el tercero designado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social**” (subraya la Corte).

Se produjo en esta Resolución, en consecuencia, un quebrantamiento de la ley vigente, pues el Ministerio arrebató a los árbitros designados por las partes la facultad de nombrar el tercero, violación que sucede porque el Ministerio fundamentó su decisión en una norma derogada, el artículo 453 del Código Sustantivo del Trabajo.

El 21 de julio de 1970 al dictar el Ministerio del Trabajo la Resolución 0906, confirmó la violación de la ley, pues por medio de dicha resolución se integró el Tribunal de Arbitramento así: árbitro designa-

do por la Empresa, doctor Ignacio Reyes Posada; por el Sindicato, doctor Diego Montaña Cuéllar y por el Ministerio, doctor Cástor Jaramillo Arrubla. Esta Resolución tuvo como fundamento tanto el artículo 453 del Código Sustantivo del Trabajo, derogado, como el 36 del Decreto número 2.351 de 1965, modificado sustancialmente por la Ley 48 de 1968.

De manera que la integración del Tribunal se produjo en forma clara y completamente contraria al sistema ordenado por la Ley 48 de 1968, vigente en el momento en que aquél fue conformado.

III. En relación con las consecuencias que acarrea la integración ilegal del Tribunal de Arbitramento cuando el conflicto obligatorio debe resolverse por este medio, dijo la providencia de 20 de noviembre de 1970 a que se ha hecho mención.

“La constitución de los Tribunales de Arbitramento Obligatorio, o sea el sistema creado por el legislador para decidir jurídicamente algunos conflictos colectivos de trabajo, entre ellos los que se presenten en servicios públicos, no ha sido establecida en beneficio exclusivo de las partes, sino de la comunidad.

“Por eso, todo lo que concierne a su integración, a su funcionamiento, quórum, facultades de los árbitros, término para fallar y decisión del conflicto a través de una sentencia que toma el nombre de laudo, es de orden público. La omisión o desconocimiento de las normas que consagran estas materias producen la inexequibilidad total del fallo.

“La función de la Corte, en el recurso de homologación, no se limita a comparar las disposiciones de la sentencia con los derechos reconocidos a las partes por la Constitución, la ley o la convención colectiva vigente; para homologarla si no los afectan, o para declararla inexecutable en caso contrario. Su misión es más amplia. Examina la regularidad del laudo, y al proceder en esta forma, no puede eludir, porque va implícito en ello, el estudio de la natura-

leza del conflicto, si se han cumplido las etapas de arreglo directo o de conciliación, si el Tribunal ha sido integrado conforme a la ley, si ha funcionado tal como ésta lo ordena y si ha proferido sentencia dentro del término respectivo y sobre la materia debatida. El control jurisdiccional que otorga la ley a la Corte es pues completo.

“Un tribunal obligatorio integrado por árbitros designados en forma distinta de la señalada en la Ley 48 de 1968, no adquiere jurisdicción para decidir el conflicto, no obstante que se cumpla el requisito de la posesión de los árbitros. Al no adquirir jurisdicción el Tribunal, la sentencia que dicte es nula, y la Corte, al decidir el recurso de homologación debe declararla inexecutable, como hace esta misma declaración cuando el fallo dictado por tribunal competente es extemporáneo”.

IV. Al haberse integrado el Tribunal de Arbitramento en el caso en estudio de una manera que es violatoria de la ley, no llegó a adquirir jurisdicción para resolver el conflicto surgido entre “Colombian Petroleum Company” (“Colpet”) y el Sindicato de Trabajadores de la Colombian Petroleum Company” (“Sidelca”). En consecuencia, el fallo que pronunció es inexecutable en su

totalidad y así tendrá que declararse en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

DECLARASE TOTALMENTE INEXECUTABLE el fallo arbitral de cuatro de septiembre de mil novecientos setenta, proferido para decidir el conflicto colectivo de trabajo entre la empresa “Colombian Petroleum Company” (“Colpet”) y el “Sindicato de Trabajadores de la Colombian Petroleum Company” (“Sidelca”).

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA “GACETA JUDICIAL” Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL PARA LO DE SU CARGO.

José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C., Miguel Ángel García.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



PENSION DE JUBILACION Sustitución Patronal

El hecho de que el demandante hubiese prestado servicios al demandado en la etapa final del período que aduce para tener derecho a la pensión de jubilación, no es suficiente para hacer de su cargo una pensión de jubilación por tiempo de servicios prestados a otros patronos, si no se ha acreditado su legitimación en causa pasiva, sea porque sustituyó a los demás patronos en los tiempos previstos en los artículos 67 y 69 del C. S. del T., o porque se hubiese prestado los servicios a una misma empresa a pesar del cambio de patronos, aún cuando no se haya producido la sustitución, que es la modalidad contemplada en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera.- Bogotá, diciembre diez (10) de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta N° 82).

Wilfrido A. Ospino, por medio de apoderado, demandó a la sociedad "Fernando A. García & Cía.", domiciliada en Barranquilla, para que mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo se la condene a pagarle una pensión de jubilación por haber prestado durante más de veinte años sus servicios a diferentes patronos de que es sustituta la demandada, y con base en el último sueldo mensual de \$ 416.00; las indemnizaciones que resultaren en su favor y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda, Wilfrido A. Ospino comenzó a trabajar el 13 de marzo de 1929 como capataz de la Hacienda Buenavista, destinada a ganadería y agricultura, de propiedad de la sociedad "García & Cía.", y ubicada en el municipio de Aracataca; el 22 de enero de 1934 dicha sociedad fue liquidada y la mencionada Hacienda Buenavista, pasó a manos de Ascanio R. García, habiendo continuado el demandante como capataz; en los años de 1940 a 1944 se efectuó una permuta de una parte de la Hacienda Buenavista con las

fincas Jerusalén y Pradera, de propiedad de la Frutera de Sevilla, ubicadas también en Aracataca y destinadas a la Ganadería, y Wilfrido Ospino quedó como capataz en el resto de la hacienda Buenavista y de las nuevas fincas adquiridas; en 1948, además, don Benjamín García sustituyó al demandante el poder que había recibido de Ascanio R. García para que lo representase en cualquier acción o litigio a que hubiere lugar en relación con las aguas o servidumbres activas o pasivas en los predios que el poderdante poseía en Aracataca, funciones que tuvo hasta el 15 de julio de 1952, cuando fue liquidado con un sueldo mensual de \$ 416.00; en septiembre de 1944 le fueron liquidadas las prestaciones sociales al demandante por quince (15) años de servicios, con retroactividad al año de 1929 y teniendo en cuenta el tiempo servido tanto a García & Cía. desde 1929 hasta 1934, como a Ascanio García desde 1934 hasta 1944. En 1950 el patrono Ascanio R. García se transformó en "Ascanio R. García & Cía.", creada para continuar los mismos negocios del primero, y Ospino continuó prestando sus servicios en las mismas labores de ganadería; con ocasión de la muerte de Ascanio R. García, acaecida en el año de 1954 ó 1955, los bienes de la sociedad "Ascanio R. García & Cía." pasaron a manos de su legítimo y único heredero don Fernando A. García, quien constituyó la firma Fernando A. García, cuyo capital pasa de ochocientos mil pesos m/c. (\$ 800.000.00). Ospino cumplió 55 años de edad el 20 de

marzo de 1953 y ha reclamado la pensión de jubilación amistosamente ante "Fernando A. García & Cía.", pero su gestión ha sido infructuosa.

Como fundamentos de derecho citó el demandante los artículos 260, 261, 263, 264, del C. S. del T.; y artículos 12, 25, 74 y siguientes del Código Procesal del Trabajo.

Al contestar la demanda, el apoderado de "Fernando A. García & Cía. Ltda." negó unos hechos y aceptó otros, y se opuso a las peticiones del demandante.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez Primero Civil del Circuito de Ciénaga, quien conoció del juicio, dictó sentencia por medio de la cual absolvió a la sociedad "Fernando A. García & Cía." de los cargos de la demanda. No hizo condena en costas. Apeló el apoderado de la parte demandante. El Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Civil y Laboral, confirmó el fallo de primer grado al decidir la alzada.

Recurrió en casación la parte demandante. El recurso se decidirá previo el estudio de la demanda y la réplica del opositor, presentadas oportunamente.

Alcance de la impugnación

Pretende que la sentencia recurrida sea casada totalmente y en su lugar se decrete la pensión de jubilación demandada por el actor. Con base en la causal primera de casación formula un solo cargo.

Cargo Unico. Acusa la sentencia recurrida de violar indirectamente el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, violación a la cual llegó el ad-quem por haber incurrido en error de hecho ostensible, al dejar de apreciar y estimar algunas pruebas. El error de hecho lo hace consistir en que el fallador de segunda instancia dio por demostrado que el actor no prestó servicios para la firma demandada, y en no haber dado por demostrado que ella tuviera vínculos con las otras empresas en las cuales sí prestó su concurso el trabajador. Señala como pruebas no apreciadas el hecho 7º de la demanda y su

contestación, la inspección ocular, folios 96 a 97, practicada en las oficinas de la demandada, y la carta dirigida por la demandada al actor que obra a folios 33 y 34. Como erróneamente apreciadas indicó los testimonios de José Francisco Díaz Granados, Guillermo A. Torres, Pedro Montalvo, Pedro Varela Vizcaíno, Julián Antonio de la Rosa y Velasco García Mayorca. Por último, dice que el fallador incurrió en error de hecho al no apreciar correctamente el haz probatorio, el conjunto de las pruebas singularizadas, combinándolas y conjugándolas.

Al sustentar el cargo dice el recurrente que con la aceptación por parte de la demandada del hecho 7º de la demanda, se prueba que Fernando A. García sí tenía vínculos con las otras empresas; que la inspección ocular deja establecido que Wilfrido Ospino trabajó al servicio de "Ascanio R. García & Cía.", sustituida por "Fernando A. García & Cía.", a la cual también le prestó servicios el demandante. Refiriéndose a la Inspección ocular practicada en las oficinas de la demandada, considera el impugnador que con la manifestación hecha por el representante de ella, quedó establecido que Wilfrido Ospino trabajó al servicio de "Ascanio R. García & Cía."; que "Fernando A. García & Cía." sustituyó a "Ascanio García & Cía.", y que Wilfrido Ospino sí trabajó al servicio de "Fernando A. García y Cía..".

Comenta luego la carta dirigida por la demandada al actor, en la que acoge el concepto emitido por el doctor Juan N. Payares, apoderado general de "Fernando A. García & Cía." y dice que de haberla apreciado el ad-quem habría llegado a la conclusión de que "Fernando A. García & Cía.", "Ascanio R. García & Cía.", y Ascanio R. García tienen vínculos; que Wilfrido Ospino trabajó al servicio de las empresas de esas sociedades y de Ascanio García, y que trabajó durante 23 años para los patronos que fueron sustituyéndose, porque laboró en la Hacienda Buenavista de "García y Cía.", que pasó a Ascanio R. García.

Por último se refiere el impugnador al

análisis que hizo el Tribunal de los testimonios de José Francisco Díaz Granados, Guillermo A. Torres, Pedro A. Montalvo, Pedro Varela Vizcaíno, Julián Antonio de la Rosa y Velasco Mayorca, análisis que considera equivocado, pues a su juicio con dichos testimonios se demuestra el tiempo trabajado por Wilfrido Ospino a las sociedades "García y Cía.", "Ascanio R. García & Cía." y a Ascanio García, en una misma empresa.

Para el opositor el cargo está mal formulado, pues si el Tribunal al negar la pensión jubilaria hubiera incurrido en la violación del artículo 260 del C. S. T., ese quebrantamiento no habría sido por aplicación indebida, sino por falta de aplicación. Luego, refiriéndose a las pruebas a que hace mención el recurrente, dice que el hecho 7º de la demanda fue aceptado parcialmente por el apoderado especial de la demandada; que en la inspección ocular se exhibieron los roles o nóminas de pago de 1951 y 1952 y en ellos se constató que no aparecía el nombre del demandante Ospino, no obstante haberse constituido el 24 de agosto de 1951 la firma Fernando A. García & Cía. y que el señor Fernando A. García lo único que manifestó fue que en los primeros días del mes de enero de 1950 y hasta el mes de julio de 1952, el demandante había trabajado al servicio de Ascanio R. García & Cía.; cuanto a la carta dirigida al demandante por la firma "Fernando A. García & Cía.", dice que es totalmente desfavorable a las pretensiones del actor. En relación con la prueba testimonial, manifiesta que la mejor refutación a las críticas del recurrente es la transcripción de lo que sobre los testimonios expuso el adquem en minucioso y acertado análisis. Por último, termina diciendo que aún en el supuesto de que no fuera tan nítida y sólida la posición del fallador, la acusación por error de hecho no podría prosperar sino cuando éste es manifiesto y que en la hipótesis de que existiera duda en relación con los soportes probatorios del fallo, éste tendría que mantenerse, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, que cita.

SE CONSIDERA:

En la demanda con que se inició el jui-

cio afirma el apoderado del demandante que éste prestó sus servicios a la sociedad "García & Cía."; luego a Ascanio R. García, persona natural, y posteriormente a "Ascanio R. García & Cía.", durante el período comprendido entre el 13 de marzo de 1929 y el 15 de julio de 1952, fecha en que le fueron liquidadas sus prestaciones con base en todo el tiempo servido. Agrega que con ocasión de la muerte de Ascanio R. García, acaecida en el año de 1954 o 1955, los bienes de la sociedad "Ascanio R. García & Cía." pasaron a manos de su legítimo y único heredero don Fernando A. García, quien constituyó la firma "Fernando A. García & Cía.", cuyo capital pasa de ochocientos mil pesos (\$ 800.000.00).

El Tribunal Superior de Santa Marta analizó la inspección ocular practicada en los archivos de la sociedad "Fernando A. García y Cía." y la prueba testimonial y llegó a la conclusión de que el tiempo servido por el demandante a "García & Cía.", a Ascanio R. García y a "Fernando A. García & Cía." no se encontraba establecido en los autos, análisis que hizo por amplitud, "porque la realidad que presentan los autos y que se impone a primera vista es la de que el actor no prestó servicios para la firma demandada, ni se ha demostrado que ella tuviera vínculos algunos con las otras empresas en las cuales sí prestó su concurso como trabajador".

Para el casacionista la vinculación entre "Fernando A. García & Cía." y "Ascanio R. García y Cía." se encuentra demostrada con la aceptación de la demandada al hecho 7º de la demanda y con las manifestaciones que hizo el representante de "Fernando A. García y Cía." en la diligencia de inspección ocular.

Ahora bien: en el hecho 7º se afirmó que "con ocasión de la muerte de Ascanio R. García, acaecida en el año de 1954 o 1955, los bienes de la sociedad "Ascanio R. García & Cía." pasaron a manos de su legítimo y único heredero don Fernando A. García, quien constituyó entonces la firma "Fernando A. García & Cía."; cuyo capital pasa de ochocientos mil pesos (\$ 800.000.00). Con la aceptación a esta parte del hecho 7º,

se acredita por confesión, que Ascanio R. García falleció en 1954 o 1955; que los bienes de la sociedad "Ascanio R. García & Cía." pasaron a su heredero Fernando A. García, quien constituyó la sociedad "Fernando A. García & Cía.". Aún en el supuesto de que tales hechos sean susceptibles de probarse a través de la confesión, se observa, sin embargo, que con su demostración no se prueba con evidencia la vinculación, desde el punto de vista del cumplimiento de las obligaciones laborales, entre la sociedad demandada y "Ascanio R. García & Cía.", por cuanto los bienes de una sociedad no se transmiten a los herederos del socio fallecido, quienes únicamente heredan el interés social, y para que se les adjudiquen los bienes sociales, total o parcialmente, es necesario la liquidación de la sociedad. Y aun cuando los bienes de "Ascanio R. García & Cía." se hubieran transferido a Fernando A. García, y éste los hubiera aportado a la sociedad "Fernando A. García & Cía.", no por ello aparecería con claridad la sustitución de patronos, pues no se encuentra demostrado que "Fernando A. García & Cía." haya continuado el mismo giro de las actividades o negocios de Fernando A. García, persona natural, y de "Ascanio R. García & Cía.", requisito esencial para que se configure la sustitución de patronos.

Cuanto a lo manifestado por el representante de "Fernando A. García y Cía." en la inspección ocular, es de observar que lo dicho por él no concuerda con las afirmaciones contenidas en el hecho 7º de la demanda en relación con la fecha en que fue constituida la sociedad demandada, que aquél fija en 24 de agosto de 1951, mediante la escritura pública N° 1.319 de la Notaría 3ª de Barranquilla, y como ya se vio, en la demanda se dice que fue con posterioridad al fallecimiento de don Ascanio García, acaecido en 1954 o 1955. Además, aun cuando se confiesa que Wilfrido Ospino trabajó con "Ascanio R. García y Cía." y con "Fernando A. García & Cía." desde enero de 1950 hasta el 15 de julio de 1952, quedando demostrado así el error del Tribunal al afirmar que no se encontraba probado este hecho, no por ello puede con-

cluirse con evidencia que la sociedad demandada continuó en el mismo giro de actividades de "Ascanio R. García & Cía.", ni que constituyeran ambas una misma empresa.

Se refiere también el recurrente al concepto emitido por el doctor Juan N. Payares, a solicitud del señor Fernando A. García, que considera demostrativo de los vínculos que existieron entre "Fernando A. García y Cía.", "Ascanio R. García & Cía." y Ascanio R. García. Pero además de que el concepto de un abogado por lo general no obliga a quien lo solicita, es de observar que las conclusiones a que llegó el doctor Payares se fundamentan en los supuestos suministrados por el propio demandante, como se deduce de la transcripción completa de los párrafos a que alude el casacionista, que son del siguiente tenor: "Según datos que el mismo Sr. Ospino dió al Ministerio del Trabajo, consta que él trabajó para la firma García & Cía. seis (6) años, esta sociedad se disolvió el 22 de enero de 1934", y "Como según los datos que da el mismo Sr. Ospino, él laboró incluyendo cinco años largos que estuvo al servicio de García y Cía., un total de 23 años, tenemos que solamente trabajó para Ascanio R. García & Cía. y Fernando A. García diez y ocho años, tiempo insuficiente para causar la pensión de jubilación".

Ni de la contestación al hecho 7º, ni de las manifestaciones hechas por Fernando A. García en la diligencia de inspección ocular, ni del concepto rendido por el abogado de la sociedad demandada, se deduce, como acaba de verse, que "Fernando A. García & Cía." haya continuado el mismo giro de negocios de las sociedades anteriores, ni que sea la misma empresa a la cual prestó sus servicios Wilfrido A. Ospino durante los veinte años que se exigen para tener derecho a la pensión de jubilación. En esta forma queda en firme el soporte del fallo del ad-quem de que no se demostraron en el juicio los vínculos de la demandada con los patronos que la precedieron, vínculos que no pueden ser otros que los que se derivan de la sustitución de patronos o de que el trabajador haya presta-

do sus servicios a una misma empresa, como lo exige el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. El hecho de que el demandante hubiese prestado servicios a "Fernando A. García y Cía." en la etapa final del período que aduce para tener derecho a la pensión de jubilación, no es suficiente para hacer de su cargo una pensión de jubilación por tiempo de servicios prestados a otros patronos, si no se ha acreditado su legitimación en causa pasiva, sea porque sustituyó a los demás patronos en los términos previstos en los artículos 67 y 69 del C. S. del T., normas que por otra parte no invoca como violadas el recurrente, quedando así incompleta la proposición jurídica, o porque se hubiese prestado los servicios a una misma empresa a pesar del cambio de patronos, aun cuando no se haya producido la sustitución, que es la modalidad contemplada en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

Las demás pruebas que el casacionista señala como apreciadas o erróneamente apreciadas se refieren al tiempo servido a los patronos que según él fueron sustituidos por la sociedad demandada. Aún de-

mostrando que los servicios se prestaron en ellos por veinte años o más, quedaría incólume el fundamento del ad-quem, de que no aparece demostrada la vinculación de "Fernando A. García" con dichos patronos. Y como no se ha acreditado que al hacer esta afirmación se hubiese incurrido por parte del fallador de segunda instancia en un notorio error de hecho, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta.

Costas a cargo del recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Hernando Franco Idarraga, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

C A S A C I O N

(Técnica)

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda.- Bogotá, once de diciembre de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Rafael Suárez Poveda).

(Acta N° 48).

Por conducto de apoderado judicial, Sofía Escobar de Rico demandó a la Sociedad "Fábrica de Café La Bastilla Limitada" para que le fuera condenada a pagarle "pensión de jubilación, con retroactividad al momento de su exigibilidad", indemnización moratoria y las costas del juicio.

Narra la demanda que la demandante trabajó al servicio de don Hipólito Londoño "a comienzos del año de mil novecientos treinta y tres (1933)"; que el primero de abril de mil novecientos cincuenta se constituyó la Sociedad "Fábrica de Café La Bastilla Limitada", a cuyo servicio continuó trabajando la demandante hasta el 16 de diciembre de 1953, cuando se retiró voluntariamente; que esta sociedad sustituyó en sus actividades a don Hipólito Londoño; que, tanto al servicio de este último como de la sociedad, la demandante laboró como empacadora de café; que, al momento de su retiro, devengaba un salario promedio de cuatrocientos pesos mensuales; que cumplió cincuenta años de edad el siete de mayo de mil novecientos sesenta y tres; que la empresa demandada tiene el capital suficiente para estar obligada al pago de la jubilación, y que se ha negado a pagarle a la extrabajadora tal prestación, a pesar de sus insistentes reclamos (fls. 6 a 8).

En derecho invocó los arts. 260, 264 y 65 del C. S. T., las leyes 77 de 1959, 171 de 1961 y el Decreto 1.611 de 1962.

Trabada la litis en legal forma, la demandada se opuso a las pretensiones del libelo inicial, negó el salario en el afirmado y, en cuanto a los demás hechos, se atuvo a los que probara en el juicio. Propuso además las excepciones de inexistencia de la obligación, pago de todas las prestaciones e indemnizaciones, compensación, prescripción, carencia de acción, "la perentoria establecida por el artículo 343 del Código de Procedimiento Civil; y todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió".

Finalmente alegó en su defensa que la demandante trabajó al servicio de don Hipólito Londoño Mesa del 18 de marzo de 1934 al 31 de marzo de 1950 y en la "Fábrica de Café La Bastilla Limitada" del 1° de abril de 1950 al 16 de diciembre de 1953, o sea un total de diecinueve años y nueve meses, por lo cual le faltarían tres meses para completar veinte años de servicios. Adujo también en su favor que en el momento del retiro de la demandante el capital de la Sociedad solamente ascendía a la suma de trescientos mil pesos (fls. 10 a 13).

El Juzgado del conocimiento, Primero del Trabajo de Medellín, en sentencia de diez de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro, absolvió a la demandada de todos los cargos formulados en el libelo de demanda.

Contra la anterior decisión recurrió en alzada la parte demandante, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, modificó la sentencia del a quo en el sentido de condenar a una pensión mensual y vitalicia de jubilación en cuantía de trescientos quince pesos mensuales "a partir del siete (7) de mayo de mil novecientos sesenta y tres (1963), en adelante", y de absolver de las restantes súplicas a la demandada.

Interpuso casación contra el fallo de segundo grado la parte demandada, recurso que, tramitado en legal forma, se procede a decidir.

EL RECURSO

Al señalar el alcance de la impugnación, pide que se "case la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín —Sala Laboral— en el juicio promovido por Sofía Escobar de Rico, contra "Fábrica de Café La Bastilla Ltda.", en cuanto la declaración demandada, hecha por el sentenciador de segunda instancia, no tiene todos los fundamentos legales y jurídicos para hacer tal pronunciamiento".

El recurrente en este aparte no expresa sus pretensiones de instancia, pero entiende la Sala que aspira a la confirmación del fallo absolutorio del a quo, pues al concluir el planteamiento del recurso manifiesta "que se case el fallo recurrido y en su lugar se absuelva a la parte demandada".

Se apoya en la causal primera de casación y endereza la crítica de la sentencia del ad-quem a través de dos "motivos" que se estudiarán separadamente.

PRIMER MOTIVO

Luego de algunas consideraciones, el recurrente lo sintetiza así:

"Cometió el H. Tribunal fallador un error de hecho al no tener en cuenta el capital que la sociedad demandada, tenía en 1953 cuando la demandante se retiró o sea en

el año de 1953, años más tarde, y al tener en cuenta sólo el que tenía en 1963. O lo cometió de derecho, entendiendo que era el capital existente en 1963 y no el de 1953 el que debía tenerse en cuenta, y en uno u otro caso, ello fue el motivo o medio que lo llevó a dar por demostrado el presupuesto esencial de tener la entidad demandada un capital no inferior a \$800.000.00 y por eso aplicó contra ella y en beneficio de la demandante, el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con el 7º de la Ley 171 de 1961 y el Decreto 236 de 1963, violando de esa manera esos textos de carácter sustantivo, lo que determina la infirmación del fallo recurrido, como lo he solicitado".

Cabe anotar que el recurrente no singulariza los medios de prueba en cuyo análisis el juzgador de instancia incurrió en el error de hecho o de derecho que pretende plantear en forma alternativa. Y es que, efectivamente, no sólo por la parte transcrita sino por el contexto del cargo, la argumentación está encaminada a demostrar que el capital que ha debido tomarse en consideración para determinar si la demandada estaba o no obligada al pago de la jubilación era el correspondiente al último año de sus servicios, y no el declarado en el año en que la trabajadora consolidó su derecho a la prestación, por haber cumplido el tiempo de servicios y la edad exigida en la ley. El haber aceptado el último es lo que, en sentir de la censura, constituye un error de hecho o de derecho.

Cabe observar, en primer lugar, que dentro de las modalidades propias de este recurso extraordinario, tanto el error de hecho como el error de derecho son nociones con entidad propia que no pueden confundirse y, menos aún, utilizarse como medios de ataque, simultánea o alternativamente, dentro del mismo cargo o "motivo", respecto del mismo aspecto probatorio. Se trata de dos medios de violación plenamente diferenciados: El primero —el error de hecho— implica conclusiones contrarias ostensiblemente a lo establecido en el juicio, por falta de apreciación de la prueba o por defectuosa apreciación de la misma; el otro

—el error de derecho— consiste en aceptar como probado un acto por un medio no solemne cuando la ley exige determinadas solemnidades para su validez o no darlo por establecido cuando así se ha hecho de manera solemne. De tal manera que, si por una parte se afirma que se incurrió en error de hecho y seguidamente se predica el error de derecho, el cargo peca por contradictorio y se aparta por eso de los presupuestos técnicos de este recurso extraordinario.

Lo anterior, que bastaría para desestimar el cargo, no obsta para que la Corte aclare que la determinación del año gravable que debe tomarse en cuenta para determinar el capital de una empresa es una cuestión de valoración legal, pues es el propio artículo 195 del C. S. T. el encargado de fijarlo. Sin el quebranto de esta última norma —ni siquiera mencionada en la censura— se haría imposible la infracción de las disposiciones que invoca el recurrente.

Se desestima el cargo.

SEGUNDO MOTIVO

Luego de algunas consideraciones sobre el haz probatorio el recurrente lo resume así:

“En síntesis, como la ley ordena: El motivo a cargo de casación se determina así: Por el error evidente de hecho en que incurrió el H. Tribunal, consistente en prescindir de los documentos reconocidos por la parte demandante, que obran al fl. 14 y 15, no tachados, ni redargüidos de falsos, el sentenciador no dió, con base en ellos, aplicación probatoria a los artículos 604, 605, 606 y 704 del C. J. y le dió a unas declaraciones ambiguas y contradictorias, no contextas en el tiempo, ni valederas ante el art. 697 ibidem. Al través de ese error, prescindió de los textos legales citados sobre pruebas, aceptando sólo el último que era improcedente y por ello violó indirectamente la Ley sustantiva, dando aplicación indebida al artículo 260 del C. S. del T. Sin el manifiesto error cometido, hubiera llegado a la misma conclusión a que llegó el ilustre sentenciador de la primera instancia, no habría aplicado el artículo 260 y habría absuelto a la parte demandada”.

Tiene dicho repetidamente la Corte que el error de hecho no es de recibo en casación sino cuando éste aparece de manera ostensible en los autos, por ser las conclusiones del sentenciador diametralmente opuestas a lo que indican las pruebas o por desconocimiento de estas últimas. Pero en manera alguna, como se pretende en el cargo, puede admitirse un error de hecho por la exclusiva consideración de que el juzgador no le otorgó a una prueba determinado valor legal, siendo así que el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo expresamente excluye la tarifa legal de pruebas y consagra la persuasión racional para los falladores de instancia.

La valoración misma de las pruebas, la prevalencia de unas sobre otras, son labores propias y privativas de las instancias y extrañas al recurso de casación que, como es bien sabido, no constituye una tercera instancia.

De otra parte, los propios documentos que el recurrente singulariza como no apreciados por el ad-quem, si lo fueron, cuando les da toda validez al afirmar: “La empresa demandada tiene la facultad consagrada en el artículo 9º de la citada Ley 171 de 1961, para deducir hasta el 5% de cada mensualidad, a cuenta de los valores que lícitamente haya recibido la actora por concepto de cesantía, como se desprende de los documentos de fls. 14 y 15” (subraya la Sala).

No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA la sentencia recurrida.

No hay lugar a condena en costas.

PUBLIQUESE, COPIESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA GACETA JUDICIAL DE LA CORTE Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Ángel García Barbosa, José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Para la Sala —se repite— el trabajador puede prescindir del patrono y demandar únicamente al beneficiario, cuando existe incuestionable la obligación solidaria, precisamente en razón de la naturaleza de ésta.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sala Plena.- Bogotá, D. E., catorce de diciembre de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Acta N° 19).

Clementina Cubides viuda de Palomino demandó, por medio de apoderado, a la sociedad García Cadena & Rivera Limitada para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se hicieran las siguientes declaraciones:

“a) La Compañía demandada está obligada a pagar a la señora Clementina Cubides v. de Palomino, madre del trabajador José Espíritu Palomino Cubides, fallecido en accidente de trabajo el primero de abril de mil novecientos sesenta y dos, en la carretera San Vicente - El Carmen - La Muñosa, cuando estaba al servicio de la misma compañía “García Cadena & Rivera Limitada”, por concepto del seguro de vida, el valor de los salarios correspondientes a 24 meses, con base en uno de nueve pesos (\$ 9.00) diarios.

“b) De la misma manera, “García Cadena & Rivera Limitada” está en la obligación de indemnizar a la misma señora Clementina Cubides v. de Palomino, por ser responsable civilmente del accidente producido por culpa grave del chofer Juan Gómez, quien trabajaba al servicio de aquella, los perjuicios morales y materiales, equivalentes éstos a un promedio de vida de Pa-

lomino Cubides igual al de 65 años, en la cuantía que se determine pericialmente, con aplicación analógica de las tablas de graduación que utilizan las compañías de seguros.

“c) De igual modo, la compañía demandada deberá pagar a la misma señora madre de Palomino Cubides, el valor de las prestaciones sociales y salarios debidos al tiempo del fallecimiento de éste.

“d) Finalmente, que la compañía demandada sea condenada al pago de las costas del juicio a que haya lugar, si se opone, así como al pago conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte de los salarios comprendidos entre la fecha de la muerte de Palomino Cubides y el día en que se efectúe el pago de las prestaciones y salarios debidos”.

En subsidio —se expresó también en el libelo— para el “caso de que pudiera prosperar una simulación de contratista independiente, en relación con Angel María Ariza, aunque su condición definida es la de intermediario, me acojo al precepto de solidaridad en el artículo 34 ibidem” (C. S. T.).

Los hechos se afirmaron así:

“Primero. José Espíritu Palomino Cubides trabajó hasta el día de su muerte acaecida el 1° de abril de 1962 al servicio de la compañía denominada “García Cadena & Rivera Limitada”, en las obras que ésta, como contratista de entidades oficiales, adelantaba en la carretera San Vicen-

te - El Carmen - La Mugrosa, de este Departamento.

“Segundo. El citado día, en momentos en que Palomino Cubides se movilizaba, en desempeño de las labores propias de su contrato de trabajo, el vehículo en que era transportado sufrió un accidente “provocado por la impericia y la embriaguez de uno de los choferes”, como lo confesó en audiencia de controversia en la Inspección Nacional del Trabajo el doctor Benjamín García Cadena representante de dicha compañía.

“Tercero. Como consecuencia de tal accidente pereció el trabajador Palomino Cubides, quien, con el fruto de su trabajo, sostenía a su madre la señora Clamentina Cubides v. de Palomino, mi poderdante, cuyas condiciones actuales son de verdadero desamparo, pues que aquél era su único hijo.

“Cuarto. Cuando falleció en dicho accidente Palomino Cubides, se le debían sus prestaciones sociales.

“Quinto. Palomino Cubides tenía, como contraprestación por sus servicios, un salario de nueve pesos (\$ 9.00) diarios, sin computar el trabajo suplementario y el de los días festivos.

“Sexto. Mi mandante, la madre del trabajador, tiene derecho a que, además de las prestaciones sociales debidas a su hijo, se le pague doble el seguro de vida por haberse ocasionado la muerte en accidente de trabajo.

“Séptimo. Pero como tal accidente se produjo por embriaguez o impericia del chofer, surge, inequívocamente, el fenómeno de la culpa grave, por cuya virtud, aparte del seguro de vida, la sociedad demandada debe pagarle a mi patrocinada todos los perjuicios causados por la muerte de su hijo, descontándose de esos perjuicios la cantidad que se pague por el seguro de vida.

“Octavo. En el acta de controversia N° 137 del 3 de abril del presente año, extendida en la Inspección Nacional del Trabajo,

de la que hice referencia, el representante de la sociedad, como pretexto para no pagar el seguro de vida, manifestó que el trabajador no figuraba en las planillas de la Compañía, sino que era dependiente del señor Angel María Ariza, con quien la compañía había celebrado un contrato para la explotación, transporte de materiales y demás, con destino a las obras que aquella firma adelantaba en la carretera de que se habla en el hecho primero, ignorando, al parecer, el representante de la sociedad, el fenómeno de la solidaridad de los patronos con los contratistas independientes, caso de que fuera cierto ese carácter del nombrado Ariza.

“Noveno. Pero, en verdad, Ariza era un intermediario de la compañía y no un trabajador independiente, pues que aunque algunos equipos figuraran como de su propiedad, lo cierto es que la compañía le suministraba, bajo su dependencia inmediata y técnica, los elementos más esenciales para el trabajo, cuales eran las zonas o terrenos en que debían explotarse los materiales destinados a las obras de la carretera, como piedras, cascajo, arena, etc., cosa que la compañía realizaba por medio de sus ingenieros técnicos.

“Décimo. Como si lo anterior fuera poco, la compañía suministraba la herramienta, el alojamiento para los trabajadores y la alimentación en los casinos de la compañía y, además, las máquinas para arreglar los caminos a los sitios de explotación de materiales, cuyos lotes eran comprados por la misma compañía a los propietarios particulares, debiendo los ingenieros de aquélla dar el visto bueno a esos mismos materiales y señalar los lugares de mayor rendimiento y mejor calidad para la explotación.

“Undécimo. Palomino Cubides, junto con su compañero Hugo Cubides, también fallecido como consecuencia del accidente de trabajo, estaban encargados de la cuadrilla de labores, compuesta de 20 y 30 hombres.

“Duodécimo. Angel María Ariza, el intermediario, hubo de venir a Bucaramanga el día anterior al del accidente a conseguir con la Compañía una volqueta para los

mismos trabajos y les dio a Palomino y a Cubides la orden de que trabajaran el día siguiente, que era festivo y que fue cuando se produjo el insuceso.

"Decimotercero. Como ya se dijo, al transcribir la afirmación del doctor Benjamín García Cadena ante la Inspección Nacional del Trabajo, el chofer que conducía la volqueta modelo 56, marca Ford, y cuyo nombre es Juan Gómez, se encontraba ebrio, era inexperto en el manejo de vehículos automotores y, al parecer, carecía de pase o de patente para el manejo".

La Compañía demandada se opuso a las pretensiones de la actora manifestando que Palomino Cubides no fue trabajador suyo, ni murió en desempeño de labores de contrato de trabajo; no ser responsable ni civil ni penalmente y no estar obligada al pago de prestaciones, salarios e indemnizaciones. En cuanto a solidaridad, que ella quedó "rota al estipularse claramente en contrato entre el señor Angel María Ariza y García Cadena & Rivera Limitada que las prestaciones sociales y salarios de los trabajadores de Ariza serían de cargo exclusivo de éste", y que "en el contrato se pactaron garantías para que Ariza responda del pago de estas prestaciones si se causaren". Señaló, además, como verdadero patrono de Palomino al mencionado Ariza y excepcionó inepta demanda.

En la primera audiencia de trámite el Juzgado del Trabajo de Bucaramanga, que fue el del conocimiento, declaró no probada esa excepción dilatoria y al resolver la instancia, en fallo de 26 de agosto de 1964, absolvió a la sociedad demandada por carecer la actora de legitimación en la causa, pues no acreditó su condición de madre legítima del trabajador fallecido.

Ante el Tribunal Superior de la dicha ciudad se suplió tal deficiencia probatoria; mas como el *ad-quem* apreciara que no hubo contrato de trabajo con García Cadena & Rivera Limitada sino con el contratista independiente Angel María Ariza, verdadero patrono a quien no se demandó debiendo haberlo sido, reformó la sentencia del a-

quo, en la suya del 19 de febrero de 1965, disponiendo:

"a) Absuélvase a la parte demandada de los cargos que le fueron formulados en su calidad de patrono, por no haberse demostrado que entre José Espíritu Palomino Cubides y la sociedad demandada hubiese existido contrato de trabajo.

"b) Declárase inhibido el Tribunal para entrar a estudiar la petición subsidiaria de fondo, respecto a la responsabilidad solidaria de la compañía demandada como beneficiaria del trabajo ejecutado por José Espíritu Palomino Cubides.

"c) Condénase a la parte actora al pago de las costas de la primera instancia. Sin costas en el recurso".

Contra el fallo anterior interpuso el recurso de casación el apoderado de la señora viuda de Palomino y habiéndosele recibido en legal forma se procede a resolverlo.

El recurrente persigue el quebranto total del fallo indicado "a objeto de que la H. Corte entre a decidir sobre lo principal del pleito y dicte en consecuencia la providencia que en derecho corresponda, con fundamento en lo alegado y probado en el juicio". Al efecto formula dos cargos que se estudiarán en su orden. No hubo escrito de oposición.

Primer cargo

Acusa "aplicación indebida del artículo 34 del C. S. T., en relación con los artículos 1.568, 1.571 y 1.579 del C. C.; violación que llevó al Tribunal a dejar de aplicar los artículos 22, 23, 24, 65, 204, 214, 293, sustituido por el artículo 11 del Decreto 617 de 1954, y 294 del C. S. T."

Al sustentarlo el recurrente expresa que, para el Tribunal, en el caso de autos no opera la solidaridad entre el contratista independiente, señor Angel María Ariza, y la sociedad demandada, en su condición de beneficiaria del trabajador, por la única razón de no haberse dirigido la demanda contra el primero o contra ambos simultá-

neamente; que de aquí —de que el libelo inicial no señalara a Ariza como opositor de la acción, en su condición de patrono— el *ad-quem* apreció que faltaba el presupuesto procesal demanda en forma, lo que le impedía entrar a estudiar en el fondo la cuestión debatida, relacionada con la solidaridad que establece el artículo 34 C. S. T., consideración del fallo impugnado que pretende tomar fundamento en otra providencia del mismo juzgador, conforme a la cual cuando se trata de deducir en juicio ordinario la dicha responsabilidad solidaria no se puede decir que existe facultad para escoger, entre los presuntos deudores solidarios, a la persona contra quien se dirige la acción, ni estos juicios en que se discute precisamente si es el caso de ordenar o no la condena solidaria son lo mismo que los ejecutivos con base en obligaciones claramente definidas y exigibles de carácter solidario, debiéndose notar que la solidaridad en casos como éste no es contractual sino legal.

Mas, para el acusador, este aspecto de la controversia, atinente a la legitimación en causa y no al impropriamente llamado presupuesto procesal demanda en forma, había sido objeto de especial y previo pronunciamiento en la primera audiencia de trámite, al estudiar el *a-quo* la excepción dilatoria de inepta demanda, decidiéndosele en forma adversa al demandado, quien no interpuso recurso alguno y se conformó con lo resuelto, no pudiendo el Tribunal volver sobre el mismo. Además de que la exigencia del *ad-quem* en el sentido de que es forzoso demandar a todos los deudores solidarios pugna con el principio de la solidaridad y ni la ley ni la jurisprudencia han configurado esa litis consorcio necesaria.

Acerca de este último asunto el impugnador alega que puede existir una litis consorcio voluntaria si así lo quiere el acreedor, o si uno o varios de los deudores solidarios prestan su intervención adhesiva, pero que en ningún caso se debe pretender que el actor dirija su demanda contra todos, involucrando al contratista independiente y al dueño de la obra, pues ello rompe el principio de la solidaridad, que

en el derecho laboral otorga protección al trabajador frente a la insolvencia del contratista independiente; que los presupuestos de la acción incoada con base en el artículo 34 C. S. T. han sido señalados por la jurisprudencia en dos relaciones jurídicas, así: una entre la persona que encarga la ejecución de una obra o labor y la persona que la realiza, y otra, entre quien se cumple el trabajo y los colaboradores que para tal fin utiliza, y que tales presupuestos, a que se remite la propia sentencia, se cumplieron en el *sub-lite* en concepto del Tribunal, conforme a las probanzas. Por todo lo cual —concluye el acusador— “si el Tribunal reconoce la existencia de los dos contratos y su relación íntima, forzosamente debió dar aplicación a la norma contenida en el artículo 34 del C. S. del T., relacionada con los principios que gobiernan la solidaridad en los artículos 1.568, 1.571 y 1.579 del C. C., sin exigir la comparecencia al juicio del contratista independiente como deudor solidario”; “la demanda podía dirigirse exclusivamente contra la sociedad responsable del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones”, y “la indebida aplicación al caso *sub-lite* del artículo 34 del C. S. del T. determinó la no aplicación de las disposiciones que regulan la indemnización por muerte del trabajador y por mora en el pago de la misma indemnización, y que se citan en el encabezamiento del presente cargo”.

SE CONSIDERA:

Claramente se observa, del ataque reseñado, que él versa sobre el ordenamiento segundo del fallo recurrido, por el que el Tribunal se declaró inhibido “para entrar a estudiar la petición subsidiaria de fondo”, sobre “responsabilidad solidaria de la compañía demandada como beneficiaria del trabajo ejecutado por José Espíritu Palomino Cubides”. Así aparece de su planteamiento y de su desarrollo, los cuales en ningún momento se refieren a la absolución de la demandada en su calidad de patrono, decisión de mérito que el cargo no pretende violadora de la ley.

Ahora bien: del fallo inhibitorio —y tal

es el ordenamiento en cuestión— tiene explicado la jurisprudencia que no es susceptible del recurso de casación por cuanto la ley restringe éste al que resuelve en el fondo la cuestión litigiosa. Y el inhibitorio precisamente lo es porque la falta de un determinado requisito procesal impide el pronunciamiento definitivo.

Sin embargo, alega el acusador que el aspecto de ese carácter fue decidido por el a-quo en la primera audiencia de trámite, al declarar no probada la excepción dilatoria de inepta demanda, declaración que no fue recurrida por la compañía demandada y quedó en firme, no pudiendo el Tribunal volver sobre dicho asunto.

Acerca de lo anterior anota la Sala que el Juez dictó aquella resolución por cuanto estimó que lo excepcionado se fundamentó en que la sociedad no tenía por qué responder de la acción instaurada, esto es, en que se trataba de persona distinta de la obligada a responder no en el sentido meramente formal del ordinal 2º del artículo 333 del C. J. sino en el de fondo que debe resolverse en el fallo mismo, por lo cual la declaración correspondiente solo se refirió al aspecto dilatorio del citado precepto. Mas el Tribunal apreció un impedimento procesal distinto: el de que la acción de solidaridad no podía ejercitarse en la forma como lo fue, es decir, únicamente contra el beneficiario o dueño de la obra que se señala como deudor solidario, excluyendo al contratista independiente como patrono sujeto necesario de la relación jurídico procesal, y tal impedimento lo estimó como requisito para poder estudiar el fondo de la acción subsidiaria del libelo inicial, con lo cual su decisión sobre la falta del presupuesto procesal demanda en forma tiene ciertamente este carácter, y no el de definición de la titularidad pasiva de la compañía demandada que fue asunto no resuelto en el fondo, en forma expresa, debido a aquel impedimento procedimental.

En tales condiciones la resolución judicial sobre la acción subsidiaria fue inhibitoria, y no recibió definición sustancial que

haga tránsito a cosa juzgada; la sentencia en este punto no tiene carácter definitivo, pues no constituye absolución, y no es susceptible del recurso extraordinario.

Con todo, la Sala estima indispensable fijar su criterio acerca de la procedibilidad de la acción solidaria en el proceso del trabajo, en atención a las varias razones en que discrepan el fallador y el impugnante y a la importancia del tema, tratado, por otra parte, de modo distinto en providencias anteriores de la Corporación.

El artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo establece una responsabilidad solidaria entre el contratista independiente y el dueño o beneficiario de la obra —a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio— respecto del valor de los salarios y de las prestaciones o indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores. Fenómenos semejantes acontecen en la sustitución patronal entre el antiguo y el nuevo patrono, en las sociedades de personas entre éstas y sus miembros y entre los condueños y comuneros de una misma empresa, conforme a los artículos 69 y 36 C. S. T. respectivamente, y en todos ellos el propósito del legislador es el de una mayor protección al trabajador, de modo especial frente a eventuales insolvencias del respectivo patrono. La solidaridad legal, en estos casos, instituye a sus sujetos en verdaderos deudores y no simplemente a unos en fiadores de los otros, como en forma equivocada se estimó por la Corte, en algún proveído, al calificar al beneficiario de la obra respecto del contratista independiente (Sentencia de 23 de agosto de 1965. Hall Ellis contra Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero).

La dicha obligación solidaria implica que el acreedor —el trabajador en el caso laboral— puede exigir su derecho de todos los deudores solidarios conjuntamente o de cualquiera de ellos a su arbitrio, pues cada uno de éstos lo es *in solidum*, a términos de la doctrina y de los textos 1.568 y siguientes del Título 9º del Libro 4º del Código Civil. Requerir, por lo tanto, cuando

se trata de deudores solidarios, que la acción se instaure contra todos ellos, descalificándola si se la dirige tan solo contra uno, es desconocer, en lo sustancial, la naturaleza de la obligación solidaria y es crear, en lo procesal, una litis consorcio necesaria entre sujetos que no la determinan así por su condición propia de verdaderos deudores.

Mas ha de fijarse atención en que el concepto anterior se predica de deudores solidarios, verdaderamente tales, frente a obligaciones así establecidas; lo que quiere decir que no puede sostenérsele cuando no existe la obligación solidaria o se la discute en juicio, porque entonces los sujetos no son deudores *in solidum* o no se les ha declarado o reconocido como tales, y mientras no tengan tal carácter no puede demandárseles indistintamente o, mejor, respecto del *sub-lite*, no es procedente la demanda tan solo contra el beneficiario mientras no exista o no se declare la obligación del patrono por la que aquél deba, en su caso, responder solidariamente, es decir, por tratarse de sus actividades normales.

Y es que la obligación en examen, por sus modalidades de ley y por su finalidad, emerge, como se ha precisado bien por la jurisprudencia, y con la salvedad apuntada, de la doble relación entre el trabajador y el contratista independiente y entre éste y el beneficiario o dueño de la obra. Pero, además, de que por la primera, exista la obligación laboral pretendida, la cual debe ser cierta y no puede deducirse en juicio en que no sea parte su sujeto pasivo. De ahí que si la tal obligación primera no existe o no se la ha reconocido incuestionablemente, la acción contra el beneficiario, como deudor *in solidum*, requiere, en este caso sí, mas sin la generalización con que se la ha afirmado, demanda también contra el patrono o pretenso patrono porque la obligación de aquel beneficiario solo existe, en su totalidad y dentro de las condiciones de ley, en estableciéndose la primera. Lo cual obviamente no es necesario cuando ya existe la dicha obligación, por reconocimiento directo del patrono —acta de conciliación, confesión, documento que

la contenga en forma expresa, clara y exigible— o por establecimiento en juicio anterior.

Por todo lo expresado conviene precisar las distintas situaciones:

a) El trabajador puede demandar sólo al contratista independiente, patrono suyo, caso que no ofrece dificultad por cuanto no pretende solidaridad de nadie, ni a nadie más vincula a la litis. El asunto se resuelve entre los sujetos propios de ésta y en el supuesto de fallo condenatorio que haya de cumplirse coercitivamente, la ejecución procederá únicamente contra el patrono obligado.

b) El trabajador puede demandar conjuntamente al contratista patrono y al beneficiario o dueño de la obra, como deudores solidarios. Tampoco se exhiben aquí dificultades procesales, porque la ley autoriza esta litis consorcio, los sujetos pasivos ejercitan el derecho de defensa, hay posibilidad para que todos controviertan la doble relación entre demandante y patrono, entre éste y el beneficiario, las condiciones en el último para la solidaridad y la obligación del contratista por la que el dueño deba responder *in solidum*. La ejecución, en su caso, procede contra cualquiera de ellos o contra ambos conjuntamente, y

c) El trabajador puede demandar solamente al beneficiario, como deudor solidario, si la obligación del verdadero patrono existe en forma clara, expresa y actualmente exigible, por reconocimiento incuestionable de éste o porque se la haya deducido en juicio anterior adelantado tan solo contra el mismo.

Esta es la hipótesis que muestra equivocadas las tesis absolutas de que la demanda, cuando se invoca solidaridad laboral, debe dirigirse siempre contra los deudores solidarios conjuntamente —contratista independiente y beneficiario—, sin que pueda excluirse nunca al verdadero patrono, y su opuesta de que, en todo caso, se puede prescindir del patrono como sujeto pasivo de la relación jurídico procesal y demandar tan solo al beneficiario o dueño de la obra.

Para la Sala —se repite— el trabajador puede prescindir del patrono y demandar únicamente al beneficiario, cuando existe incuestionable la obligación solidaria, precisamente en razón de la naturaleza de ésta y por las razones y en la forma explicadas.

Se rectifica, por lo tanto, la jurisprudencia que reclamaba siempre la demanda conjunta, para todos los casos.

En cuanto al juicio ejecutivo para esta hipótesis c) es obvio que procederá con base en sentencia de condena. Como lo es también que no procede, por falta del título debido, en caso de sentencia tan solo contra el patrono o de cualquier otro documento que no provenga del propio beneficiario.

En el juicio a que se refiere el presente recurso, se demandó solamente a la sociedad García Cadena & Rivera Limitada como patrono, en acción principal; en subsidio, como beneficiaria de la obra, en caso de que el patrono lo hubiese sido Angel María Ariza como contratista independiente, en virtud de la solidaridad del artículo 34 C. S. T. La litis no tuvo al mencionado Ariza como sujeto pasivo en la relación procesal. No prosperó aquella acción primera y el cargo, como se ha visto, no impugna la absolución correspondiente del Tribunal.

En cuanto a la acción subsidiaria se ha explicado su improcedencia, a juicio de la Corte. No por la razón del *ad-quem*, que la fundó en la necesidad de que en todo caso debe demandarse conjuntamente al beneficiario y al contratista independiente. Sino por la expuesta de que solo se puede excluir al verdadero patrono cuando la obligación solidaria existe incuestionablemente. Y en el *sub-lite* ni se encontraba ya establecida la obligación patronal del contratista independiente ni el fallo la declaró, como no podía declararla en ausencia de su sujeto pasivo. Ciertamente que el Tribunal apreció un contrato laboral entre Ariza y Palomino Cubides, pero ningún derecho dedujo de él, lo cual es distinto y, además, es necesario para juzgar después acerca de

la solidaridad del beneficiario. Y en todo caso, el ordenamiento cuestionado no produce cosa juzgada sustancial y no es susceptible del recurso de casación.

Segundo cargo

Acusa violación indirecta de los artículos 216 y 218 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los textos 2.341, 2.344, 2.345, 2.347 y 2.356 C. C., “determinada por errónea apreciación de la prueba”.

Manifiesta el acusador que en el libelo inicial se pidió también el pago de los perjuicios morales y materiales ocasionados a la demandante, en su condición de madre legítima del trabajador fallecido, por causa de la muerte accidental, y que esta petición tiene amplio fundamento en las pruebas aportadas al juicio y en las disposiciones legales que regulan la responsabilidad civil por el hecho ajeno y en la muy copiosa jurisprudencia referente a la presunción de culpabilidad de quien ejerce una actividad peligrosa. Y agrega:

“En efecto, se tiene el siguiente material probatorio:

“a) Partida de defunción de José Espíritu Palomino (f. 2 C. 1).

“b) Acta de controversia N° 133 en donde aparece la manifestación del contratista Angel María Ariza sobre la causa de la muerte del trabajador Palomino Cubides ‘al volcarse una camioneta o volquete que estaba al servicio de la Compañía’ (f. 28 vto.).

“c) Certificado del Inspector de Policía y Tránsito de San Vicente (Santander), sobre el acaecimiento del accidente y la muerte de José Espíritu Palomino, según se constató en la diligencia cumplida el 2 de abril de 1962 (f. 31).

“d) Declaración de Angel María Ariza (f. 34.C. 1).

“e) Dictamen pericial rendido por el Dr. Jorge Orduz Ardila (f. 53 C. 1).

"Es abundante, como se dijo, la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en punto a la responsabilidad por el hecho ajeno, y la presunción de culpa en quienes ejercitan actividades peligrosas. Ante expresos textos de nuestra ley positiva el esfuerzo de interpretación jurisprudencial, ha sido relativamente más sencillo que en el derecho francés. Nuestro Código Civil dedica el Título 34 del Libro 4º a consagrar la responsabilidad común por los delitos y las culpas. Y la jurisprudencia reiterada le ha dado a los textos legales fructífera aplicación. Tales disposiciones tienen también aplicación en el derecho laboral, por mandato expreso del artículo 216 del C. S. del T.

"Si en el caso de autos, la causa de la muerte del trabajador fue el accidente acaecido en una actividad peligrosa, existe la presunción de culpabilidad, y por ende la obligación de indemnizar el daño".

Transcribe, además, el recurrente varios pasajes jurisprudenciales que estima pertinentes y concluye que el sentenciador incurrió en ostensible violación de la ley al no estimar las pruebas antes reseñadas, que acreditan la existencia de los presupuestos de la responsabilidad y sus consecuencias", como son las pruebas sobre el accidente y su valoración pericial en cuanto a perjuicios de orden moral y material". Finalmente que "cuando el art. 216 del C. S. del T. habla de culpa, y existe presunción de culpabilidad, es imperativo para el fallador fulminar una sentencia condenatoria".

SE CONSIDERA

Este ataque no se ocupa del tema de la solidaridad estudiado con ocasión del anterior. Se entiende entonces que el acusador no vuelve sobre el ordenamiento inhibitorio de la sentencia del ad-quem. Mas acerca de la absolución que se produjo en la otra resolución judicial —primero del

fallo del Tribunal— aparece que ella se fundamentó en la inexistencia de un contrato laboral entre la sociedad demandada y el trabajador fallecido. Y el cargo no afirma violación de ley por razón de este soporte fundamental, ni, en verdad, a pesar de la vía que escogió y de las pruebas que destaca, no señala, y menos demuestra, la comisión de ningún error de hecho o de derecho en la apreciación de las probanzas.

Las citas de los artículos 216 y 218 C. S. T. refieren la acusación a la culpa patronal conforme a los hechos del libelo que inició la litis; pero nada puede estudiarse acerca de ella mientras no se compruebe la base indispensable de un contrato de trabajo entre Palomino Cubides y la sociedad demandada. Y de otra parte resalta la impertinencia de los textos civiles sobre "responsabilidad común por los delitos y las culpas" porque ni la acción los tuvo por fundamento, ni ellos fueron aplicados, ni podían serlo, por los falladores laborales del sub-lite.

Debe rechazarse el cargo, en consecuencia.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas, porque no aparecen causadas.

PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, COPIESE, INSERTESE EN LA GACETA JUDICIAL Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



AUXILIO DE CESANTIA
(Pérdida del Derecho)

Para que el patrono pueda ejercer la facultad de retener el auxilio de cesantía cuando el contrato de trabajo termina en los casos del literal a) del artículo 250 del C. S. del T., es necesario que invoque a la terminación del contrato dicha causal y que presente la correspondiente denuncia penal.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera.— Bogotá, diciembre quince (15) de mil novecientos setenta.

(Ponente: Abogado Asistente doctor José Eduardo Gnecco Correa).

(Acta N° 83).

Raúl Sánchez Sánchez, mayor y vecino de Barranquilla, demandó por medio de apoderado a "Delbar & Cía. Ltda.", representada por Léopoldo Delgado Barreneche, para que previos los trámites correspondientes se la condene a pagarle auxilio de cesantía por el tiempo trabajado así como también por el término que debió durar el contrato de trabajo; salarios correspondientes al tiempo faltante para el vencimiento del término del contrato; el valor de un día de trabajo por cada día de retardo en el cumplimiento de sus obligaciones patronales; prima de servicios correspondientes al segundo semestre de mil novecientos cincuenta y ocho; pasajes de ida y regreso de Barranquilla a Valledupar; perjuicios morales y materiales derivados de incumplimiento del término del contrato; subsidio familiar; las costas del juicio y los intereses legales.

Relata la demanda que Raúl Sánchez Sánchez trabajó al servicio de "Delbar & Cía. Ltda." como administrador del Servicentro de la misma en Valledupar, desde el 8 de julio de 1958 hasta el 10 de noviembre del mismo año, cuando fue despedido unilateral, injusta e intempestivamente, sin que se le hubiesen pagado los salarios, presta-

ciones sociales, indemnizaciones y perjuicios que reclama, ni se le diera el preaviso que ordena la Ley. Devengó un salario de \$ 500.00 mensuales, discriminado así: sueldo básico \$ 350.00 y \$ 150.00 por participaciones y bonificaciones. El trabajador vivía permanentemente en Barranquilla y allí se le contrató para prestar los servicios en Valledupar.

Al contestar la demanda, el apoderado de "Delbar & Cía. Ltda." aceptó la existencia de un contrato de trabajo escrito y la prestación de servicios desde el diez y seis de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho hasta el nueve de noviembre del mismo año, fecha en la cual fue retirado por haber cometido el delito de abuso de confianza al apropiarse la suma de \$ 9.454.16, por lo cual no se le canceló el valor del auxilio de cesantía. Se opuso a las peticiones de la demanda.

En la primera audiencia de trámite el apoderado del demandante corrigió la demanda, incluyendo como nuevo demandado al señor Leopoldo Delgado Barreneche y pidiendo que se condenara a los demandados a pagar a Raúl Sánchez Sánchez perjuicios objetivados en cuantía superior a \$ 10.000.00 y perjuicios subjetivados en cuantía igual a los dos mil pesos, que le fueron causados en virtud de la denuncia penal presentada contra él por Leopoldo Delgado Barreneche como representante de la sociedad "Delbar & Cía. Ltda."

El nuevo demandado dió contestación a la demanda con los mismos fundamentos presentados por "Delbar & Cía. Ltda."

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento dictó sentencia por medio de la cual condenó a la sociedad "Delbar & Cía. Ltda." a pagar a Raúl Sánchez la suma de doce mil quinientos noventa y un pesos con 68/100 (\$ 12.591.68) por concepto de indemnización moratoria desde el día nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho hasta noviembre 12 de mil novecientos sesenta; declaró fundada la retención del auxilio de cesantía por valor de ciento veinte pesos con 68/100 hecha por la sociedad demandada, pero solamente desde el 12 de noviembre de 1960 en adelante y hasta cuando la justicia penal falle; absolvió a "Delbar & Cía. Limitada" de los demás cargos de la demanda;; absolvió a Leopoldo Delgado Barreneche de todos los cargos y condenó en costas a ambas partes, que interpusieron el recurso de apelación.

El Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Civil y Laboral, al decidir la alzada revocó la condena por indemnización moratoria y en su lugar absolvió a "Delbar & Cía. Ltda." de esta petición; confirmó el fallo de primer grado en todo lo demás y condenó en costas al actor.

Recurrió en casación la parte demandante. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala, se decidirá previo el estudio de la demanda respectiva y de la correspondiente réplica del opositor.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Pretende "Que la H. Sala, obrando como tribunal de instancia revoque totalmente la sentencia acusada en el presente recurso extraordinario y en su lugar confirme la de primera instancia folios 95 a 110, en la siguiente forma:

1º. Que se confirme el numeral primero (1º) de dicha sentencia de primera instancia, tal como aparece decidido por el a quo;

2º Que se condene a la Empresa demandada al pago de la suma de CIENTO VEINTE PESOS SESENTA Y OCHO CENTAVOS

(\$ 120.68) M. C., por concepto de auxilio de cesantía por haber trabajado el actor al servicio de aquélla desde el 16 de agosto de 1958 al 9 de noviembre del mismo año, si el fallo definitivo de las autoridades penales que conocen del supuesto delito de abuso de confianza, es absolutorio para el actor; o si se profiere sobreseimiento definitivo, por cualquier causa legal.

3º. Que se revoque el numeral (4º) de la sentencia del a quo, por cuanto que el Sr. Leopoldo Delgado Barreneche, no ha sido demandado en la presente litis como persona natural propiamente dicha, si no como representante legal de la persona jurídica demandada, y,

4º. Confirmar la revocatoria del ad-quem en los demás puntos de la sentencia que hizo de la primera instancia".

Aun cuando la formulación del alcance de la impugnación no se ajusta estrictamente a la técnica, entiende la Sala que se pide el quebrantamiento total del fallo recurrido y que en función de instancia se tomen las decisiones que se impetran en relación con el fallo de primer grado.

Con base en la causal primera de casación formula el recurrente el siguiente cargo:

"Cargo Unico. Primera causal del art. 87 del C. P. T., por violación indirecta o de medio en que incurrió el ad-quem, originada por error evidente de hecho, al haber estimado equivocadamente las siguientes pruebas: a) Acta de faltantes - folio 53; b) declaración judicial de Carlos Campo, folio 82 y c) Declaración de Aquiles Ponzón Jiménez y por haber dejado de estimar el oficio número 30 de fecha 1º de febrero de 1962 originario del Juzgado 1º Superior en lo Penal de Santa Marta, folio 51; actitudes éstas del ad-quem que trajeron como consecuencia obligada la aludida violación indirecta y la cual aparece a primera vista y que implica la infracción de las siguientes disposiciones sustantivas de carácter laboral, Arts. 1º, 2º, 3º, 13, 14, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 27, 28, 37, 39, 43, 45, 48, 55, 57, 58, 59, 60, 62, 63, 64, 65, 66, 127, a 157, 249 a 258 del C. S. T.".

Dice el recurrente que no aparece prueba de que la demandada invocó la cláusula de reserva al terminar el contrato de trabajo, y que si así no lo hizo, ha debido invocar la causal específica de terminación, que para ella fue el supuesto abuso de confianza; y como no fue alegada oportunamente no le sirve para ningún efecto legal ni contractual presentado con posterioridad a la terminación del contrato, se pregunta si hay buena fe de la demandada cuando dos años después de haber despedido al trabajador por el delito de abuso de confianza presenta la denuncia penal por ese delito, precisamente pocos días después de haberle sido notificada la demanda, siendo necesario presentarla a la terminación del contrato para que pudiera justificar la retención del auxilio de cesantía. Se refiere a las decisiones del juez de primera instancia y del de segunda y dice que la primera es más jurídica, pues el ad-quem, al suponer la pérdida total del auxilio de cesantía, olvidó que "el fallo no puede ser definitivo porque hay que esperarse a una de dos cosas: 1º) No fallar y esperar hasta que se sepa en definitiva qué ocurrió con la acción penal previamente presentada y 2º) Que es la más jurídica, hacer o decretar la condena de tal prestación condicionada a las resueltas de la acción penal" como lo establece el último inciso del artículo 250 del C. S. del T., pues si el patrono puede abstenerse hasta que la justicia decida, en este caso lo penal, la justicia laboral debe dictar un fallo en sentido condicional ajustándose a tal disposición, porque si la justicia penal absuelve al trabajador, éste quedaría completamente desamparado si la acción penal era temeraria o no tenía fundamento alguno, no pudiendo intentarse nuevamente la acción laboral, porque el patrono propondría la excepción de cosa juzgada.

Sostiene el casacionista que la violación del artículo 65 es patente, pues las declaraciones de Carlos Campo y Aquiles Ponzón no tienen fuerza para justificar la pérdida total del auxilio de cesantía y sólo servirían en escasa medida para que el patrono retuviera dicha prestación, que es cosa distinta y que depende del juez penal.

Agrega que la demandada eludió presentar los documentos necesarios en la inspección ocular; que presentó el "acta de faltantes", pero no adujo el acta por medio de la cual se le hizo entrega a un empleado de manejo como lo era el actor; que no se le dió a éste la oportunidad de presentar sus descargos y que el acta de faltantes tiene fecha posterior al despido, pues éste se produjo el nueve de noviembre de 1958 y aquélla está fechada el veintiocho del mismo mes y año, y que no puede considerarse como buena fe el que se hubiera presentado denuncia penal dos años después de producirse el despido.

Por último, dice el recurrente que no es cierto que el trabajador se hubiera declarado confeso de un delito, ni tampoco deudor por la suma que el acta de faltantes totaliza y que los dos testimonios que se adujeron para configurar el delito de abuso de confianza, no pueden tener la virtud de sentencia penal contra el trabajador para que se absuelva a la demandada del pago condicional de la cesantía, anticipándose a dejar sin efectos la sentencia del juez penal que ha de dictarse algún día.

SE CONSIDERA:

No precisa el recurrente los errores de hecho en los cuales considera se incurrió en el fallo de segunda instancia. Pero de los argumentos expuestos en la acusación, concluye la Sala que le atribuye al ad-quem haber dado por demostrado, sin estarlo, que el trabajador confesó el delito de abuso de confianza que dió origen a la terminación del contrato y que el patrono obró de buena fe al no pagar el auxilio de cesantía.

El casacionista hace derivar la existencia del error de hecho de la estimación equivocada del acta de faltantes y de los testimonios de Carlos Campo y Aquiles Ponzón Jiménez. Sin embargo, para demostrar el error de hecho se limita a decir lo siguiente: "no es que el actor se hubiera declarado confeso de un delito al haber suscrito el acta de faltantes; lo que ese documento indica ante la ausencia, hasta el

momento de un fallo penal sobre la misma causa es que se produjo una glosa a un empleado de manejo; pero nada más. Tampoco es que se hubiera declarado deudor por la suma que la misma acta totaliza. En manera alguna. Tal documento es materia de ser desvirtuado en un aspecto o en todos los descargos que el actor hubiera podido aducir y para lo cual no se le dió oportunidad. Ahí estriba precisamente la errónea interpretación o apreciación de tal prueba por parte del ad-quem. Los dos testimonios que aduce, a manera de acusación al actor, para configurar el delito de abuso de confianza, tampoco pueden tener la virtud de sentencia penal contra el actor para que el ad-quem absuelva en forma anticipada a la demandada del pago condicional de la cesantía en estos casos y se anticipe del mismo ad-quem a dejar sin efectos la sentencia del juez penal que tiene que dictarse algún día aun por razones de aplicación del manido Art. 153 del C. P. P. Esto es lo jurídico; esto es lo lógico. El ad-quem no cayó en cuenta que el caso que le correspondió es un caso en que puede proferir una sentencia que vaya a dejar sin efectos una penal por la misma causa o la haga nugatoria en sus efectos. La decisión del ad-quem en la sentencia acusada es una injuria al derecho en sus normas de aplicación e interpretación más elementales".

Es decir, que el recurrente no indica cuáles fueron los juicios errados por fallas críticas o por inadecuada aplicación de las reglas lógicas o principios científicos en que incurrió el ad-quem al apreciar las pruebas, sino que simplemente afirma que de ellas se desprende todo lo contrario de lo que encontró probado el fallador de segunda instancia, oponiendo así su personal criterio al de éste, sin que establezca "mediante un proceso de razonamiento la ostensible contradicción entre el defecto valorativo de la prueba y la realidad procesal". Por esta omisión se le imposibilita a la Corte deducir el error evidente a través del cual se viola indirectamente la Ley. No habiéndose demostrado que el Tribunal incurrió en un manifiesto error de hecho, el cargo no prospera.

A pesar de la no prosperidad de la acu-

sación, la Sala, con el fin de cumplir su función de unificar la jurisprudencia, rectificará la interpretación que el Tribunal de Santa Marta dió en el fallo recurrido al artículo 250 del C. S. del T., aspecto este no tocado por el casacionista.

Dicen así los conceptos objeto de crítica: "En alguna Jurisprudencia se ha sostenido que el patrono debe inmediatamente presentar la denuncia del caso porque, si así no lo hace, se hace acreedor a la sanción que se denomina salarios caídos". Esta Sala aprecia el alcance de dicha jurisprudencia, pero quiere agregar que tal sanción no es posible cuando el trabajador ha reconocido expresamente que cometió el ilícito que se le imputa, y que ello basta para que se le dé la pérdida del derecho de cesantía. La averiguación, la denuncia, es para cuando el trabajador no reconoce su falta y se impone establecerla por conducto de la autoridad competente. Y en delitos simples como este, de apropiación del producto de unas ventas, no hay prueba más completa y diciente que la misma confesión de aquel. "Si el actor cometió acto delictuoso contra el patrono, acto reconocido por él y del cual también dan fé testigos idóneos, lógico que no puede reclamar el auxilio de cesantía que se pone en la demanda. No era menester presentar el denuncia correspondiente porque para el efecto de la pérdida de tal derecho basta el reconocimiento y comprobación del delito, sin que sea indispensable la sanción penal correspondiente. Puede un patrono, por cualquier causa, guardar al trabajador la consideración del caso para que no vaya a la cárcel, y para sus intereses le basta únicamente el reconocimiento del ilícito cometido. No prospera, pues, este extremo de la demanda. Siguiendo este criterio, criterio que se basa en hechos reconocidos, se impone concluir que nada se debe por lucro cesante y salarios caídos. El contrato se rompió por justa causa y la sanción de mora no cabe porque el trabajador reconoció haber cometido el ilícito imputado. Y lógico es suponer que ésta fue la causa invocada y no otra, notificación que podía hacerse verbalmente porque el artículo 66 del Código Sustantivo del

Trabajo no prescribe procedimiento preciso a seguir sobre el particular”.

El artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo establece la pérdida para el trabajador del derecho a su auxilio de cesantía cuando el contrato termina por alguna de las causas que taxativamente en él se expresan. En el inciso 2º dispone que en estos casos el patrono puede abstenerse de efectuar el pago correspondiente hasta que la justicia decida, o sea que consagra una especie de derecho de retención sobre el auxilio de cesantía, que cesa cuando la justicia ha decidido si existe o no la causal invocada, pues en el primer evento el trabajador pierde su derecho al auxilio de cesantía, por lo cual el patrono deja de retener su valor al quedar exonerado de la obligación de pagarlo; y en el segundo, surge para el trabajador el derecho a percibir la prestación que se encontraba retenida en razón de la causal invocada para terminar el contrato de trabajo.

Cuando se trata de un acto delictuoso cometido contra el patrono o sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad o el personal directivo de la empresa, además de que la causal debe invocarse a la terminación del contrato, el patrono, para poder ejercer el derecho de retención del auxilio de cesantía, debe presentar la correspondiente denuncia penal, no en cualquier momento, sino a la terminación del contrato, como lo ha sostenido la jurisprudencia reiterada de esta corporación. La razón es muy sencilla: si es a la terminación del contrato cuando nace la exigibilidad del auxilio de cesantía, el patrono para poder abstenerse de su pago, debe acreditar la facultad para retenerlo, y mediante la prueba de que presentó la denuncia ante el Juez Penal, quien es el encargado de decidir si existió o no delito.

Porque yerra gravemente el Tribunal Superior al afirmar que el Juez Laboral puede calificar un acto como delictuoso o no, que no otra cosa dice cuando expresa que si el trabajador confesó el hecho o se encuentra demostrado con testigos, no es necesario presentar la denuncia penal. Afirmación que

implica desconocimiento de las esferas de competencia de cada una de las jurisdicciones establecidas en la ley. Como lo dijo esta Corporación en sentencia de 9 de julio de 1960, Gaceta Judicial Tomo XCIII, Nos. 2.228 - 2.229, página 348, “No debe olvidarse que las diferentes formas específicas de delitos las consagra el Código Penal y para enjuiciar la responsabilidad por tal clase de hechos existe el Código de Procedimiento Penal. De donde resulta obvio que la jurisdicción del trabajo no tiene atribución alguna para resolver sobre ese orden de infracciones legales. Los actos considerados delictuosos solo puede juzgarlos la justicia penal porque a ella está atribuido privativamente el conocimiento de esos hechos. El juzgador laboral al ceñirse a su fuero y respetar el de la jurisdicción penal no hace otra cosa que cumplir estrictamente con el precepto de la Carta que ordena: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio” (artículo 26 de la Constitución Nacional). Por las consideraciones anteriores, es lógico entender que la jurisdicción del trabajo no puede resolver, directa o indirectamente, si en verdad el trabajador ha incurrido en el hecho delictuoso que el patrono le imputa. La única autoridad con poder para dilucidar un problema de tal índole es el funcionario penal, quien debe juzgar al sindicado con la ‘plenitud de las formas propias de cada juicio’. Queda descartado, pues, el juzgamiento por la justicia laboral de los cargos delictuosos que el patrono le formule al trabajador”.

La Corte reitera esta jurisprudencia por considerarla ajustada al espíritu y letra del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y a nuestra organización judicial.

En síntesis: Para que el patrono pueda ejercer la facultad de retener el auxilio de cesantía cuando el contrato de trabajo termina en los casos del literal a) del artículo 250 del C. S. del T., es necesario que invoque a la terminación del contrato dicha causal y que presente la correspondiente denuncia penal. El Trabajador pierde el de-

recho al auxilio de cesantía cuando la justicia, que no es otra que la jurisdicción penal, encuentra demostrado el hecho delictuoso, caso en el cual el patrono queda exonerado de pagar la prestación. Por el contrario la facultad de retener del patrono cesa cuando la justicia penal no encuentra demostrado el delito, pues entonces se hace exigible para el trabajador el derecho al auxilio de cesantía.

Aun cuando el recurso no prosperó, no habrá condenación en costas, porque permitió a la Corporación rectificar la jurisprudencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta contenida en el fallo recurrido.

En mérito de lo expuesto, la Corte Su-

prema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta.

Sin costas en el recurso.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA "GACETA JUDICIAL" Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar, Guillermo López Guerra, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



SALARIO

Si el suministro gratuito de alimentación constituye por definición legal, salario en especie, no se ve por qué el suministro de alimentación a bajo precio no lo ha de constituir en cuanto ese precio menor favorece económicamente al asalariado.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera.- Bogotá, D. E., diciembre quince de mil novecientos setenta.

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina).

(Acta N° 85).

Esta sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la Compañía Frutera de Sevilla contra la sentencia de 5 de octubre de 1967, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil Laboral, en el juicio seguido por Juan Ramón Sánchez contra la recurrente.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, Juan R. Sánchez, mayor de edad y vecino de Santa Marta, identificado con cédula de ciudadanía N° 4.975.859 expedida en la misma ciudad, demandó a la Compañía Frutera de Sevilla, sociedad anónima, domiciliada en Estados Unidos de Norte América, representada por el doctor Carlos Gámez Dávila, para que fuese condenada al pago de pensión plena de jubilación o a la pensión especial después de quince años de servicios, a cesantía, primas de servicios, vacaciones, lucro cesante, preaviso e indemnización por mora; solicitó expresamente que para el cálculo de las condenaciones se tuvieran en cuenta además del salario en dinero, el valor del alojamiento y el salario en especie; pidió también que se fallara ultra y extra petita y que se condenara a las costas del juicio.

La demanda se apoyó en los siguientes hechos: 1°) Que el demandante prestó servicios en el Departamento de Mercancías, a la United Fruit Company desde el 1° de febrero de 1927 hasta el 1° de agosto de 1929, a la Magdalena Fruit Company desde el 1° de julio de 1934 hasta el 31 de mayo de 1942, y a la Compañía Frutera de Sevilla desde el 1° de febrero de 1949 hasta el 30 de septiembre de 1961; 2°) Que durante el último año de servicios devengó salario mensual en dinero de \$ 534.00, salario en especie equivalente a \$ 200.00 mensuales y alojamiento por valor de \$ 150.00 en cada mes, y entre los 19 y 20 años de labores recibió alojamiento por \$ 99.00 mensuales y salario en dinero de \$ 435.00 por mes; 3°) Que la demandada suministró a bajo costo diez artículos alimenticios al actor, todas las semanas, durante el tiempo servido; 4°) Que el precio corriente de tales artículos alimenticios en el comercio general de Santa Marta y de la Zona Bananera del Magdalena, era superior, y la diferencia representaba aproximadamente un beneficio económico de \$ 200.00 mensuales; 5°) Que en la convención celebrada entre la demandada y su sindicato de Trabajadores en marzo de 1960, se estipuló que durante la vigencia del convenio, se mantendrían congelados en las cantidades y precios que entonces regía, los diez artículos alimenticios que se vendían a bajo costo en las tiendas de la empresa; 6°) Que en la convención celebrada entre las mismas partes, el 6 de abril de 1962, se sustituyó el suministro de los diez artículos alimenticios a bajo costo, por un reconocimiento de \$ 5.00 diarios en el salario; 7°) Que el demandante recibió durante todas las se-

manas del tiempo en que fue trabajador, el beneficio de la compra o bajo costo de los diez artículos comestibles; 8º) Que Juan Ramón Sánchez fue miembro del Sindicato de Trabajadores de la Compañía Frutera de Sevilla durante todo el tiempo en que prestó servicios a dicha empresa;; 9º) Que la Magdalena Fruit Company fue sustituto de la United Fruit Company, y la Compañía Frutera de Sevilla lo fue de tales compañías; 10º) Que las dichas sociedades han tenido capital superior a \$ 800.000.00; 11º) Que el actor al pagársele las prestaciones sociales, preaviso o indemnización, no recibió toda la remuneración que percibía como salario en dinero y en especie o el beneficio por el suministro de comestibles a bajo costo; 12º) Que fue despedido sin justa causa el 30 de septiembre de 1961; 13º) Que el suministro semanal de los diez artículos alimenticios se hacía a todos los trabajadores, estuviesen o no sindicalizados; 14º) Que la demandada le expidió una carta certificación que agrega a la demanda; 15º) Que el actor reclamó a la demandada, en carta de 10 de marzo de 1964, las prestaciones, salarios e indemnizaciones a que se contrae la demanda; 16º) Que Sánchez tiene más de 55 años de edad, por haber nacido el 26 de septiembre de 1905; y 17º) Que se agrega a la demanda carta dirigida al apoderado del demandante, el 16 de marzo de 1964, por el doctor Carlos Gámez Dávila.

Como fundamentos de derecho fueron señalados los artículos 48, 127, 129, 186, 249, 260, 267 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y las leyes 171 de 1961 y 1ª de 1963.

La demandada se opuso al derecho reclamado, propuso excepciones de pago y prescripción y contestó los hechos en la siguiente forma:

"1º) Sí es cierto.

"2º) Niego este hecho.

"3º) Sí es cierto en virtud de compra-venta.

"4º) Sí es cierto que había diferencia de precios entre los de la Compañía y los del comercio moderada en los primeros años;

pero eso no era una contraprestación desde luego que el trabajador tenía que pagar el precio en dinero. Niego lo demás.

"5º) Sí es cierto que se venían celebrando convenciones colectivas, y en la de marzo de 1960 se insertó la parte de la cláusula que se cita.

"6º) Es cierto el texto de la cláusula mas no lo es en cuanto considera que es salario la concesión de la venta de los artículos a bajo costo.

"7º) Que recibiera beneficio por comprar los artículos a bajo costo no significa que sea salario. El auxilio de enfermedad es un beneficio para el trabajador y, como se sabe, no es salario.

"8º) No me consta.

"9º) Niego este hecho.

"10º) No me consta, respecto de la United Fruit Company y Magdalena Fruit Company.

"11º) Es cierto, porque no hubo salario en especie por razón de los comestibles a bajo costo.

"12º) Niego este hecho, pues lo fue en virtud de la cláusula de reserva.

"13º) Es cierto que los suministraba, pero a título de venta.

"14º) Sí es cierto.

"15º) Sí es cierto.

"16º) No me consta.

"17º) Sí es cierto".

En providencia de 6 de junio de 1967, el Juez Laboral Municipal de Santa Marta condenó a la Compañía Frutera de Sevilla a pagar a Juan Ramón Sánchez pensión de jubilación a razón de \$ 614.82 mensuales, desde el 10 de marzo de 1964; \$ 584.84 por reajuste de cesantía, \$ 94.84 por reajuste de vacaciones, \$ 142.26 por reajuste de pri-

mas, \$ 284.52 por reajuste de preaviso; autorizó descontar de la pensión de jubilación el 10% hasta completar \$ 4.287.52, sin pasar del 4 de septiembre de 1965; declaró prescritos los derechos exigibles antes del 9 de marzo de 1961; absolvió de los demás cargos de la demanda y condenó en costas. Apeló de la sentencia, el apoderado de la parte demandada.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en fallo de 5 de octubre de 1967, confirmó el proveído de primer grado y condenó en costas. Interpuso recurso de casación el apoderado de la Compañía Frutera de Sevilla.

EL RECURSO

El alcance de la impugnación fue presentado así:

“Como consecuencia de la prosperidad de los cargos que luego se formulan, pretende la parte demandada recurrente que, a excepción de la parte favorable, la H. Corte case la sentencia acusada y que, convertida en Tribunal de instancia, revoque la sentencia de primer grado y absuelva de todos los cargos a la Sociedad demandada, con costas a cargo de la parte actora”.

La acusación invocó la causal primera de casación consagrada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, y fue formulada en seis cargos que se estudiarán en el orden en que fueron expuestos.

PRIMER CARGO

Dice el recurrente:

“La sentencia viola directamente, por interpretación errónea, los artículos 16, 127, 128, 129, 194 y 260 del C. S. T. y el 75 de la Ley 6ª de 1945. Dicha violación generó la de los artículos 48, 189, 249, 253, 259 y 306 del C. S. T. por indebida aplicación, y, la de los artículos 137, 142, 467 y 490 ib. al omitirse su aplicación”.

En la demostración del cargo, el recurrente, después de transcribir algunos apar-

tes del fallo acusado, afirma que la teoría “patrimonialista” fue admitida por el Tribunal de Santa Marta con base en la interpretación que debe darse a las normas sustanciales contenidas en los artículos 194 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo; admite que dicha teoría es saludable en el campo crítico legislativo, pero advierte que en manera alguna las normas vigentes le sirven de fundamento; asevera que en nuestro ordenamiento positivo la responsabilidad está limitada al patrono o empresario a quien se prestó el servicio, y que existiendo diversidad de personas naturales o jurídicas y diversidad de contratos individuales, el último propietario no está obligado a responder por las obligaciones anteriores; ataca el fundamento de la teoría, arguyendo que con ella los bienes patrimoniales resultarían erigidos en sujetos de derecho, y que no puede extenderse a todas las prestaciones laborales, salvo en el caso de sustitución de patronos; apoya su argumentación en el requisito legal de que la unidad o unidades de explotación económica sean dependientes de una misma persona natural o jurídica; advierte que a pesar de las instituciones protectoras de los trabajadores, como la unidad de empresa y la sustitución de patronos, es necesario establecer quién es el titular del derecho de dominio sobre una empresa determinada; encuentra limitada la libertad del intérprete judicial, por las definiciones legales; atribuye al fallador de segundo grado, errónea interpretación de los artículos 194 y 260 del Código Sustantivo, por desconocimiento de los elementos constitutivos de la definición de empresa; agrega que también fueron erróneamente interpretados los artículos 75 de la Ley 6ª de 1945 y 16 del Código Sustantivo del Trabajo, al darle efecto retroactivo a las normas sobre jubilación; encuentra infracción de tipo interpretativo en la fijación que el sentenciador hace del sentido de los artículos 127, 128, 129 y 137 del Código Sustantivo del Trabajo, porque atribuye carácter salarial a la diferencia de precios en los artículos vendidos en el economato de la empresa, porque confunde una simple operación de venta con el salario, y porque hace obligatoria la compra o permite la renuncia del salario.

Termina el cargo de la siguiente manera:

"Al desvirtuar tan notoriamente el sentido de las disposiciones ya nombradas, el Juzgador las infringió por errónea interpretación y, bajo la influencia de tal criterio, quebrantó, igualmente, por indebida aplicación, los preceptos concernientes, al antiguo preaviso (art. 48 del C. S. T.); el que determina la forma de computar la compensación por vacaciones (art. 189 ib.); de los que consagran el auxilio de cesantía y su forma de liquidación (art. 249 y 253 ib.); el referente al valor de la pensión de jubilación (art. 260 ib.); y del atinente al importe de la prima de servicios (art. 306 ib.). Así mismo, tan errónea interpretación determinó la violación por falta de aplicación, de las normas correspondientes al lucro cesante (art. 64 ib.); del que contiene la irrenunciabilidad del salario (art. 142); del pertinente al ámbito temporal de las convenciones colectivas (art. 467 ib.); y del que señala el 1º de enero de 1951 como fecha de vigencia del C. S. T. (art. 490 ib.)."

El opositor dice que se reduce a recordar la reiterada jurisprudencia que sobre la sustitución patronal y sobre la ventaja de adquirir víveres a bajo precio, ha expresado la Corte Suprema de Justicia, y particularmente lo sostenido delante de la situación de la Compañía Frutera de Sevilla, para estar cierto de que el cargo será rechazado.

SE CONSIDERA

El concepto de empresa en nuestra legislación laboral ha tenido importancia no solamente para determinar por el capital de ella y no del patrono, la existencia de ciertas prestaciones especiales y de algunas obligaciones de trabajo, sino también para reglamentar la sustitución de patronos y muy especialmente para consagrar las prestaciones que requieren servicios por tiempo de duración larga.

Se ha creado ese concepto sobre la base de la explotación económica de la misma, es decir, aparte de la persona del patrono, sin que ello quiera decir que la empresa como tal tenga la calidad de persona y que

responde de las obligaciones de los patronos, pero es el concepto de empresa el que determina en muchos casos si existe o no la obligación patronal.

Si bien es cierto que la empresa como conjunto de bienes o como unidad de explotación económica no es la obligada, sí determina esa entidad una serie de obligaciones patronales, que excluyen el concepto de vinculación exclusivamente contractual.

Las obligaciones que se fijan por el capital, no surgen sino cuando la empresa tenga el capital requerido, aun cuando el patrono posea uno superior al exigido. La continuación de la empresa en el caso de cambio de dueño no produce efectos en cuanto a la existencia y duración de los contratos, pero hace nacer obligaciones tanto para el sustituto como para el sustituido.

Ha entendido esta Corte que es empresa de acuerdo con el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, toda unidad de explotación económica, pertenezca a una o a varias personas, sean naturales o jurídicas. También ha entendido con base en la misma norma que las varias unidades de explotación económica que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias, y que pertenezcan a una misma persona natural o jurídica, constituyen una empresa.

De ninguna manera puede admitirse que la unidad de explotación económica deje de serlo porque pertenezca a varias personas o porque pase de un dueño a otro. Dentro de la norma citada, la unidad de explotación económica es por sí misma una empresa.

El artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo establece para efectos del derecho a pensión de jubilación, que los servicios se hayan prestado a una misma empresa y no a un mismo patrono, luego exigir como lo hace el casacionista, que esos servicios se hayan ejecutado en beneficio de un mismo patrono, sería precisamente una interpretación errónea de la norma, porque le agregaría un elemento que ella no contiene.

El mismo artículo 260 citado, permite que esos servicios sean continuos o discontinuos y anteriores o posteriores a la vigencia de la ley, luego tampoco es necesario que los servicios discontinuos y anteriores a la vigencia de la norma hayan sido prestados a un mismo patrono sino que ellos se hayan ejecutado en una misma empresa.

El sentenciador de segundo grado encontró que se prestaron servicios a una misma empresa durante más de 20 años, aunque la empresa hubiera pertenecido sucesivamente a varias personas. Esos hechos están demostrados con las pruebas que indica el fallador, luego no hubo interpretación errónea de los artículos 194 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

El fallo acusado no dió a la teoría patrimonialista el alcance que le atribuye el recurrente, porque a pesar de hablar de la responsabilidad de la empresa, condenó a la persona jurídica dueña de ella, cuando se cumplieron las condiciones que hacen nacer el derecho a la pensión.

Es verdad que los artículos 75 de la Ley 6ª de 1945 y 16 del Código Sustantivo del Trabajo, establecen el principio de la irretroactividad, pero dejando a salvo el principio de la retrospectividad. Tales normas indican la aplicación inmediata de los preceptos laborales a los contratos vigentes, y solamente excluyen su aplicación a situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores.

En materia jubilatoria se tiene establecido por la norma ya citada, que el tiempo servido puede ser anterior o posterior a la vigencia de la ley que las labores pueden haberse prestado bajo una misma relación o bajo varias. Luego aplicar la norma sobre jubilación a un contrato de trabajo vigente en el momento en que empieza a regir, no es darle efecto retroactivo. Si para reconocer el derecho a jubilación es necesario tomar tiempo anterior servido a la misma empresa, se está dando aplicación a la norma con efecto retrospectivo, porque no es un hecho anterior el que hace nacer el derecho, sino el posterior a la vigencia, relacionado con un tiempo anterior.

Se le haría producir efecto retroactivo a la norma si se aplicara a quien no estuviera vinculado en el momento en que empieza a regir o no lo estuviere posteriormente. El considerar para efectos del tiempo servido, en materia de pensión de jubilación los períodos anteriores a la vigencia del precepto, no constituye efecto retroactivo sino retrospectivo.

No se diga que en relación con los contratos anteriores se había definido o consumado una situación. Esto puede predicarse respecto a los derechos que con esa terminación quedaron definidos o consumados, o sea, en cuanto a los derechos que no necesitan períodos mayores que los cumplidos bajo la relación laboral que terminó. En cuanto a la pensión de jubilación, el tiempo servido con anterioridad al cumplimiento de los veinte años de servicios no puede por sí mismo definir derecho alguno, sino que será con servicios posteriores, si se llegaren a prestar, la base de la pensión. De otra manera se desvirtuaría la disposición que admite tiempo discontinuo anterior a la vigencia de la ley.

Como el sentenciador encontró demostrado el servicio por más de 20 años a la misma empresa, de propiedad de la Compañía Frutera de Sevilla en el momento de la demanda, condenó a dicha sociedad, sin aplicación retroactiva sino retrospectiva de la ley, por lo cual no interpretó equivocadamente las normas acusadas en esa parte del cargo.

El fallador de segunda instancia consideró salario el beneficio recibido por el trabajador, porque se le denominaba prima de alimentación, se otorgaba semanalmente y era prohibido pasarlo a terceras personas. El suministro de alimentación es salario en especie como lo dice el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, el otorgamiento semanal del beneficio indica que tenía el carácter de permanente, y la prohibición de pasarlo a otras personas señala que se otorgaba para beneficio del trabajador y para subvenir a sus necesidades, elementos comprendidos en las normas cuya violación se acusa.

No hubo interpretación errónea de los preceptos sobre salario, sencillamente porque el sentenciador no produjo ninguna interpretación de ellos, sino que encontró en los hechos demostrados, algunos elementos que esas disposiciones atribuyen al salario. La acusación no indica en qué consistió el equivocado entendimiento del precepto, sino que atacó las consideraciones sobre los hechos que el fallador halló demostrados, luego no puede aceptarse la censura por interpretación errónea.

No prospera el primer cargo.

SEGUNDO CARGO

Fue presentado así:

“Acuso la sentencia por infracción directa de los artículos 16, 127, 128, 129, 194 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo y el 75 de la Ley 6ª de 1945, por indebida aplicación, en relación con los artículos 48, 189, 249, 253, 259 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y con los artículos 64, 137, 142, 467 y 490 ib., por aplicación omitida”.

El casacionista después de transcribir algunos apartes del fallo acusado, advierte que el sentenciador admitió la existencia de tres personas jurídicas distintas y aplicó a tal hecho el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, que exige dependencia económica de una misma persona natural o jurídica; observa que una entidad de explotación económica no puede adquirir derechos ni obligarse, y que a pesar de la consagración legal de instituciones como la sustitución patronal y la unidad de empresa, donde la mutación de la propiedad no debe afectar al trabajador, es inevitable determinar quién es el titular del derecho de dominio sobre la empresa para conocer la responsabilidad en el reconocimiento y pago de los derechos de los trabajadores: sostiene que no podía darse operancia al artículo 194 citado, cuando no se estableció que de la Compañía Frutera de Sevilla dependen la unidad o unidades de explotación económica donde laboró el actor; agrega que el salario como elemento esencial del contrato de trabajo, está definido por los

artículos 127, 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo en forma que se establece una relación directa y de tipo conmutativo entre la labor ejecutada y la remuneración de la misma, por lo cual no podrá considerarse salario el beneficio que no responda a la correspondencia directa y equivalente; cita algunos beneficios legales que no constituyen salario, e invoca en apoyo de la tesis, la Ley 187 de 1959; con base en el artículo 144 del estatuto sustantivo, en cuanto habla de la fijación del salario teniendo en cuenta la cantidad y calidad del trabajo, el recurrente afirma que la venta de víveres y mercancías realizada en forma legal, no puede calificarse de salario en especie, porque ese beneficio no tiene carácter retributivo, ni guarda proporción con la cantidad y calidad de trabajo.

Termina el cargo en los siguientes términos:

“El quebrantamiento de las normas últimamente citadas determinó, consecuentemente, la violación por indebida aplicación de las disposiciones referentes al antiguo preaviso (art. 48 del C. S. T.); la correspondiente al valor de compensación por vacaciones (art. 189 ib.); las que consagran el auxilio de cesantía y su forma de pago (art. 249 y 253 ib.); el relativo a la prima de servicios (art. 306 ib.). Asimismo, por aplicación omitida, fueron violados los preceptos relativos al lucro cesante (art. 64 ib.); a permisión al patrono para venta de víveres (art. 137); a irrenunciabilidad del salario (art. 142 ib.); al ámbito temporal de las convenciones colectivas (art. 467 ib.) y a la fecha de vigencia del C. S. T. (art. 490 ib.). El presente cargo es subsidiario del primero.

El opositor repite los argumentos expuestos al criticar el primer cargo.

SE CONSIDERA

Insiste el casacionista en argumentar que la empresa solamente puede depender económicamente de una sola persona jurídica o natural, cuando, como ya se vió, esa dependencia solamente la requiere el artícu-

lo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, en caso de existir varias unidades de explotación económica.

El fallador dedujo que existieron tres personas jurídicas sucesivamente dueñas de una misma unidad de explotación económica, por lo cual encontró que el demandante había trabajado para una misma empresa. No hubo violación de las normas sobre empresa y sobre pensión de jubilación, pues al encontrar que existió unidad de explotación económica no era necesario que ella fuera siempre de propiedad de la misma persona.

Es claro que la unidad de explotación económica, o sea la empresa, debe pertenecer a una o a varias personas naturales o jurídicas, que son las responsables, y dentro de ese campo aplicó el sentenciador la ley en forma correcta, al condenar a la Compañía Frutera de Sevilla como dueña de la empresa a la cual sirvió el actor.

El impugnador afirma que el carácter retributivo del salario exige que él sea conmutativo, o que existe una relación de tal tipo entre el trabajo y el salario. Esta apreciación no puede admitirse en sentido estricto, porque hay muchas formas de salario que no corresponden rigurosamente a la cantidad y calidad de trabajo, como es el salario básico, que por sí solo no da la medida que demanda el casacionista, el salario en especie que no hace diferencia entre los diversos trabajadores para el suministro de alimentación, habitación o vestuario. La equivalencia entre la cantidad de trabajo y su calidad con la remuneración, se establece, en los casos mencionados, por medio de la retribución en dinero. No puede admitirse pues, que deje de ser salario el básico, ni el otorgado en especie, ni las primas cuando reúnen los requisitos legales, aunque sean iguales para todos los trabajadores.

El artículo 10 de la Ley 187 de 1959, citado por el casacionista, no desvirtúa el carácter de salario que pueden tener algunos beneficios que atenúan el alza del costo de la vida, pues la norma dispone que se abonen al valor de la prima móvil, pero

también asimila al salario en especie esos beneficios, entre los cuales menciona los derivados de comisariatos, comedores económicos, huertas y cultivos de subsistencia.

Con base en el artículo 144 del Código Sustantivo del Trabajo, el impugnador pretende deducir que solamente es salario lo que corresponda exactamente a la cantidad y calidad de trabajo, pero olvida que la misma norma indica como factor para determinar la retribución, las condiciones usuales de la región, lo cual implica al hacer un avalúo del salario no establecido, determinar el salario real que resulta no solamente de la retribución en dinero, sino también de los beneficios que atenúan el alza del costo de la vida en relación con la región determinada donde se realizó la labor.

Tampoco puede confundirse la facultad legal de vender mercancías a los trabajadores, bajo ciertas condiciones, con el carácter de salario que pueda tener la venta de artículos alimenticios, pues lo primero está reglamentado para evitar los abusos que puedan cometerse en cuanto al trueque del salario en dinero por el pago de él en mercancía, y lo segundo es un salario en especie en cuanto constituye suministro de alimentación.

Si el suministro gratuito de alimentación constituye por definición legal, salario en especie, no se ve por qué el suministro de alimentación a bajo precio no lo ha de constituir en cuanto ese precio menor favorece económicamente al asalariado.

No puede hablarse de que ese beneficio no es retributivo del trabajo, ya que se otorga al trabajador y en razón de serlo, no es mera liberalidad sino precisamente contraprestación del trabajo.

El hecho de que el trabajador necesitara comprar los artículos que se le ofrecían a menor precio, no desvirtúa el carácter de salario, pues la alimentación que señala el Código como Salario en especie, puede ser dejada de tomar ocasionalmente por el trabajador, así como éste puede ocasionalmente dejar de comprar la alimentación que

se le otorga en ventajosas condiciones, ya que no se concibe como permanente lo uno o lo otro.

Los argumentos presentados en el cargo para demostrar la violación de las normas, no alcanzan su objetivo, por lo cual no prospera esta acusación.

TERCER CARGO

Esta presentado así:

"El fallo impugnado viola directamente, por interpretación errónea, los artículos 127, 128 y 129 del C. S. T. y consecuencialmente, por indebida aplicación, infringe los artículos 48, 189, 249, 253, 260 y 306 del C. S. T.

"La formulación de este cargo, equivale a un fraccionamiento del primero, por cuanto se restringe la acusación a la infracción de las normas pertinentes a la noción de salario y a los quebrantamientos de allí derivados. Es decir, que si la Honorable Corte considera que la acusación debe concretarse separadamente a los aspectos de Empresa y salario, razones de mayor congruencia acusatoria, justifican la presentación independiente del presente cargo.

"Ya se vió, cómo el sentenciador incurrió en un error hermenéutico de los artículos 127, 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagran la definición positiva del salario. Dicho error se origina en la exclusión que hizo el intérprete de que la suma recibida por el trabajador "implique retribución de servicios" para constituir salario.

"El desconocimiento del factor preindicaado implica la evidente desviación de la voluntad del legislador, que para ser apreciada correctamente, debía comprender tal elemento, en forma inevitable, por tratarse de una interpretación con autoridad.

"Dió por reproducidas las razones fundamentales, en lo pertinente, expresadas en el primer cargo.

"Bajo la influencia de tan notorio error hermenéutico, el Tribunal de Santa Marta violó, por indebida aplicación las normas concernientes al antiguo preaviso (art. 48 C. S. T.); a la compensación por vacaciones (art. 189 ib.); al auxilio de cesantía (art. 249 y 253); a la pensión de jubilación (art. 260 ib.) y a la prima de servicios (art. 306 ib.)".

El opositor observa que este cargo es repetición de los anteriores, sin que siquiera pudiera considerársele acusación separada.

SE CONSIDERA

El casacionista insiste en que la venta de artículos alimenticios a bajo precio no constituye salario porque no tiene carácter retributivo.

Al examinar el cargo primero se dijo que el sentenciador no había hecho interpretación alguna de las normas señaladas, que determinan la noción de salario, sino que había encontrado demostrado en el proceso, algunos elementos del salario consagrados en las normas respectivas.

No prospera pues la acusación por interpretación errónea.

CUARTO CARGO

Dice el recurrente:

"La sentencia viola directamente, por falta de aplicación, los artículos 30 de la Constitución Nacional; 28 y 38 de la Ley 153 de 1887, 75 de la Ley 6ª de 1945, 16 y 490 del C. S. T. y, consecuencialmente, por aplicación indebida el artículo 260 del C. S. T. Cargo subsidiario del segundo".

El casacionista encuentra consagrado el principio de la irretroactividad de la ley, en las normas primeramente citadas en la formulación del cargo, pero admite el principio de la retrospectividad de la ley en materia laboral para situaciones no consumadas bajo el imperio de la ley anterior; transcribe algunos apartes del fallo atacado; afirma que el juzgador entendió las normas que estatuyen los mencionados principios,

pero dejó de aplicarlas, alegando anacronismo frente a las necesidades laborales actuales; reitera la consideración de que se trata de tres contratos distintos firmados con tres personas diferentes, y que el ad quem desconoció la firmeza de esas situaciones consumadas; y termina aseverando la violación de la norma sobre jubilación y la consecuencia lesión causada a la empresa.

El opositor considera que los cuatro cargos son uno mismo, y por ello repite los argumentos que ha presentado contra los ataques anteriores.

SE CONSIDERA

Es verdad que el Tribunal de Santa Marta dice en el fallo acusado, que es necesario aceptar el principio de la retroactividad, pero en la aplicación que hace de las normas no la produce. En efecto, aunque se considera servicio realizado antes de la vigencia de la norma, esto se consagra expresamente en la ley sobre jubilación, pues ya se vió, que el tiempo trabajado puede ser anterior a la vigencia de la misma. Además, lo que determina el derecho es el cumplir los veinte años de servicio a la misma empresa y tener determinada edad, hechos que se cumplieron con posterioridad a la ley que consagró el derecho y en una vinculación laboral que existió hasta fecha posterior a la vigencia de la norma.

No es que se le haya dado efecto retroactivo, porque las vinculaciones anteriores a la vigencia de la ley estuvieron consumadas en cuanto a la determinación de otras prestaciones, pues con ellas nada se definió en relación con la pensión de jubilación, por lo cual la demandada no adquirió ningún derecho en contra de la pensión reclamada, que haya necesidad de respetar.

Tampoco aparece derecho real alguno adquirido bajo imperio de ley anterior, pues el patrono al terminar un contrato de trabajo no puede decir que adquirió derecho o que definió situación en cuanto a jubilación, si el tiempo trabajado es menor del requerido por la ley, ya que si el trabaja-

dor vuelve al servicio y completa los 20 años, tendrá derecho a la jubilación cuando cumpla la edad requerida.

Precisamente es el principio de la retrospectividad el que se aplica en algunos casos de pensión de jubilación, pues cuando se cumplen los requisitos para gozar del derecho a pensión ha de estar vinculado el trabajador o haberlo estado después de la vigencia de la norma, porque sin este requisito sí habría retroactividad, pero al contar tiempo servido a la empresa antes de la vigencia del precepto, no solamente no hay retroactividad, sino que se cumple lo autorizado por la disposición.

Tampoco hubo aplicación de la norma a una situación definida o consumada, ya que la terminación de los contratos de trabajo anteriores a la vigencia, de la norma no crearon situación alguna definida o consumada en cuanto a la pensión de jubilación, pues no se definió por ese tiempo trabajado ni en favor del trabajador ni en el del patrono. Solamente que ese tiempo menor del requerido puede producir más adelante y sumado con otros períodos, el derecho a la pensión.

El impugnador vuelve sobre el argumento de los tres contratos con personas diferentes, pero olvida que el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, habla de servicios a una misma empresa, lo que hace que esa empresa pueda haber tenido sucesivamente varios dueños, sin que ello haga perder el derecho consagrado en el precepto citado.

No prospera el cargo.

QUINTO CARGO

Se encuentra redactado así:

"La sentencia infringe indirectamente los artículos 127, 128 y 29 del C. S. T. a consecuencia de manifiestos errores de hecho y de derecho por aplicación indebida. Y viola los artículos 48, 189, 249, 253, 260 y 306 del C. S. T.. Tales errores son:

"a) El error de derecho, consiste en haber dado por demostrado sin estarlo, que según las convenciones colectivas celebradas entre la Empresa y su Sindicato con la venta de artículos de consumo imperativo, constituía una prima de alimentación, así calificada por la Empresa.

"Conforme a lo dispuesto en los artículos 47 de la Ley 6ª de 1945 y 469 del C. S. T., y a reiterada jurisprudencia, la convención colectiva en un acto solemne, cuya prueba requiere el registro y depósito en el Ministerio del Trabajo.

"b) No haber dado por acordado procesalmente, estándolo, que en el economato de la Empresa demandada se vendía a los trabajadores sindicalizados 10 artículos de consumo necesario, por un precio pagado libremente por los trabajadores.

"A los errores ya señalados, llegó el fallador de segundo grado, por errónea apreciación de las siguientes pruebas:

1º. El acta de la inspección ocular visible a folios 50 a 70 del cuaderno 1. En dicha acta se transcriben algunas disposiciones, de convenciones colectivas celebradas por la Empresa, pero en parte alguna figura que dichas convenciones fueron depositadas y registradas en el Ministerio del Trabajo, condición sine qua non para dar por demostradas tales convenciones. Al omitirse tal requisito solemne, se incurrió en el referido error de derecho, es decir, en dar por establecido un hecho con un medio legal no apto.

"2º. La misma acta de inspección ocular, folios 50 a 70 del cuaderno 1, fue mal apreciada, por cuanto con ella se demuestra, en forma clara que el economato de la Empresa demandada vendía a los trabajadores sindicalizados, los aludidos artículos alimenticios. Tal hecho, igualmente se demuestra con los testimonios mal apreciados de Guillermo Noguera Bermúdez (fol. 73 a 75 C. 1); Ricardo Manjarrés (fol. 75 a 77); Orlando Avendaño (fols. 82 a 84); Héctor Mercado (fols. 84 a 86).

"3º. Los documentos que obran a folios 96 a 146 del cuaderno N° 1 adolecen del mismo defecto anotado respecto del acta de inspección ocular, esto es, no son prueba apta de convenciones colectivas celebradas entre la empresa y los sindicatos de sus trabajadores, por cuanto carecen de la correspondiente nota de inscripción y depósito.

"La correcta valoración de las pruebas ya singularizadas habría conducido al fallador a otorgarles fuerza demostrativa, en el sentido de concluir en que la empresa demandada vendía libremente a sus trabajadores sindicalizados los 10 artículos alimenticios. Delante de tal hecho el juzgador se hubiese visto obligado a no aplicar las disposiciones correspondientes al antiguo preaviso (Art. 48 C. S. T.); a la compensación por vacaciones (art. 189 ib.); al auxilio de cesantía (art. 249 y 253 ib.); a la pensión de jubilación (art. 260 ib.); y a la prima de servicios (art. 360 ib.). La aplicación indebida de tales normas resultó de calificar como salario la diferencia de precios, tantas veces mencionada.

"Según el presente cargo, que se formula como subsidiario de los anteriores, la conducta del sentenciador no solamente viola disposiciones de carácter sustancial, sino infiere un agravio a la parte demandada.

"Para establecer el equilibrio normativo y reparar el agravio causado, reitero a la Honorable Corte la solicitud de que proceda según el alcance señalado a la impugnación".

SE CONSIDERA

Si bien es cierto que las convenciones colectivas examinadas en la inspección ocular no tienen la nota de haberse depositado un ejemplar en el Ministerio del Trabajo, o no fue copiada esa nota por el Juzgado, también es cierto que las copias de las convenciones colectivas que aparecen de los folios 97 a 146 del primer cuaderno, fueron expedidas por el Ministerio del Trabajo de copia que allí reposa, luego se ha cumpli-

do respecto a esa convención el depósito que exige la ley.

Por tales motivos, no se cometió el error de derecho que indica el acusador.

En ninguna parte de la sentencia se dice cosa contraria a que en el economato de la empresa demandada se vendían a los trabajadores sindicalizados 10 artículos de consumo necesario por un precio pagado libremente por los trabajadores.

Quizá el recurrente pretende que no se admitió ese hecho porque el sentenciador consideró salario el beneficio que resultaba para los trabajadores por la compra a precios bajos de esos diez artículos alimenticios. Pero ya se vió que el sentenciador no se equivocó en esa apreciación, pues el suministro de artículos alimenticios a bajo precio es una forma de suministro de alimentación, que por la misma definición legal, es salario en especie.

No cometió por lo tanto el sentenciador los errores que indica el cargo. No prospera esta acusación.

SEXTO CARGO

Dice el impugnador:

"Se formula como subsidiario de los anteriores. La sentencia viola indirectamente, por aplicación indebida el artículo 194 del C. S. T. y, consecuencialmente por el mismo concepto, el artículo 260 ibidem, a causa de notorios errores de hecho.

"Tales errores son:

"a) Haber dado por demostrado sin estarlo, que la unidad de explotación económica o el establecimiento, en el cual prestó sus servicios el demandante, desde el primero (1º) de febrero de mil novecientos veintisiete (1927) hasta el treinta (30) de septiembre de mil novecientos sesenta y uno (1961), estuvo bajo la dependencia de una misma persona jurídica, la denominada Compañía Frutera de Sevilla, sociedad ex-

tranjera con negocios permanentes en Colombia.

"El error pre-indicado puede también enunciarse en el sentido de que no se trataba de una sola unidad sino de varias unidades de explotación económica dependientes de la misma persona jurídica: Compañía Frutera de Sevilla;

"b) Dar por demostrado, sin estarlo, que la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla son una misma persona jurídica; y

"c) No dar por demostrado, estándolo, que la unidad de explotación en la cual laboró el demandante, perteneció sucesivamente a tres personas jurídicas diferentes: United Fruit Company, Magdalena Fruit Company y Compañía Frutera de Sevilla.

"A los errores ya puntualizados, llegó el juzgador de segundo grado, por falta de apreciación de las siguientes pruebas:

"1.- El escrito de demanda (F 2. C. 1);

"2.- Los certificados que obran a folios 8 a 11 y 30 a 34 del cuaderno N° 1;

"3.- El contrato escrito de trabajo que obra a folio 35 del cuaderno N°

"4.- El certificado emanado de la Superintendencia de Sociedades Anónimas visible a folio 37;

"5.- La copia de la resolución emanada del Ministerio de Trabajo de fecha 12 de mayo de 1931 que obra a folios 38 a 41;

"6.- El acta de inspección ocular que obra a folios 50 a 70;

"7.- Los testimonios de Guillermo Noguera Bermúdez (Fols. 73 a 75), Ricardo Maniarrés (fols. 75 a 77), Orlando Avendaño (fols. 82 a 84), Héctor Mercado (Fols. 84 a 86), Carlos E. Colón (fols. 86 y 87)".

Parte el acusador de la base de que la empresa tiene que pertenecer a una mis-

ma persona natural o jurídica, para indicar que todas las pruebas señaladas en el cargo demuestran que existieron tres personas jurídicas distintas, y que la United Fruit Company y la Magdalena Fruit Company no dependían de la Compañía Frutera de Sevilla; concluyendo que la violación se produjo por partir el sentenciador de los errores indicados.

SE CONSIDERA

Dice el fallo recurrido:

"A los autos se trajeron pruebas que demuestran que el tiempo servido por Sánchez fué por más de veinte (20) años como consta en los documentos de folio 2, 3, 4 y 5 del cuaderno principal, elaborados unos por la Magdalena Fruit Company y otros por la Compañía Frutera de Sevilla. Además las declaraciones rendidas por Guillermo Noguera Bermúdez, folio 73 y siguientes; Ricardo E. Manjarrés Soto, folio 75 y siguiente; Orlando Avendaño, folio 82 y siguiente; y Héctor Mercado, folio 84 y siguiente, demuestran que el actor trabajó para las tres (3) personas jurídicas que se han mencionado por el tiempo necesario para la pensión de jubilación y que la empresa fué siempre la misma, sin variación alguna en el giro de negocios".

Con la anterior transcripción se demuestra que el fallador no cometió ninguno de los errores que indica el cargo en estudio. Realmente, el sentenciador no dió por de-

mostrado que la empresa hubiese estado siempre bajo la dependencia de una misma persona jurídica, ya que admite el servicio prestado a diferentes sociedades; ni dió por demostrado que la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla fuesen una misma persona, sino que encontró una empresa, unidad de explotación económica, perteneciente sucesivamente a varias personas jurídicas; ni dejó de admitir que la empresa perteneció sucesivamente a esas tres personas jurídicas.

No cometió el fallador los errores indicados por el acusador, luego no puede prosperar el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada el 5 de octubre de 1967, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en el juicio seguido por Juan Ramón Sánchez contra la Compañía Frutera de Sevilla.

Costas a cargo del recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar, Guillermo López Guerra.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDICE



SALA DE CASACION CIVIL

	Págs.		Págs.
NULIDAD Y RESCISION DE LA PARTICION DE BIENES.— <i>Operancia del art. 1.398 del C. C. Sentencia del 1º de octubre de 1970.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Facativá en el juicio promovido por Bernardo Olaya y otros contra Rosalía Rojas de Olaya y otros.— Magistrado Ponente: Dr. José María Esguerra Samper</i>	3	CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta en el juicio ordinario de Josefa Becerra Hernández contra José Dolores y otro.— Abogado Asistente: Dr. Alberto Ospina Botero	33
NULIDAD DE UNAS DONACIONES.— <i>Son distintos los presupuestos procesales, los elementos definidores o constitutivos de la acción y las condiciones que esta debe reunir para obtener su prosperidad. Capacidad del heredero para ser parte.— Sentencia del 7 de octubre de 1970.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Guateque en el juicio ordinario promovido por Ana Silvia Monroy vda. de Mora contra Julio Roberto Mora Monroy y otros.— Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga</i>	9	FILIACION NATURAL.— <i>Violación de la Constitución.— No toda informalidad puede considerarse como violación del art. 26 de la Carta.— Sentencia del 19 de octubre de 1970.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario promovido por María Salvadora Pérez de Rodríguez contra Luis. A. y Moisés Torres Moyano y otros.— Abogado Asistente: Dr. Alberto Ospina Botero</i>	41
REIVINDICACION.— <i>Legitimación en causa.— No constituye presupuesto procesal, ni su ausencia vicia de nulidad la actuación, ni induce a fallo inhibitorio.— El art. 762 del C. C. no es norma sustancial.— Sentencia del 8 de octubre de 1970.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario promovido por Roxana Castilla Oliver frente a Tomás Colombo Paternina.— Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel</i>	20	RENDICION DE CUENTAS.— <i>Casación.— Causal cuarta.— Sentencia del 21 de octubre de 1970.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el juicio promovido por Gustavo Salazar Tapiero contra Mario Silva Sendoya y Mario Silva Martínez.— Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel</i>	49
REIVINDICACION.— <i>El título de adjudicación de un terreno baldío, no es prueba de que efectivamente tenga esa calidad.— La afirmación que allí se haga de que el terreno es baldío no es oponible a terceros.— Sentencia del 9 de octubre de 1970.— CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barrancabermeja en el juicio ordinario promovido por el Hospital de San Juan de Dios contra Alfredo Rodríguez.— Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga</i>	25	SEPARACION DE BIENES.— <i>Los arts. 593 y 329 del C. J. ni los 197 y 2.469 son sustanciales.— Se reitera la doctrina de que la sociedad conyugal es institución de orden público que no puede ser disuelta por un acto de la voluntad de los cónyuges.— Sentencia del 22 de octubre de 1970.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio promovido por Abel Humberto Enciso Toquica frente a María de los Santos o Maruja Jaramillo de Enciso.— Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga</i>	56
FILIACION NATURAL.— <i>Los arts. 494 y 473 del C. Judicial son normas sustanciales. Reformatio in pejus.— Posesión notoria del estado de hijo natural.— Sentencia del 19 de octubre de 1970.—</i>		FILIACION NATURAL.— <i>Sucesión y herencia son sinónimos.— Sentencia del 27 de octubre de 1970.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario promovido por Juan Carlos Medina contra Luz Stella Castaño B.— Abogado Asistente: Dr. Ricardo Uribe Holguín</i>	61
		FILIACION NATURAL.— <i>Causal 1ª norma sustancial.— Sentencia del 30 de octubre de 1970.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por Camilo Enrique Muñoz contra José Alfredo</i>	

	Págs.		Págs.
Muñoz y otros.— Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga	66	Diego Bernal Burgos contra Aureliano Sierra.— Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga	116
REIVINDICACION.— Incongruencia.— <i>Condiciones para que prospere el cargo planteado en relación con una excepción perentoria.</i> — Sentencia del 2 de noviembre de 1970.— CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ipiques en el juicio ordinario de María Concepción Ortega vda. de Chávez contra Apolinar Moreno.— Abogado Asistente: Dr. Ricardo Uribe Holguín	73	NULIDAD POR SIMULACION.— <i>El artículo 472 del C. Judicial no es norma sustancial.— La mera prueba testimonial es ineficaz para demostrar la simulación cuando se litiga entre los contratantes.</i> — Sentencia del 2 de diciembre de 1970.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Espinal en el juicio ordinario promovido por Severo Ticora contra Evarista Saavedra de Torres.— Abogado Asistente: Dr. Ricardo Uribe Holguín	120
SANEAMIENTO DE LA VENTA.— <i>El sentenciador está en la obligación de interpretar la demanda.— Cuando el sentenciador no reconoce el valor de la confesión incurrir en error de derecho y no de hecho.</i> — Sentencia del 4 de noviembre de 1970.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el juicio promovido por Arcasio Tovar Andrade y Jesús Montoya Restrepo frente a Adelia Evidalia Lozada de Méndez.— Abogado Asistente: Dr. Humberto Murcia Ballén	79	SIMULACION.— <i>No se puede formular ataque fundado en violación de una norma legal y de "las siguientes" o "de las concordantes".— Prescripción ordinaria.— No puede proceder de un título declarado nulo.— Legitimación de los herederos demandantes.— Indivisibilidad de la confesión.— Su apreciación no puede constituir error de derecho.</i> — Sentencia del 3 de diciembre de 1970.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia en el juicio promovido por Rosa María Granada Pineda y otros contra Sebastián Granada Pineda y otros.— Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga	131
SEGUROS.— <i>El contrato de seguro es rescindible cuando el asegurado ha hecho declaraciones falsas o erróneas, o incurrido en simples reticencias sobre su salud.</i> — Sentencia del 13 de noviembre de 1970.— CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio promovido por "Pan American Life Insurance Company" contra Rodomiro Morales Puello.— Magistrado Ponente: Dr. José María Esguerra Samper	86	INTERDICCION POR DISIPACION.— Casación.— Causal 4ª.— Nulidad.— <i>No toda falta de notificación constituye causal de nulidad.</i> — Demanda.— Su interpretación.— Interdicción.— <i>Los juicios de interdicción de un disipador, por una parte, y de un demente, o de un sordomudo, por la otra son diferentes.</i> — Sentencia del 10 de diciembre de 1970.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Rionegro en el juicio ordinario promovido por Graciliano González y otra contra Narcisca Hernández de González.— Magistrado Ponente: Dr. José María Esguerra Samper	142
MANDATO.— <i>Puede terminar por la sola voluntad de una de las partes.</i> — Sentencia del 17 de noviembre de 1970.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio promovido por la sociedad "GALAS DE COLOMBIA LTDA." contra "LABORATORIOS FROSST DE COLOMBIA LTDA."— Magistrado Ponente: Dr. José María Esguerra Samper ..	93	POSESION EFECTIVA DE LA HERENCIA.— <i>El decreto de posesión efectiva de la herencia es inoponible a otros herederos que no fueron favorecidos inicialmente con tal decreto.</i> — Sentencia del 10 de diciembre de 1970.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Soatá en el juicio ordinario promovido por Susana Aparicio y otros contra Rosa Escobar de Patiño y otro.— Magistrado Ponente: Dr. José María Esguerra Samper	147
SEGUROS.— <i>Seguro automático y flotante de transporte.</i> — Los arts. 634 y 635 del C. del Co. no son normas sustanciales.— Sentencia del 27 de noviembre de 1970.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio promovido por Gustavo Landínez contra la Cía. de Seguros Comerciales Bolívar S. A.— Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel	103	NULIDAD DE LA VENTA.— Hecha por el mandatario después del fallecimiento del mandante.— Los arts. 1.012 y 1.947 del C. C. no constituyen normas sustanciales sino instrumentales.— El art. 1.740 del C. C. no forma por sí solo proposición jurídica completa.— Sentencia del 12 de diciembre de 1970.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Yombó en el juicio ordinario promovido por María Noelia Monsalve de García y otra contra Domingo Monsalve Muñoz.— Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Peñalé Ocampo	157
ABUSO DEL DERECHO A LITIGAR.— <i>La pérdida de un litigio no implica abuso del derecho a litigar.</i> — Sentencia del 27 de noviembre de 1970.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el juicio promovido por Abraham y Carlos María K. contra el Banco del Comercio Sucursal de Fundación.— Abogado Asistente: Dr. Alberto Ospina Botero	110	FILIACION NATURAL.— Incongruencia.— <i>No se</i>	
REIVINDICACION.— <i>Al reivindicante le basta con probar un mejor título que el del adversario.</i> — Sentencia del 2 de diciembre de 1970.— CASA la proferida por el Tribunal Superior de Chiquinquirá en el juicio ordinario promovido por			

	Págs.		Págs.
<i>presenta cuando el sentenciador se halla facultado por la ley para pronunciarse de oficio.— Sentencia del 15 de diciembre de 1970.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por Gerardo Restrepo contra Raúl Londoño y otros.— Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Blanco Cabrera</i>	165	do Superior del Socorro y confirma la sentencia condenatoria por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, contra Mario Garcés Silva, por el delito de uxoricidio.— Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo	198
RESOLUCION DE LA VENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO.— <i>Incongruencia.— El fallo no tiene que reproducir textualmente las peticiones del libelo.— Cesión del derecho hereditario.— Quien cede su derecho hereditario actúa en nombre propio y no en su calidad de causahabiente.— Prueba de la calidad de heredero. Desde cuándo se es heredero.— Sentencia del 15 de diciembre de 1970.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ipiiales en el juicio promovido por Manuel Mesías y otro contra Medardo Túcaney y otro.— Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga</i>	174	NULIDAD CONSTITUCIONAL EN EL SUMARIO.— <i>La origina el hecho de no cumplir la norma del artículo 374 del C. de P. P., al no practicar al procesado, durante el sumario, los exámenes sugeridos por los médicos legistas para establecer la perturbación mental que aquejaba al inculpinado, a fin de establecer el derecho que tienen, tanto la sociedad como el acusado, de que se apliquen las sanciones pertinentes —penas o medidas de seguridad—. El que la justicia penal militar haya adelantado la investigación de un ilícito cuyo juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria, no genera la nulidad de orden legal, a que alude el ordinal 1º del artículo 37 del Decreto 1.358 de 1964, por “incompetencia de jurisdicción”.— Por sentencia de 9 de octubre de 1970, la Corte INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, calendada el 9 de diciembre de 1969, por la que se condenó a José Vicente Marulanda por el delito de homicidio y se ORDENA reponer el procedimiento a partir del auto que declaró cerrada la investigación.— Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez</i>	208
SEGUROS.— <i>La sola inexactitud de las declaraciones del asegurado hace rescindible el contrato.— Contrato por adhesión.— Sólo sus cláusulas dudosas se interpretan en favor del adherente.— Sentencia del 15 de diciembre de 1970.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio promovido por Manuel de Jesús Cifuentes y otro frente a la Cia. Suramericana de Seguros S. A.— Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández</i>	183	INCOMPETENCIA DE JURISDICCION.— <i>No la constituye el que el recurso de apelación se hubiese desatado por el Tribunal Superior de Distrito Judicial, por un proceso que en razón de la reforma judicial del año de 1964, su conocimiento correspondía a los jueces municipales, puesto que el recurso de apelación se surte ante el respectivo superior y no ante un funcionario de la misma categoría.— Mediante sentencia de 16 de octubre de 1970, la Corte CASA la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de 18 de febrero de 1970 por la que se condenó a Heriberto Antonio Silva García, por el delito de lesiones personales, y en su lugar DECLARA PRESCRITA LA ACCION PENAL y ordena la CESACION DE TODO PROCEDIMIENTO contra el sindicato.— Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez</i>	216
SALA DE CASACION PENAL			
DEMANDA DE CASACION.— <i>El objeto del recurso de casación es el de velar porque las leyes se apliquen rectamente y con autenticidad, impidiendo que se desvirtúe su sentido. Aunque el libelo impugnatorio haya sido declarado admisible desde el punto de vista formal, la calificación del mismo por el aspecto indicado, no obliga a la Corte al examen de fondo de la acusación cuando esta adolece de vicios sustanciales.— La Corte, por sentencia de 2 de octubre de 1970, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Cúcuta, contra la sentencia de segunda instancia del mismo Tribunal, de 17 de octubre de 1969, por la que se condenó a Roque Manosalva Cabrera, por el delito de homicidio.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez</i>	193	VEREDICTO CONTRADICTORIO.— <i>Para que pueda considerarse como tal, es necesario que sus términos impliquen la afirmación y la negación simultánea de la misma cosa y por el mismo aspecto. La impugnación hecha a la sentencia, sobre la contradicción implícita que encerraba el cuestionario, hubiera sido susceptible de controversia si se hubiese hecho a través de la causal primera, por violación directa de la ley.— Por sentencia de 16 de octubre de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, de 31 de mayo de 1969, por la cual se condenó a Ramón Darío Barros Mendoza (A. “Monche Barros”) como responsable del delito de ho-</i>	
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION.— <i>Por hecho nuevo se entiende aquél que no haya podido ser alegado antes de la sentencia definitiva y prueba nueva todo elemento probatorio que no haya podido ser valorado por el fallador que dictó la sentencia definitiva.— Mediante sentencia de 9 de octubre de 1970, la Corte NIEGA la revisión del proceso adelantado por el Juzga-</i>			

	Págs.		Págs.
micidio en el coronel de la Policía Asdrúbal Romero Escobar.— Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta	220	Juzgado, Liborio Rivera Tapias, para lo cual se compulsará copia de lo pertinente.— Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez	249
DETENCION ARBITRARIA. — <i>Para la existencia de este delito es necesario que aparezca en el agente la conciencia de la ilicitud del acto. La creencia del funcionario, de que actuaba como tal cuando fue irrespetado, la sanción impuesta al irrespetuoso, no desvirtúa el delito de detención arbitraria, si al sancionado se le han desconocido las oportunidades de exculpación que la ley señala para esos casos.</i> — Mediante sentencia de 16 de octubre de 1970, la Corte CONDENO al doctor Ricardo Roa Latorre, exgobernador del Departamento del Meta, por el delito de detención arbitraria, a la pena principal de seis (6) meses de prisión y accesorias de ley, y ordenó la suspensión de la ejecución de la sentencia, por un periodo de prueba de dos años, previa caución de quinientos pesos.— Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo	231	NULIDAD CONSTITUCIONAL. — <i>No porque el sindicado haya confesado el delito, el defensor queda relevado de cumplir sus obligaciones de hacer valer las situaciones favorables al procesado, de restringir el alcance de las desfavorables, de contribuir al examen de la prueba y a la correcta aplicación de la norma, siendo errónea la tesis de que ante la confesión del imputado, al defensor sólo le corresponde pedir la aplicación del mínimo de la pena, pudiendo asumir una actitud pasiva, pues esta conducta genera una nulidad suprallegal, por ausencia de defensa.</i> — Por sentencia de 26 de octubre de 1970, la Corte CASA la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, el 21 de octubre de 1969, por la cual se condenó a Luis Fernando Gómez, por el delito de robo y se ORDENA reponer el procedimiento a partir de la notificación del auto de proceder inclusive, y compulsar copia de lo actuado para que se investiguen las posibles faltas que contra la ética profesional haya podido incurrir el abogado Carlos Arturo Díaz Ramírez.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez	253
LA EMBRIAGUEZ COMO CAUSA EXCLUYENTE DE LA ALEVOSIA. — <i>La alevosia requiere que el sujeto activo actúe de modo consciente, con miras a poner a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad y para que la embriaguez la excluya, no basta con comprobar este hecho, sino que es indispensable demostrar la obnubilación del sujeto que ha ingerido el licor o sustancias estupefacientes. El Ministerio Público es parte en el proceso penal, aun cuando con caracteres especiales y el art. 3º del Decreto 1.358 de 1964, así lo reconoce al ordenar correr traslado por cinco días a las partes para presentar sus alegaciones y la ausencia de concepto sobre el mérito del sumario, no genera nulidad de carácter constitucional. Cuando corresponde al funcionario decretar la práctica de exámenes psiquiátricos.</i> — Por sentencia de 26 de octubre de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de 4 de abril de 1970, por la que se condenó a Celso de Jesús Velásquez Velásquez, por el delito de homicidio.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto	241	VEREDICTO Y SENTENCIA. — <i>En los juicios en que interviene el jurado, la misión del juez de derecho se reduce, esencialmente, a interpretar y desarrollar el veredicto, seleccionando y aplicando las normas penales represoras a los hechos previamente reconocidos por el Juri, cuando estos no repugnan con la evidencia procesal, no pudiendo por tanto el Tribunal desvirtuar el veredicto, desintegrándolo para aceptar una forma imperfecta de homicidio y rechazar una circunstancia de agravación, reconocida en el auto de proceder y por el Jurado y dictar la correspondiente sentencia, sin hacer la declaración previa de la contraevidencia y convocar a nuevo jurado, pues el hacerlo implica transgresión de la norma del art. 15 del Decreto 1.358 de 1964, aplicación indebida del art. 362 del C. P. y falta de aplicación del art. 363 de la misma obra.</i> — Por sentencia de 29 de octubre de 1970, la Corte INVALIDA la sentencia de segunda instancia de 30 de septiembre de 1969, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, por la que se condenó a Luis Aníbal Flórez Villamizar a la pena de 8 años de presidio por el delito de homicidio y en su lugar se le condena a TRECE AÑOS DE PRESIDIO por el mismo delito y a las demás accesorias de rigor, así como al pago de los perjuicios ocasionados con el delito.— Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta	260
LIBERTAD PROVISIONAL. — <i>Si al calificar el mérito del sumario apareciere que el procesado, en caso de condenación, sería acreedor a la condena condicional o al perdón judicial, por reunirse los presupuestos exigidos por el artículo 80 del C. P., ha de concedérsele el beneficio de la libertad provisional, en la misma providencia calificatoria del mérito del sumario.</i> — Por auto de 26 de octubre de 1970, la Corte REVOCO el sobreseimiento temporal proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, a favor del abogado Hernando Moreno Ramírez, por el delito de peculado, y en su lugar lo llama a juicio por el mismo delito cuando el acusado desempeñaba el cargo de Juez 2º Penal Municipal de Cunday (Tolima) y se ordena investigar la posible responsabilidad del ex-secretario del		COMPETENCIA. — <i>La Justicia Penal Militar, aun cuando el país se halla en estado de normalidad jurídica, conoce de los delitos comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles al servicio de las fuerzas armadas, en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción</i>	

Págs.

Págs.

interior, conforme a lo dispuesto en el ord. 2º del art. 308 del Código de Justicia Penal Militar.— Por auto de 30 de octubre de 1970, la Corte DIRIME la colisión negativa de competencias suscitada entre el Tribunal Superior Militar y el Tribunal Superior de Cartagena, para conocer del proceso adelantado contra el Sargento 2º de Infantería de Marina, Angel María Ruano, por el delito de estupro, en el sentido de Declarar que corresponde el conocimiento al Tribunal Superior Militar.— Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez

DELITOS CONTRA LA ASISTENCIA FAMILIAR.—La Ley 83 de 1946 “orgánica de la defensa del niño” creó una serie de normas descriptivas de tipos criminosos, encaminados a garantizar el mantenimiento del grupo familiar, su preservación moral y desarrollo económico —arts. 78 y 79—, que fueron derogados implícitamente por el 40 de la Ley 75 de 1968, erróneamente denominada “de la paternidad responsable”, que amplió las calidades del sujeto activo y del sujeto pasivo de la infracción, así como la causa de la represión por abandono físico, moral y cultural, respecto de las personas a quienes se debe asistencia moral o alimentaria.— Por auto de 3 de noviembre de 1970, la Corte CONFIRMA la providencia de 11 de mayo de 1970, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por la cual se declaró que los hechos atribuidos al Juez Primero Civil de Menores de Medellín, doctor Manuel Henao Vivares, no constituyen delito y ordenó la cesación de todo procedimiento.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez

COMPETENCIA.— Se ratifica la doctrina de la Corte de 30 de octubre de 1970, en el sentido de que la Justicia Castrense conoce de los delitos previstos en el Código Penal ordinario, cometidos en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior por militares en servicio activo o por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, aunque la normalidad sea restablecida mientras se adelanta el proceso correspondiente.— Por auto de 4 de noviembre de 1970, la Corte DIRIME la colisión de competencias negativa planteada entre el Tribunal Superior Militar y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales para conocer del proceso adelantado contra el Sargento del Ejército en uso de buen retiro, Gonzalo Erazo Dorado, por el delito de concusión, atribuyendo el conocimiento a la Justicia Penal Militar.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez

DEL DELITO DE INTERVENCION EN POLITICA DE LOS FUNCIONARIOS O EMPLEADOS PUBLICOS.— El artículo 180 del Código Penal, describe una infracción general, cuyo sujeto puede estar en la carrera judicial, administrativa o militar, o ser un funcionario de libre nombramiento y remoción, y los artículos 178 de la Constitución y 6º del Plebiscito, no dejaron sin vigencia el artículo 180 del C. P., pues estas son normas que definen una causal específica de mala conducta respecto de funcionarios de carre-

ra oficial-judicial o administrativa, cuyo efecto es o puede ser la pérdida del empleo.— Mediante auto de 6 de noviembre de 1970, la Corte SOBRESSEE DEFINITIVAMENTE al doctor Lucio Pabón Núñez, por el supuesto delito de Abuso de Autoridad —intervención en política— cuando ejercía las funciones de Embajador de Colombia ante el Gobierno de la República de la Argentina.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez

266 **VEREDICTO DEL JURADO.**— Los jueces de conciencia no están sometidos a emplear términos o expresiones legales al contestarlo, pudiendo redactarlo en un lenguaje corriente. La respuesta del jurado “Si es responsable en estado de ira e intenso dolor provocada por injusta provocación”, ante las dos tesis debatidas, la del sindicato, que obró al confesarle su esposa sus relaciones adulterinas y la de los jueces de derecho sobre la no existencia de las relaciones extramatrimoniales, hay que interpretarla, para acomodar esa respuesta a la provocación a que alude el art. 382 del C. P. y no deducir la causal de atenuación general de que trata el ord. 3º del art. 38 del mismo Código, porque ésta entraña una interpretación del veredicto, en el sentido menos favorable al sindicado.— Por sentencia de 9 de noviembre de 1970, la Corte INVALIDA la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de 5 de marzo de 1970, recurrida en casación, y en su lugar se condena al procesado Pedro Caballero Lozano, sindicado de uxoricidio, a la pena de 3 años y 6 meses de presidio, en vez de los 15 años de presidio a que había sido condenado y a las demás penas accesorias.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto

ERROR DE DERECHO.— Equivale a enjuiciar el proceso valorativo de los hechos frente a los textos legales que consagran y regulan los medios probatorios. Toda violación indirecta de la ley por error de derecho en la estimación de la prueba presupone necesariamente un quebranto intermedio del precepto legal sobre valor probatorio. La casación como recurso extraordinario comporta un verdadero silogismo, en el que la norma jurídica constituye la premisa mayor, los hechos que el juzgador verifica en el proceso la premisa menor y el fallo constituye la conclusión lógica de aquéllas.— La Corte, mediante sentencia de 16 de noviembre de 1970, DESECHA el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por la cual se condenó a Libardo de Jesús Agudelo Flórez y José Domingo Peláez, por el delito de robo.— Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta

CAPTURA Y DETENCION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS.— El Art. 50 del Decreto 1.358 de 1964, señala los requisitos legales que se deben reunir para ordenar la captura y detención de un funcionario público, tendientes a impedir que la administración sufra detrimento por que-

277

282

292

299

Págs.

Págs.

dar acéfalos los cargos públicos, interrumpiéndose la necesaria continuidad en los servicios del Estado, y su inobservancia conduce al funcionario a cometer un delito contra la libertad individual y otras garantías.— Por auto de 17 de noviembre de 1970, la Corte REVOKA el sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el 9 de junio de 1970, a favor del doctor Aquilino Alemán Pianeta, por el delito de abuso de autoridad, como Juez único Penal Municipal de Mompos, y en su lugar lo llama a juicio, ordena su detención preventiva, pero le concede la excarcelación mediante fianza.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto

303

NULIDAD POR ERROR EN EL NOMBRE O APELLIDO DEL RESPONSABLE.— El auto de sobreseimiento definitivo, debidamente ejecutorio lo tiene la fuerza de cosa juzgada, pero no es revisable en Casación. Se incurre en la nulidad del ord. 5º del art. 37 del Decreto 1.358 de 1964; cuando no se ha individualizado el sujeto activo de la infracción en el auto de proceder, siendo varios los sindicados, de este motivo de nulidad no es extensivo a los inculcados debidamente identificados y solamente se predica de aquel o aquellos en quienes concurra.— Por sentencia de 30 de noviembre de 1970, la Corte INVALIDA PARCIALMENTE, la sentencia de segunda instancia de 20 de febrero de 1970, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, recurrida en casación y declara la nulidad del proceso respecto de los procesados Gabriel N. y Hernando o Nano N., quedando el proceso en estado de sumario respecto de estos sujetos y se ordena proseguir la investigación para descubrir la verdadera identidad de estos sujetos, sindicados. Proceso contra Luis Carlos o Domingo Arias, y otros, por el delito de homicidio.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez

309

JURISDICCION PENAL MILITAR.— Están sometidos a esta jurisdicción los particulares que cometan delitos previstos específicos en el Código Penal Militar, como en el caso del delito de robo y hurto militares a que se refiere el art. 170 de la Constitución Nacional, que obligue a aplicar la excepción de inconstitucional a que se refiere el artículo 215 de la Carta. Solo mediante un estudio a fondo, en ejercicio del poder jurisdiccional que el art. 214 de la Carta confiere a la Corte, se puede llegar a la conclusión de que estas normas del C. de J. P. M., son inexecutable. Mediante sentencia de 30 de noviembre de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia de 11 de marzo de 1970, del Tribunal Superior Militar, por la que se condenó al ex-sargento 2º Arturo Valencia Caicedo, por el delito de robo militar.— Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo

318

Salvamento de voto del Magistrado Dr. José María Velasco Guerrero

321

VEREDICTO DEL JURADO.— El dado por los

jueces de Conciencia de que el procesado "si es responsable pero obró por ira injustamente provocada" y mantenido después de haber solicitado aclaración de él por la defensa, no se puede considerar como la circunstancia de menor peligrosidad a que se refiere el ord. 3º del art. 38 del C. P.— Por sentencia de 9 de diciembre de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, de 18 de junio del presente año, por la cual se condenó a Braudilio González o Salas por el delito de homicidio.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto

326

NULIDAD POR AUSENCIA DE DEFENSA.— Para que esta nulidad de carácter constitucional se estructure, es necesario que la carencia de asistencia técnico-jurídica, se haya operado dentro del juicio, como lo dice el art. 26 de la Constitución y no en la etapa del sumario.— Por sentencia de 11 de diciembre de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de 30 de junio de 1970, por la cual se condenó a Luis Roberto Cifuentes Tibaquira, por el delito de homicidio.— Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez

331

CAUSAL 1ª DE CASACION.— Se reitera la doctrina de la Corporación, sobre las cuatro garantías que consagra el artículo 26 de la Constitución, cuyo quebrantamiento origina la nulidad constitucional. Reglas que rigen la causal 1ª de Casación.— Mediante sentencia de 11 de diciembre de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 9 de febrero del presente año, proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la que se condenó a Emiliano Mahecha Montero, por el delito de falsedad en documento privado.— Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta

335

RECURSO DE CASACION.— No procede en los procesos penales adelantados contra los funcionarios públicos de los cuales conoce en primera instancia, la Sala Penal de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.— Mediante auto de 11 de diciembre de 1970, la Corte resuelve que no es el caso de estudiar los cargos de la demanda de casación formulados a la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de 20 de junio de 1970, por la que se absolvió al doctor Alfonso Isaza García, por el delito de abuso de autoridad.— Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta

339

CAUSAL 4ª DE CASACION.— La Corte recoge su jurisprudencia en el sentido de que, la causal 4ª de casación procede con perfecta autonomía cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad, no estando subordinada a la del inciso 2º del ord. 1º del art. 56 del Decreto 528 de 1964, puesto que dicha subordinación equivaldría a la creación de una causal híbrida

Págs.

de la primera y la cuarta, no estatuida por el legislador.— Por sentencia de 15 de diciembre de 1970, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia de 8 de noviembre de 1969, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, contra Héctor Uriel Rincón Molina, por el delito de homicidio en concurso con el de robo.— Magistrado Ponente: Dr. José María Velasco Guerrero

341

SALA DE CASACION LABORAL

CUOTA POR BENEFICIO DE LA CONVENCIÓN.— En ningún caso el acuerdo individual del trabajador no sindicalizado con el patrono, para gozar de las ventajas de la convención, pero por fuera de su régimen, excluye a éste y libera al no sindicalizado de las cuotas que consagra el artículo 39 del Decreto 2.351 de 1965.— La Corte, por sentencia de octubre 1º de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio del Sindicato de Trabajadores de Shellmar de Colombia S. A. contra la Empresa Shellmar de Colombia S. A.— Magistrado Ponente: Dr. Crótatas Londoño

348

HOMOLOGACION.— La Corte, por providencia de 1º de octubre de 1970, HOMOLOGA el Laudo Arbitral de 3 de agosto del año en curso, que desató el conflicto laboral suscitado entre la Cooperativa Santandereana Ltda. (Copetrán) y el Sindicato Unico de Conductores Profesionales del Transporte Automotor Terrestre de Santander.— Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia

354

PROCEDIMIENTO PARA SANCIONES.— La Corte por sentencia de octubre 2 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gladys Herrera Díaz-Granados contra el Banco Cafetero.— Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia

357

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES.— El criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público no es el de la actividad individual de éste, sino el de la dependencia administrativa a que presta sus servicios.— La Corte, por sentencia de octubre 2 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Rosendo Jiménez Ruiz contra el Departamento de Cundinamarca y el Instituto de Seguridad Social del mismo.— Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia

360

DEFINICION DE TRABAJO.— Según el artículo 5º del Código Sustantivo, "el trabajo que regula

Págs.

este Código es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo.— La Corte, por sentencia de octubre 5 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Adán Higuaita Lara contra la Sucesión Testamentaria de Gustavo Gaviria Blair.— Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar

366

VACACIONES.— El derecho a vacaciones es el que se otorga a quien trabajó un año continuo, con el fin de que obtenga un adecuado descanso. Nace, pues, en el momento de cumplirse ese año de labores. Y el derecho a compensar las vacaciones en dinero es el que adquiere el asalariado cuando termina el contrato de trabajo sin que haya disfrutado de ese descanso. Nace, por lo tanto, cuando no se ha gozado de vacaciones, en el momento de extinguirse el contrato de trabajo.— La Corte, por sentencia de octubre 7 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Dilia Esther Moradey Pugliese contra la Sociedad Comercial denominada J. V. Mogollón & Cia.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.

374

AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA.— Para la Sala no cabe duda de que la exigencia del artículo 6º del C. P. L., sobre agotamiento previo del procedimiento gubernativo o reglamentario, constituye un factor de competencia para el Juez Laboral, y como tal debe estar satisfecha en el momento de la admisión de la demanda.— La Corte, por sentencia de octubre 14 de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Ernesto Calderón Flórez contra la Universidad Nacional de Colombia.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture

379

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONJUEZ DR. ALVARO DIAZ-GRANADOS GOENAGA

396

TRANSITO DE UNA LEGISLACION A OTRA.— De acuerdo con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".— La Corte, por sentencia de octubre 17 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Leopoldo Ocampo M. contra Industrias de Cromados Ltda.— Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina

398

HOMOLOGACION.— La Corte, por providencia de 19 de octubre de 1970, DECLARA INEXEQUIBLE el artículo 11 de la parte resolutive del Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Ar-

	Págs.		Págs.
bitramiento convocado para solucionar el conflicto colectivo surgido entre el Banco Central Hipotecario y la Asociación de Trabajadores (Astraban), y lo homologa en todo lo demás.— Magistrado Ponente: Dr. Tito Octavio Hernández ..	408	no son hábiles para comparecer libremente en juicio (menores, impúberes, sordomudos, interdictos, etc.) o cuando, a pesar de serlo, no existe un mandato o poder en forma que confiera autoridad legítima para representarlos.— La Corte, por sentencia de noviembre 3 de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el juicio de Ezequiel Herrera Toro contra Embotelladora de Pereira S. A.— Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar	429
CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO FIJO.— <i>El carácter de modalidad solemne que la Corte ha reconocido a la duración fija del contrato de trabajo, conforme al texto legal que exige su constancia siempre por escrito, obliga a expresar que sin la prueba escrita de su celebración no existe ese plazo determinado.</i> — La Corte, por sentencia de octubre 23 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Efraín Valencia contra la Federación Nacional de Cacaoteros.— Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón	412	ERROR PROCESAL.— <i>No es admisible que la parte por cuyo descuido se comete un error procesal, lo aduzca luego en su favor.</i> — La Corte, por sentencia de noviembre 12 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Rafael Ortiz Arango contra Miguel Angel Ochoa.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Gerardo Rojas Búeno	437
VIOLACION DE LA CONVENCION COLECTIVA.— <i>Ha repetido la jurisprudencia que los ordenamientos de estos pactos o contratos no resisten el carácter de leyes nacionales que se requiere para que su violación dé lugar a la casación de un fallo.</i> — La Corte, por sentencia de octubre 23 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio del Sindicato de Trabajadores de Shellmar de Colombia S. A. contra Shellmar de Colombia S. A.— Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arhóleda Valencia	416	JUSTAS CAUSAS DE DESPIDO.— <i>Las justas causas a que se refieren los artículos 62 y 63 del C. S. del T. son únicamente relativas a uno de los modos de terminación del contrato, el que depende de la voluntad de una de las partes, de ninguna manera de los demás modos de extinción que consagra el artículo 61.</i> — La Corte, por sentencia de noviembre 14 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Enrique Jan-naut García contra la Sociedad denominada La Previsora S. A. Compañía de Seguros.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture	444
PENSION DE JUBILACION (Capital de la Empresa).— <i>El capital de la empresa que corresponde tener en cuenta, es el existente en el momento mismo en que el trabajador ha completado las dos condiciones exigidas por el artículo 260 del C. S. del T., para poder reclamar su pensión y no el poseído por la Empresa o patrono cuando en el patrimonio del trabajador no existía el derecho a reclamar tal prestación.</i> — La Corte, por sentencia de octubre 30 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Luis Teodolfo Luque Domínguez contra la Gran Fábrica de Ladrillos Moore S. A., hoy Ladrillos Moore S. A.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios	419	CONTRATO DE TRABAJO.— <i>Aun cuando la jurisprudencia tiene dicho que no desvirtúa la naturaleza del contrato de trabajo la circunstancia de que una persona sea ayudada por otra u otras, es necesario que se demuestre la prestación de servicios personales.</i> — La Corte, por sentencia de noviembre 14 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Raúl Estévez León contra Darío Cuadrado C.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C.	448
NOCION DE EMPRESA.— <i>Las instituciones de utilidad común, como los hospitales, son empresas desde el punto de vista laboral, pues en ellas están reunidos el capital y el trabajo, para conseguir fines sociales, ajenos al lucro. Si el capital invertido en dichas instituciones es igual o mayor al señalado en la ley, sus trabajadores adquieren derecho a las prestaciones especiales, en la forma restringida que establece el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo.</i> — La Corte, por sentencia de noviembre 2 de 1970, CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de José A. Varón Rico contra el Hospital de la Misericordia - José Ignacio Barberi.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández	423	CONTRATO DE TRABAJO.— Contrato a término fijo.— Contrato a término indefinido.— Contrato para la ejecución de una obra determinada.— La Corte, por sentencia de noviembre 16 de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Atilano Jiménez y otros contra Arcco & Negret Limitada.— Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina	453
ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA ADJETIVA.— <i>Ella ocurre, cuando ambas partes o una de ellas</i>		MEDIO NUEVO EN CASACION.— <i>Este, lo ha definido la Corte, "como el hecho extremo o planteamiento que, sin haber sido propuesto en instancia, es, sin embargo, formulado en casación".</i> — La Corte, por sentencia de noviembre 16 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Arturo Gómez G. contra Droguerías Aliadas S. A.	

Págs.

Págs.

- y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Seccional de Antioquia.— Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar 461
- HOMOLOGACION.**— La Corte, por providencia de 20 de noviembre de 1970, DECLARA TOTALMENTE INEXEQUIBLE el laudo arbitral proferido para decidir el conflicto colectivo de trabajo entre la Empresa "Expreso Trejos Ltda." y el Sindicato de sus Trabajadores.— Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar 469
- PREAVISO.**— *El preaviso válido es el que se cuenta para que surta efectos a su expiración si se ha dado en tiempo, o para que su valor en numerario se cancele inmediatamente al momento de la ruptura del vínculo jurídico, ya que su causación es desde ese instante y no antes.*— La Corte, por sentencia de noviembre 26 de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Luis Ernesto Rivera Pérez contra la entidad Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Arturo Linares Ortega 479
- CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.**— *Dentro del régimen de obligaciones solidarias establecido por el C. Civil, éstas son conocidas por los obligados ab initio, en tanto que en la especial solidaridad legal estatuida por el art. 34 comentado, precisa primero la declaración de la existencia de las obligaciones, para deducir de tal existencia aquella solidaridad.*— La Corte, por sentencia de noviembre 27 de 1970, CASA TOTALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Guy P. Roffe contra la Sociedad Madigan-Hyland South American Corporation, domiciliada en New York, Estados Unidos de Norte América y a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.— Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B. 487
- ERROR DE HECHO.**— La Corte, por sentencia de diciembre 2 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia en el juicio de María Emma Susunaga de Torres contra Wassil Bayeff.— Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina 497
- HOMOLOGACION.**— La Corte, por providencia de 4 de diciembre de 1970, declaró TOTALMENTE INEXEQUIBLE el fallo arbitral de 4 de septiembre de 1970, proferido para decidir el conflicto colectivo de trabajo entre la empresa "Colombiam Petroleum Company (Colpet) y el Sindicato de Trabajadores de la Colombiam Petroleum Company (Sidelca).— Magistrado Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C. 503
- PENSION DE JUBILACION.**— *Sustitución patronal.*— *El hecho de que el demandante hubiese prestado servicios al demandado en la etapa final del periodo que aduce para tener derecho a la pensión de jubilación, no es suficiente para hacer de su cargo una pensión de jubilación por tiempo de servicios prestados a otros patronos, si no se ha acreditado en legitimación en causa pasiva, sea porque sustituyó a los demás patronos en los tiempos previstos en los artículos 67 y 69 del C. S. del T., o porque se hubiese prestado los servicios a una misma empresa a pesar del cambio de patronos, aun cuando no se haya producido la sustitución que es la modalidad contemplada en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.*— La Corte, por sentencia de diciembre 10 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Wilfredo A. Ospino contra la Sociedad Fernando A. García & Cia.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C. 511
- CASACION (Técnica).**— La Corte, por sentencia de diciembre 11 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Sofía Escobar de Rico contra la Sociedad Fábrica de Café La Bastilla Limitada. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Rafael Suárez Poveda 516
- RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.**— *Para la Sala se repite— el trabajador puede prescindir del patrono y demandar únicamente al beneficiario, cuando existe incuestionable la obligación solidaria, precisamente en razón de la naturaleza de ésta.*— La Corte, por sentencia de diciembre 14 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio de Clementina Cubides viuda de Palomino contra la Sociedad García Cadena & Rivera Limitada.— Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 519
- AUXILIO DE CESANTIA (Pérdida del Derecho).**— *Para que el patrono pueda ejercer la facultad de retener el auxilio de cesantía cuando el contrato de trabajo termina en los casos del literal a) del artículo 250 del C. S. del T., es necesario que invoque a la terminación del contrato dicha causal y que presente la correspondiente denuncia penal.*— La Corte, por sentencia de diciembre 15 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Raúl Sánchez Sánchez contra Delbar & Cia. Ltda.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C. 527
- SALARIO.**— *Si el suministro gratuito de alimentación constituye por definición legal, salario en especie, no se ve por qué el suministro de alimentación a bajo precio no lo ha de constituir en cuanto ese precio menor favorece económicamente al asalariado.*— La Corte, por sentencia de diciembre 15 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Juan Ramón Sánchez contra la Compañía Frutera de Sevilla.— Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina 533

A D V E R T E N C I A

Además de las sentencias publicadas, la Sala Laboral profirió durante los meses de Octubre, Noviembre y Diciembre de 1970, las que se relacionan a continuación y que no se publican por falta de espacio.

CASACION (Técnica).— La Corte, por sentencia de octubre 20 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Marino Montoya Orozco contra el Banco Popular S. A.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C.

SUSTITUCION PATRONAL.— *Para el trabajador la sustitución patronal, antes que un negocio jurídico a cuya formación es extraño, constituye un hecho al cual se halla involuntariamente enfrentado.*— La Corte, por sentencia de octubre 29 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta en el juicio de Luis Eusebio Monsalve Pulido contra la Empresa Centrales Eléctricas del Norte de Santander S. A.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.

REAJUSTE DE LA PENSION DE JUBILACION.— La Corte, por sentencia de octubre 31 de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Luis Ospino Andrade contra la Compañía Frutera de Sevilla.— Magistrado Ponente: Dr. Tito Octavio Hernández.

CASACION (Técnica).— La Corte, por sentencia de noviembre 5 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Juan Navarro F. contra el Departamento del Magdalena.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.

CASACION (Técnica).— *En el recurso extraordinario no caben los alegatos libres, pues el casacionista no puede convertir el recurso extraordinario en una tercera instancia, sino que se ha de ceñir a la técnica para que pueda enfrentarse la sentencia a la ley.*— La Corte, por sentencia de noviembre 16 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio del Dr. Enrique Sarmiento González contra el Capitán Alfredo Silva Romero.— Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina.

CASACION (Técnica).— La Corte, por sentencia de noviembre 19 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Guillermo Amaya Calderón contra Isauro Barrios Valencia. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.

CASACION (Técnica).— La Corte, por sentencia de noviembre 20 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla

en el juicio de Galileo Fiorillo Pérez contra la Sociedad "Jaar & Cía."— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Gerardo Rojas Bueno.

LIBRE APRECIACION PROBATORIA.— La Corte, por sentencia de noviembre 23 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis A. Buitrago R. contra la Sociedad "The National Cash Register Company of Colombia S. A."— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Gerardo Rojas Bueno.

CASACION (Técnica).— La Corte, por sentencia de noviembre 25 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Nazario Alvarez Madrid contra la Empresa Puertos de Colombia, Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla.— Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina.

CASACION (Técnica).— La Corte, por sentencia de noviembre 25 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Montería en el juicio de Antonio José Martínez Correa contra Guillermo Martínez Correa y a la Sucesión de Víctor Emilio Martínez Correa.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.

CASACION (Técnica).— La Corte, por sentencia de noviembre 27 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Julio Alberto Bolívar Peñate contra Puertos de Colombia - Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla.— Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón.

CASACION (Técnica).— La Corte, por sentencia de noviembre 27 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal de Barranquilla en el juicio de José Z. Alandete Gutiérrez contra la Empresa Puertos de Colombia - Puerto Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla.— Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar.

VACACIONES.— *Para la compensación en dinero de las vacaciones, en el caso de los numerales anteriores (por autorización del Ministerio del Trabajo o por terminación del contrato sin haberlas disfrutado), se tomará como base el último salario devengado por el trabajador (Decreto 2.351 de 1965. Art. 14).*— La Corte, por sentencia de diciembre 1º de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Vicente García Pardo contra Ricardo y Rafael Núñez y Cía. Ltda.— Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia.

INDEMNIZACION MORATORIA Y BUENA FE PATRONAL.— *Ha tomado en cuenta la jurisprudencia*

la buena fé, cuando el patrono con razones valederas discute la existencia de la relación laboral dependiente.— La Corte, por sentencia de diciembre 2 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Narciso Castillo C. contra el Banco de la República.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.

SALARIO.— La remuneración de un trabajador no pierde su calidad de salario por el hecho de que se la llame honorarios, y que tal denominación no impide que se configure el vínculo contractual laboral.— La Corte, por sentencia de diciembre 9 de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Víctor Hugo Ayala Caro contra la Sociedad "Radio Cadena Nacional S. A."— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez L.

PENSION DE JUBILACION.— Los veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, a que se refiere el art. 260 del C. S. T., se conforman con tiempo efectivamente servido.— La Corte, por sentencia de diciembre 10 de 1970, CASA TOTALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Edward Thomas contra la Compañía Frutera de Sevilla.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.

INDEMNIZACION MORATORIA Y BUENA FE PATRONAL.— La Corte, por sentencia de diciembre 10 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jairo Orrego Monsalve contra el Instituto Nacional de Fomento Municipal.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez L.

CASACION (Técnica).— La Corte, por sentencia de diciembre 10 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Trinidad Valderrama contra Juan Griego Ospino en su condición de propietario de la Empresa Rápido del Litoral.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Arturo Linares Ortega.

APRECIACION PROBATORIA.— La Corte, por sentencia de diciembre 10 de 1970, CASA TOTALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Leopoldo Hernández

Erazo contra la Cacharrería Mundial Germán Saldarriaga & Cía. Ltda.— Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina.

CASACION (Técnica).— El C. P. del T. exige que la norma violada sea sustantiva o sustancial para que sea viable la casación de un fallo.— La Corte, por sentencia de diciembre 11 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Tulio Alfonso Bejarano Isaac contra la Empresa Colombiana de Aeródromos, hoy Fondo Aeronáutico Nacional.— Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia.

CARACTER DE ORDEN PUBLICO.— IRRENUNCIABILIDAD.— El orden público es un "juscogens", se ha repetido por los tratadistas, y en contra de él no se pueden aceptar acuerdos y convenciones (Art. 14 del C. S. del T.).— La Corte, por sentencia de diciembre 14 de 1970, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal de Barranquilla en el juicio de Luis Hernández Yepes contra la Empresa Puertos de Colombia - Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Gerardo Rojas B.

CASACION (Técnica).— La Corte, por sentencia de diciembre 15 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Gabriel Ríos contra la Sociedad Técnica Constructora Limitada (Sotec Ltda.), y solidariamente contra los socios de dicha compañía señores: Reinaldo Rodríguez Silva, Jaime Méndez B. y Reinaldo Posada F.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Arturo Linares Ortega.

CASACION (Técnica).— La Corte, por sentencia de diciembre 15 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de René Ughetti contra Favio Echavarría.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Gerardo Rojas Bueno.

ACUMULACION DE AUTOS.— La acumulación de autos debe ajustarse a lo preceptuado por los artículos 397 y 398 del Código Judicial.— La Corte, por sentencia de diciembre 15 de 1970, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Gustavo Vásquez y Rafael Aristizábal contra la Compañía Colombiana de Tejidos S. A.— Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina.

SALA CIVIL

DEMANDANTE	DEMANDADO	FECHA	MAGISTRADO PONENTE DR.
Municipio de Santa Fé de Antioquia S. A.	Acueducto y Alcantarillado de Antioquia S. A.	7 de octubre/70	Ricardo Uribe Holguín
"Barberena Hermanos Ltda."	Rogelio Valencia S. A.	9 de octubre/70	Humberto Murcia Ballén
César Fabián Nieto y otros.	Néstor Elías Nieto	21 de octubre/70	Ernesto Blanco Cabrera
Mercedes Echeverri v. de Ayalde	Declaración de Pertenencia	12 de noviembre/70	Ernesto Cediél Angel
Fabio Durán Hernández	Raúl Gutiérrez	17 de noviembre/70	Ernesto Cediél Angel
Ana Débora García	Emilia Hernández de Vásquez	2 de diciembre/70	Ernesto Cediél Angel